

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XVIII
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMLXV

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:
EUGENIO CUELLO CALON (+)

Directores:

JUAN DEL ROSAL
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Madrid y de la Escuela
Judicial

ANTONIO QUINTANO RIPOLLES
Catedrático de Derecho penal
Magistrado de la Sala de lo Criminal del
Tribunal Supremo

Redactor-Jefe
DIEGO MOSQUETE
Profesor adjunto de Derecho penal de
la Universidad de Madrid

Secretario:
DOMINGO TERUEL CARRALERO
Magistrado

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

INDICE

Sección Doctrinal

Páginas

- El delito de detenciones ilegales en el Código penal español*, por Juan Córdoba Roda 5
La presunción legal de voluntariedad, por Gonzalo Rodríguez Mourullo 33
"Præter intentionem" y principio de culpabilidad, por Manuel Cobo 85

Sección Legislativa

- Ley belga referente a la suspensión y remisión condicionales y sumisión a prueba de 29 de junio de 1964*, por Domingo Teruel Carralero 119

Sección de Jurisprudencia

- De la excusa absolutoria del artículo 226 del Código penal*, por Juan del Rosal 129
Jurisprudencia penal correspondiente a los cuatrimestres segundo y tercero de 1963, por Enrique Gimbernat Ordeig 142
Jurisprudencia procesal penal (Sala 2.ª del Tribunal Supremo). Segundo cuatrimestre de 1964, por Fernando Gisbert Calabuig 172

Crónicas extranjeras

- La prolongación del plazo de prescripción para asesinato en la República Federal de Alemania. (Breve comentario y traducción de la toma de posición del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Hamburgo)*, por Enrique Gimbernat Ordeig 216

ANUARIO DE DERECHO PENAL

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

Periodicidad: CUATRIMESTRAL

Precio de suscripción: España, 300 ptas. Extranjero, 400.

Precio del fascículo suelto: España, 125 ptas. Extranjero. 150 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948

Último fascículo aparecido: septiembre-diciembre 1954.

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 XVIII
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMLXV

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

El delito de detenciones ilegales en el Código penal español

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Oviedo

(Continuación)

VI. LA ANTIJURICIDAD

La figura básica de detenciones ilegales prevista en el primer párrafo del artículo 480 no contiene una expresión que refleje la antijuricidad. Sí, en cambio, se hace mención a esta característica en el epígrafe (“Detenciones ilegales”) del capítulo primero del título XII, así como en el texto del artículo 482, referido al “particular que *fuera de los casos permitidos por la ley* aprehendiere a una persona para presentarla a la Autoridad”. La omisión del requisito de contrariedad al Derecho en la redacción del artículo 480, resulta, a nuestro juicio, correcta. La simple aplicación de los principios generales de justificación, expresados en el artículo 8.º, número 11, del Código penal, conducirá a excluir la antijuricidad de las conductas en las que el sujeto obra en el ejercicio legítimo de un derecho. Nos limitaremos seguidamente a examinar los supuestos dotados de un mayor interés:

1. *Detenciones entre personas unidas por vínculos de familia.*

A) *Privación de libertad de los hijos.*—Facultades privativas de libertad corresponden sobre la base del derecho de corrección, y conforme al artículo 156 del Código civil, a los padres. La detención efectuada en el ejercicio de tales facultades será, pues, conforme a Derecho.

B) *Privación de libertad de la esposa.*—a) El deber de obediencia de la mujer al marido, consignado en el artículo 57, y el de convivencia establecido en los artículos 56 y 58 del Código civil, suscita, en materia de detenciones ilegales, el interrogante de si la privación de la libertad motriz de la mujer por parte del marido puede resultar justificada en virtud de las facultades conferidas en tales preceptos.

a’) El derecho del marido a exigir obediencia a la mujer no puede implicar la facultad de sustraer a ésta su libertad ambulatoria, pues

el mencionado derecho sólo entraña, conforme señala Castán, la exigencia de un debido acatamiento a la voluntad jerarquizada del cabeza de familia, en tanto no lastime esa obediencia la personalidad jurídica de la esposa (58).

b') El deber de convivencia establecido para los cónyuges en los artículos 56 y 58 del Código civil origina, respecto al marido, la facultad de exigir a la mujer le siga donde fije aquél su residencia, con las excepciones previstas en la segunda parte del artículo 58. Tal regulación del Código civil suscita la cuestión de si el marido que priva a la mujer de sus facultades ambulatorias, ya para evitar que se aparte del domicilio conyugal, ya para obligar a su cónyuge a seguirle al lugar donde fije su nueva residencia, puede invocar a su favor la eximente 11 del artículo 8.º del Código penal.

Planteamos el problema de la detención de la mujer por el marido en estos términos, por la razón de que, dada la reglamentación civil de las relaciones conyugales, al omitirse en favor del marido unas facultades similares a las conferidas para los hijos, y limitarse la normación de esas relaciones al deber contenido en los preceptos consignados, sólo cabe discutir la justificación de las detenciones de la mujer cuando la finalidad perseguida por el marido sea la expuesta en el anterior planteamiento. En todos aquellos casos en los que no concurren en la detención de la esposa los requisitos integrantes del supuesto del anterior planteamiento, carecerá, pues, absolutamente de sentido el tratar de la posible justificación del hecho.

Los civilistas, al estudiar la referida obligación de convivencia entre los cónyuges, señalan la dificultad de hallar la sanción adecuada a la posible infracción, por alguno de ellos, de semejante deber (59).

Los "procedimientos gubernativos" de reintegrar a la mujer "manu militari" al domicilio conyugal, admitidos por los antiguos prácticos y por las primitivas jurisprudencias italiana (del Piamonte) y francesa, son hoy rechazados por la doctrina y práctica dominantes (60). Únicamente la sentencia civil de 25 de octubre de 1927, que incidentalmente, resolviendo una competencia, parece reconocer el derecho del marido a reintegrar *manu militari* a su mujer al domicilio conyugal (61), y Puig Peña (62), en la doctrina científica, favorable a la aplicación de los referidos procedimientos gubernativos, adoptan una actitud distinta a la expuesta como propia del sentir dominante.

La infracción del deber de convivencia llevará consigo otras san-

(58) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, T. V., Madrid, 1961, pág. 194.

(59) JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA, *Aspectos civil y penal del abandono familiar*, "Revista del Derecho Privado", t. XXXIX, págs. 12 y ss.; JOSÉ LUIS LA CRUZ y MANUEL ALBALADEJO, *Derecho de Familia: el matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, págs. 169 y ss.

(60) BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pág. 13.

(61) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, común y foral*, T. V., Madrid, 1961, pág. 184, núm. 2.

(62) FEDERICO PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, t. II, 1, Madrid, 1947, pág. 225.

ciones de naturaleza civil y penal. Entre las primeras, una vez perdida virtualidad la doctrina dictada durante la segunda República en materia de divorcio, se consignan determinadas medidas de naturaleza económica; entre las segundas, la responsabilidad penal por el delito de abandono de familia del artículo 487 del Código penal (63)-(64).

Dejando aparte tales responsabilidades, resultan hoy, por las razones aducidas ya por los civilistas citados, totalmente inadmisibles los referidos "procedimientos gubernativos".

Por otro lado, la aceptación de tales procedimientos no significaría la concesión al marido de una *personal* facultad de sustraer la libertad a su cónyuge. Ilustrativas son al respecto las palabras del profesor Lacruz: "Aunque la obligación de convivencia en el domicilio del marido parece que en el Derecho positivo español faculta a éste para apelar a la fuerza pública, con el fin de restituir a la mujer al hogar conyugal, sin embargo, a nadie se ocultará lo impracticable del estado de secuestro personal permanente a que tendría que reducirse cuando fuera su voluntad abandonarlo, cuyo secuestro podría llegar a constituir delito de detención ilegal (cfr. Código penal, arts. 480 y ss.)" (65).

b) Pese a todo ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha manifestado una invencible resistencia a castigar como detenciones ilegales las conductas privativas de libertad efectuadas por el marido. Como observa Quintano, no se conoce fallo alguno en el que nuestro alto órgano juzgador incrimine la detención conyugal en sí misma; únicamente se ha estimado la existencia de tal delito cuando la privación de libertad iba unida a malos tratos o vejámenes innecesarios para el tipo del 480 (66).

Corresponde seguidamente proceder al examen crítico de tal jurisprudencia.

Ante todo, importa observar que alguna sentencia primitiva ha reconocido la justificación de los procedimientos gubernativos para reintegrar a la mujer al domicilio conyugal. Así, según la de 30 de octubre de 1872, "... El alcalde... defiriera a su solicitud (del marido), disponiendo en sus tres primeras providencias gubernativas sobre el asunto la traslación de la mujer por medio de la guardia civil al domicilio conyugal, adonde fue llevada en efecto; tal traslación... no es, ni puede estimarse legalmente arresto ni detención en el sentido y significación que tienen y se da a estas palabras en los artículos..., pues si a tales actos hubiera de darse carácter criminal, vendría a quedar de hecho la mujer casada desligada cuando quisiera de las obligaciones que le imponen las precitadas leyes, mientras que el derecho que es-

(63) BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, págs. 13 y ss.; LACRUZ, *op. cit.*, pág. 170.

(64) Cfr. ANTONIO FERRER SAMA, *El delito de abandono de familia*, Murcia, 1946, págs. 27 y ss.; EUGENIO CUELLO CALÓN, *El delito de abandono de familia*, Barcelona, págs. 31 y ss.

(65) LACRUZ, *op. cit.*, pág. 170.

(66) QUINTANO RIPOLLÉS, *op. cit.*, pág. 795.

tas mismas conceden justamente al marido, llegaría a ser completamente ilusorio”.

El criterio sustancial que parece inspirar a la jurisprudencia es el de reconocer en favor del marido una autoridad sobre la mujer que permite a aquél exigir a ésta obediencia, y que legitima la detención. En tanto en cuanto sea justa la meta propuesta, o, concretamente, en tanto en cuanto persiga la protección y amparo de la esposa; la presencia de malos tratos excluirá la apreciación de tal finalidad, e impedirá, pues, la justificación del delito. El que el Tribunal Supremo sólo haya estimado la presente infracción cuando la privación de libertad iba unida a sevicias, no se debe a la agregación a la figura criminal de requisitos en rigor extrínsecos a ella, sino más bien a la circunstancia de que los referidos malos tratos excluyen la posibilidad de estimar la finalidad de protección y amparo que legitimaría el ejercicio de la autoridad por el marido. Así, según la sentencia de 14 de febrero de 1914, “... afirmado por el Jurado... que hizo... a su mujer comer las sobras de la comida, la obligó a dormir en el suelo de la cocina y la impidió salir a la calle durante varios meses, claramente se infiere que utilizando una fuerza cualquiera y sin causa o motivo legal que lo justificara, la constituyó en situación de encierro... si bien es verdad que el marido tiene sobre su mujer cierta autoridad, y aún le debe ésta obediencia en lo justo y racional, no lo es menos que, por su parte, se halla obligado a prestarla protección y amparo, y como en el caso actual, lejos de hacerlo así, se ha demostrado que la sometió a verdaderas vejaciones, y sin razón o motivo legal que lo precisara, la privó de libertad..., es igualmente manifiesto que estos hechos patentizan el delito aludido”. La resolución de 24 de octubre de 1882 absuelve del delito de detenciones por la consideración de que “dicha reclusión se llevó a efecto sin amenazas, malos tratamientos de ninguna especie, ni otro propósito que el de evitar la realización de un mal, y durante ella no estuvo privada por completo de su libertad, ni de reclamar la protección de la Autoridad contra aquella medida, si la consideraba criminal o abusiva...”. En sentido similar se ha pronunciado la sentencia de 16 de abril de 1905.

Por último, también en esta materia halla manifestación el criterio favorable a la trasmutación del delito de detenciones en el de coacciones, cuando la violencia ejercida en virtud de la detención persiga una meta trascendente a la simple privación de libertad. De tal modo, según la sentencia de 20 de noviembre de 1935, “comete el delito del artículo 488 el que encierra a su mujer en una habitación, privándola de toda comunicación con el exterior, con el propósito de que ante tal situación solicitara abandonar el domicilio conyugal, pues concurren las dos modalidades: fuerza material y presión moral”.

Resulta, por otro lado, interesante observar cómo precisamente en los casos en los que la conducta es de simple privación de libertad de la esposa, no acompañada de ulteriores acciones antijurídicas, el hecho es calificado como coacciones y no como detenciones.

2. Privación de libertad de enfermos mentales.

A) El Decreto de 3 de julio de 1931, reformado por el de 27 de mayo de 1932, señala la clase de enfermos mentales que pueden ser reclusos contra su voluntad en un sanatorio psiquiátrico, así como los requisitos para efectuar tal ingreso. Siempre, pues, que en cumplimiento de tales preceptos un enfermo mental sea privado de su libertad motriz, la detención del artículo 480 resultará justificada conforme al número 11 del artículo 8.º del Código penal, por obrar el autor “en el ejercicio legítimo de un derecho” (67).

B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se ha ocupado de esta materia en varias sentencias, ha sentado una doctrina discrepante, en gran parte, de las conclusiones que se desprenden de la recta interpretación de los preceptos legales.

a) Según la sentencia de 30 de noviembre de 1887, “los hechos probados de la enajenación mental de L. I., cuya enfermedad padeció también su difunto padre, la posibilidad de que pudiera tener alguna exaltación, y los más elocuentes aún de ser la madre, el hermano, los parientes y convecinos del pueblo, los que sujetaron a la cadena al demente, evidencian que ni aquella madre... ni los demás que ayudaron a sujetar y amarrar al desgraciado enfermo *tuvieron intención de cometer ni cometieron* el delito de detención ilegal, antes al contrario... cumplieron un penoso deber, ya que por miedo a los gastos del expediente gubernativo no podían llevar al enfermo a un manicomio, y los demás que al acto concurrieron no hicieron otra cosa que prestar un servicio de amistad y caridad...”. El supuesto a que se refiere tal sentencia es el de la detención de un enfermo mental, que, dada la forma en que se produjo —encadenamiento del mismo—, difícilmente podría resultar plenamente justificada, por falta de la legitimidad en el ejercicio del derecho del número 11 del artículo 8.º. El Tribunal Supremo resuelve, al parecer, la cuestión en el plano de la intencionalidad. Niega, en efecto, que “tuvieran intención de cometer el delito de detención ilegal”, y parece dar a entender que más que obrar en el ejercicio de un derecho, creyeron actuar en ese ejercicio.

b) La sentencia de 28 de abril de 1950, repetidamente aducida, tras describir las diferencias entre las detenciones y las coacciones, conforme a los términos de que “mientras los de la primera especie tienden concretamente a la pérdida durante algún tiempo o al uso limitado de las facultades ambulatorias, los de la segunda, con un campo experimental más extenso y castigos menos graves, comprenden cuantas otras torceduras de la voluntad ajena se produjeran con violencia para obligarle a efectuar lo que no quisiera”, por lo que debe atenderse al “dolo específico” para distinguir una y otra especie criminal, declara que “el ingreso forzoso en un establecimiento psiquiátrico, cuando constare al agente la normalidad mental del individuo

(67) Cfr. E. BATTAGLINI, *Sequestro di persona mediante illegittimo ricovero in ospedale psichiatrico*, en “Giustizia penale”, 1951, II columnas 811 y ss.

recluido, significa sin duda la comisión del delito previsto por los artículos 480 y tres sucesivos del Código dicho, ya que sólo cabía obedeciese el hecho al deseo insano de privar a otro de los movimientos libres de traslación; pero cuando en presupuesto contrario presida la finalidad única sinceramente sentida de procurar la asistencia científica y cura de la persona que se creyere bajo los efectos de alguna forma de demencia, precisa desechar la idea de aquel delito como falto... del origen intencional, que es principio básico de esa especie de responsabilidad penal". Inspiradas en parte en esa "finalidad de procurar la asistencia científica y cura de la persona que se creyere bajo los efectos de alguna forma de demencia", las procesadas se proveyeron del requerido certificado médico que fue librado por un facultativo, al que recurrieron, "sin otra comprobación ni información más que las que les proporcionaban" las imputadas en el acto de la visita; "sin reconocimientos previos del enfermo, certificó el médico... que consideraba indicado su ingreso en el establecimiento psiquiátrico". En los considerandos de esta resolución se aprecia la omisión de un requisito necesario para la legitimación de la conducta, estimándose, en relación a las referidas procesadas, el delito del artículo 496 del Código penal; se niega relevancia a "la ignorancia o falta de intencionalidad respecto de los actos propiamente constitutivos de este delito... porque sus autores... recabaron la certificación facultativa acorde que permitiera el logro de sus propósitos de tendencia buena pero de medios ilícitos y, al fin, hicieron uso del documento falso, a sabiendas de no contener un dictamen consciente del técnico".

La referida resolución, tras establecer una admisible diferenciación entre el delito de detenciones y el de coacciones, recurre al criterio del "dolo específico" para distinguir, ante un supuesto concreto, una y otra infracción criminal. Tal criterio está sometido, a nuestro juicio, en atención a las consecuencias a que lleva, a ciertos reparos. Ante todo, ha contribuido, según parece, a desestimar el delito de detenciones cuando el sujeto se propone la privación de libertad como medio para la consecución de una meta ulterior, compatible no obstante con el primer resultado de sustracción de las facultades motrices. De tal suerte el delito de detenciones ilegales se transmuta frecuentemente, de modo inadmisibles, en el de coacciones.

La conclusión a que la sentencia seguidamente llega, respecto al tratamiento del ingreso presidido por la "finalidad única de procurar asistencia científica y cura de las personas que se creyere bajo los efectos de alguna forma de demencia", resulta criticable. Aun admitiendo hipotéticamente la necesidad de un dolo específico para las detenciones ilegales, no tiene por qué la indicada finalidad producir el efecto de "desechar el origen intencional" de este delito. Lo que —situados en una actitud tradicional favorable al dolo como *dolus malus*— excluiría esa intencionalidad o dolo específico, no lo sería la antes referida finalidad terapéutica, sino la creencia de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho. El propósito curativo no significa empero aún, según exa-

minamos ya anteriormente (67 bis), esa creencia. Por lo demás, la conciencia de actuar en el ejercicio de una facultad legítima no exige el que el actuar esté inspirado *exclusivamente* en la repetida finalidad terapéutica; así, quien creyendo en la presencia de una enfermedad mental, con observancia de todos los requisitos establecidos, consigue el internamiento del supuesto paciente, con el objeto tanto de alcanzar su cura como de evitar la disipación de sus bienes, actuará sin duda en la creencia de ejercitar un derecho.

En conformidad a todo ello resulta, por último, inadmisibles el que “la consciente omisión” de alguno de los requisitos necesarios para la legitimidad del ejercicio del derecho, transmute las detenciones en coacciones. La estimación del tipo de detenciones no hubiera debido dejar lugar a duda alguna. La cuestión hubiera debido girar en torno a la apreciación de la eximente incompleta del número 1 del artículo 9.º.

c) La sentencia de 16 de abril de 1959 aplica la doctrina sentada en la anterior sentencia, sobre la diferencia entre detenciones y coacciones, así como sobre el tratamiento del ingreso forzoso en un establecimiento psiquiátrico a sabiendas de la normalidad mental del detenido, y sobre el del internamiento con finalidad curativa. Conforme a esa resolución, “el hecho probado de personarse siete procesados en casa de la ofendida y, contra la oposición reiterada y tenaz de ésta... los dos sanitarios absueltos aplicaron a dicha señora una inyección de Narcovenol que le produjo sueño pasajero y facilitó su subida a un automóvil en el que emprendieron la marcha en dirección a otra ciudad, seguidos de otro coche, en el que iban los demás procesados, los que fueron alcanzados y detenidos antes de llegar a su destino, constituye el delito de coacciones”, en aplicación de la doctrina sentada en la sentencia de 28 de abril de 1960. Más adelante, en la propia resolución de 16 de abril de 1959 se dice que “el empleo de violencia bajo sus dos aspectos de fuerza o intimidación por parte de quienes no estuvieron autorizados para ejercerla, integra el delito del artículo 496 del Código penal, aunque el fin que se persiguiera no fuese injusto, y, en cambio, el ingreso forzoso en un establecimiento psiquiátrico cuando constare al agente la normalidad mental del individuo recluido, significa la comisión del delito de detención ilegal del artículo 480”.

Realmente, no puede menos de sorprender el que deje de calificarse conforme al artículo 480 la detención de una persona de quien consta su normalidad mental. Posiblemente la circunstancia de que “el ingreso forzoso en un establecimiento psiquiátrico” no se produjera, así como el que el dolo estuviera dirigido como meta última a la sustracción de la facultad de disposición de los bienes de la víctima, para evitar que “fuesen a parar a personas extrañas a la familia”, han sido decisivos para la transmutación de las detenciones en coacciones (68). Frente a ello debe argüirse que, aun partiendo de la doctrina jurisprudencial, ya antes criticada, relativa al *ingreso forzoso en esta-*

(67 bis) Cfr. arriba, VI, 2, B, b.

(68) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, op. cit., pág. 797.

blecimiento psiquiátrico, constitutivo de detenciones—como modalidad opuesta al *internamiento con finalidad curativa*—, hubiera sido más correcto la estimación del delito de detenciones en grado de frustración, según hizo el Tribunal de instancia. Por otra parte, la finalidad última perseguida, al no excluir, sino precisamente implicar, la voluntad de encierro, no hubiera debido a su vez descartar tampoco la estimación de las detenciones.

C) Al principiar la presente exposición dedicada al internamiento de enajenados, señalamos las líneas generales del tratamiento jurídico-penal de esta cuestión conforme a la recta interpretación de los textos legales. Seguidamente importa resumir, a modo de conclusión, nuestro punto de vista sobre la presente materia, fragmentariamente expuesto ya al efectuar el estudio de la jurisprudencia.

La privación de libertad de un enfermo mental, ya en forma de detención, ya de encierro, efectuada con observancia de los requisitos previstos por los Decretos reguladores de la materia, será adecuada a Derecho.

Si el autor ha omitido algunos de los requisitos prescritos, su conducta no quedará justificada, por ausencia de la nota de *legitimidad* en el ejercicio del derecho. Podrá, sin embargo, estimarse la eximente incompleta del número 1 del artículo 9, siempre que el requisito ausente no afecte a la esencia de la eximente.

Si objetivamente no concurre un derecho en favor del autor, pero éste cree erróneamente que ejercita legítimamente una facultad conferida por el ordenamiento jurídico, deberá estimarse en favor de aquél un error excusante; de ser tal error imputable a culpa, deberá apreciarse, conforme a la concepción tradicional, el delito del artículo 565. Ese error sobre la concurrencia de un derecho podrá basarse en una viciosa apreciación fáctica o jurídica: el médico que interna en un hospital psiquiátrico a una persona sana creyéndola enferma, incurrirá en un desconocimiento de la primera especie; por el contrario, quien encierra permanentemente en su casa a un familiar demente suponiendo que se encuentra legitimado para una tal acción, sufrirá la otra especie de error.

3. *Detenciones efectuadas en ejercicio de las facultades conferidas por los artículos 490 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

La Ley de Enjuiciamiento criminal, en sus artículos 490 y 491, confiere a los particulares, para determinados supuestos, la facultad de detener.

A) El artículo 490 enumera los casos en que una persona está autorizada para privar a otra de su libertad. El sujeto que haciendo uso de los derechos conferidos por este precepto detuviere a otro, realizará, pues, una conducta justificada: en relación al artículo 482 del Código penal, el ejercicio de la facultad consignada en el artículo 490

de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, excluirá el elemento de anti-juricidad ("fuera de los casos permitidos por la ley") propio de aquella figura legal.

B) Conforme al artículo 491, "el particular que detuviere a otro justificará, si éste lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en algunos de los casos del artículo anterior". Tal precepto, dotado de una significación superior a la meramente procesal, impone la exigencia de que el autor de la conducta privativa de libertad crea racionalmente en la concurrencia de alguno de los casos recogidos en el artículo 490, para que su acto resulte autorizado. Ello suscita la importante cuestión de si la creencia racional de que el detenido se halla comprendido en alguno de los supuestos del artículo anterior, representa simplemente el elemento subjetivo que debe concurrir junto a la situación objetiva, para autorizar la conducta privativa de libertad, o de si, por el contrario, encierra la significación mayor de determinar por sí sola, independientemente de cuál sea la situación objetiva, la licitud de la detención.

Creemos que la solución correcta viene dada por el segundo extremo de la alternativa. En su favor concurren las siguientes razones.

Primero, el propio tenor del texto legal parece conducir a tal entendimiento; así, cuando dice: "justificará... haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para *creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del artículo anterior*", obliga, según parece a entender que debe estimarse tal precepto en todos aquellos supuestos en los que el detenido no se hallaba *realmente* comprendido en alguno de los casos del artículo 490.

En segundo lugar, tal interpretación es la que corresponde a la probable *ratio* del precepto. El legislador, cuando habla de la justificación que puede exigir el detenido, parece estar refiriéndose al supuesto de detención infundada, efectuada de buena fe por el autor (69). Además, el precepto del artículo 491 guarda una similitud y paralelismo con el número 4 del artículo 492, que impone, a las autoridades y agentes de la policía judicial, la *obligación* de detener en supuestos en los que objetivamente no concurre una situación justificativa de la privación de libertad (70).

(69) AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal*, Madrid, 1913, T. IV, pág. 153: "lo que el legislador ha querido con el establecimiento de la disposición sancionada en dicho artículo no es impedir ni dificultar la detención, sino únicamente proporcionar al detenido los medios de exigir la debida reparación de los perjuicios causados por una infundada y arbitraria detención".

(70) El art. 492, núm. 2 de la Ley de Enjuiciamiento criminal dispone: "la Autoridad o agente de policía judicial tendrá la obligación de detener: ... 4.º al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurren las dos circunstancias siguientes:

1.º Que la Autoridad o agente tengan motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.

Importa recordar que, en relación a tal precepto, la jurisprudencia ha sentado los siguientes criterios: “la legitimidad de la detención acordada por una autoridad o agente, no depende de la realidad jurídica, y menos judicial, de un delito... sino, como con repetición ha dicho la Sala, de los caracteres del hecho, de los cuales pueda racionalmente inferir tal calificación la autoridad o funcionario” (S. 27 enero 1885); la absolución por el delito de detenciones del artículo 198 (Código penal de 1932) es apoyada en la consideración de que “existe, a lo menos, la apariencia de un acto delictivo o motivos bastantes para estimar racionalmente que la persona detenida tuvo participación en su comisión y fundamentos suficientes para calificar los hechos “a priori” como constitutivos de delito, falta el dolo específico de la infracción punible, aunque después se llegue a demostrar la inocencia del detenido o el error padecido al calificar jurídicamente y de manera provisional los hechos que motivaron la detención” (S. 6 junio 1935; en idéntico sentido, SS. 20 febrero 1884, 7 febrero 1889, 31 diciembre 1918, 14 noviembre 1962); “cometen el delito de detención ilegal del último párrafo del artículo 198 del Código penal los procesados... dándose en el presente caso no solamente las notas objetivas de la infracción, sino también el elemento subjetivo que expresa dicho precepto, en armonía con el artículo 29 de la Constitución, pues a los funcionarios enjuiciados les constaba la evidencia de la ilegalidad de la detención” (S. 29 abril 1935); “el dolo específico del delito de detenciones lo constituye la conciencia plena, absoluta y segura que tiene el agente... que la detención que ordena o realiza es ilegal; es decir, que el acto es antijurídico en su inicio, realización y ejecución” (S. 19 octubre 1963).

Por último, tanto la doctrina procesal como la jurisprudencia parecen haber atribuido a la creencia del autor el mismo significado que arriba le hemos conferido. Así, según Aguilera de Paz, el artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento criminal se refiere al supuesto de que sean los particulares los que hayan de llevar a cabo la detención, y en él se establecen las causas y los casos en que pueden autorizar el que cualquier persona detenga al que se hallare comprendido en alguno de dichos casos, *bastando para ello* que existan motivos racionalmente suficientes para considerarlo así (71). Y conforme a la sentencia de 5 de abril de 1924 “se comete el delito del artículo 482... cuando no se obra en cumplimiento de ningún deber, ni se ejercita derecho alguno, *sino por fines de odio u otros no legítimos*”; de la contraposición de tales fines al cumplimiento de un deber y al ejercicio de un derecho, parece desprenderse que la creencia fundada en la concurrencia de alguno de los casos del artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento criminal provoca la exclusión del delito.

Esta interpretación no excluye, sino que resulta perfectamente com-

2.º Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intenta detener tuvo participación en él”.

(71) AGUILERA DE PAZ, op. cit., pág. 153.

patible con el hecho de exigir para la justificación de la detención el conocimiento, por parte del autor, de obrar en el ejercicio de un derecho (72).

La creencia de que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del referido artículo 490, exige, para la estimación del artículo 491, algo más que una simple representación subjetiva. Indudablemente el artículo 491, al igual que el número 4 del artículo 492, sólo puede ser estimado cuando esa creencia merece la calificación de fundada conforme a una escala objetiva. La apreciación de uno y otro precepto no se abandona a la conciencia personal del autor. Sólo cuando conforme a un criterio objetivo hubiera debido considerarse, en atención a las circunstancias concurrentes, la representación del sujeto como racional, deberá aplicarse el artículo 491 o el 492, número 4. Por lo demás, así se desprende ya del propio tenor de la ley: "*motivos racionalmente suficientes para creer...*".

En tal sentido objetivo han sido, además, interpretados tales preceptos por doctrina y jurisprudencia. Aguilera de Paz rechaza, en efecto, la opinión de quienes suponen que la apreciación de la racionalidad y suficiencia de estos motivos corresponde única y exclusivamente al que llevare a efecto la detención, eximiéndole de toda responsabilidad el personal juicio que formase de dicha suficiencia; la ley, señala dicho comentarista, no ha incurrido en este error, sino que ha sometido al criterio judicial la apreciación de los motivos que hubiere tenido el sujeto para llevar a efecto la detención (73). Por su parte, la jurisprudencia ha sentado los criterios siguientes: "la legitimidad de la detención... depende... de los caracteres del hecho, *de los cuales pueda racionalmente inferir* tal calificación la autoridad o funcionario..." (S. 27 enero 1885); "existen... motivos bastantes para estimar racionalmente que la persona detenida tuvo participación en su comisión y fundamentos suficientes para calificar los hechos "*a priori*" como constitutivos de delito" (S. 6 junio 1935).

C) En relación a esta materia, se suscita la cuestión de la naturaleza jurídica de la detención realizada en cumplimiento de lo preceptuado en los artículos 490, 491 y 492 de la Ley de Enjuiciamiento criminal. El que en los supuestos descritos en los artículos 490 y en los tres primeros números del 492 concurre una causa de justificación, no ofrece lugar a dudas.

La única cuestión que puede suscitar dificultades es la relativa a los otros casos, es decir, a los descritos en los artículos 491 y 492, número 4.

A nuestro juicio, representan circunstancias que originan no simplemente la inculpabilidad, sino la justificación de la acción privativa de libertad. Las razones son las siguientes.

En primer lugar, no es una simple representación personal lo que

(72) Cfr. JUAN CÓRDOBA, *Notas de Derecho español*. R. MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, t. I, Barcelona, 1963, págs. 370 y ss.

(73) AGUILERA DE PAZ, op. cit., págs. 149 y s.

motiva la estimación de esos preceptos, sino una tal representación en cuanto merezca, conforme a una escala objetiva, la calificación de “racional” o “fundada”. La idea de que cualquier otro perteneciente a la misma esfera del autor hubiera incurrido, dadas las circunstancias concretas, en la misma creencia, parece ser decisiva para la apreciación de los preceptos de los artículos 491 y 492, número 4. Ello así se trasluce en las sentencias antes recogidas y, particularmente, en las últimas de ellas referentes a la “racionalidad” de la creencia.

A la vista de esta cualidad objetiva de la regla que sirve para apreciar la mencionada representación, resultaría claramente incorrecto entender el que tal creencia excluye la culpabilidad —juicio personal— de la conducta.

En segundo lugar, el tenor de la ley y la jurisprudencia parecen atribuir al supuesto recogido en el artículo 492 el carácter de causa de justificación. El propio texto legal declara, en efecto, que la “Autoridad o Agente de policía judicial tendrá la *obligación* de detener...: 4.º Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurran las dos circunstancias siguientes: 1.º, que la Autoridad o Agente tenga motivos racionales bastantes para creer...”. La jurisprudencia, por su parte, ha proclamado: “la *legitimidad de la detención* acordada por una Autoridad o Agente, no depende de la realidad jurídica y menos judicial de un delito, que en la ocasión de cometerse no se juzga definitivamente ni puede juzgarse por falta de elementos... sino... de los caracteres de hecho de los cuales pueda racionalmente inferir tal calificación la Autoridad o funcionario” (S. 27 enero 1885); “que es el elemento esencial del delito de detención ilegal la lesión o perturbación de un derecho; y cuando éste no existe, ni en la intención del agente ni en el resultado de su acción, no se comete el atentado contra la libertad que pena el artículo 495... porque sin tales elementos la detención *no sería ilegal*; y podría ser por parte del que la ejecutase, o el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una obligación...” (S. 7 enero 1885).

Si respecto al artículo 492 existen bases suficientes para entender que la Autoridad o agente de la Policía judicial que practica la detención en la racional creencia descrita en el número cuarto actúa *conforme a Derecho*, a la misma conclusión deberá lógicamente llegarse respecto al supuesto del artículo 491, dado el paralelismo existente entre ambos.

Por último, debe tenerse en cuenta que la vigencia de tales criterios, en virtud de los cuales el valor y desvalor del acto adquieren una relevante significación, muestra el plausible grado de penetración dentro de nuestro ordenamiento de escalas o patrones destacados por la reciente dogmática penal. Así, del axioma de que las normas jurídicas no se dirigen a ciegos procesos causales, sino a *acciones*; deriva Günther Stratenwerth unas conclusiones de sumo interés respecto al actual estudio. Tras señalar, dicho penalista, que la *producción del*

resultado jurídicamente desaprobado no puede pertenecer al objeto de la prohibición o mandato, esto es, a la conducta regulada por la norma, concluye que las prohibiciones y mandatos jurídico-penales, en tanto desempeñen la función de *normas de conducta*, no pueden sino partir de la situación contemplada con los ojos del autor (74).

D) Por último, se suscita aquí la cuestión del tratamiento jurídico-penal de la conducta del particular que detiene a una persona, en alguno de los casos permitidos por la Ley, y demora su entrega a la Autoridad más allá del plazo consignado en el texto legal. La Ley de Enjuiciamiento criminal establece, en su artículo 496, que “el particular, Autoridad o Agente de Policía judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes artículos, deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención, dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma. Si demorase la entrega incurrirá en la responsabilidad que establece el Código penal, si la dilación hubiere excedido de veinticuatro horas.”

Tal precepto, por el que se asimilan (75) las detenciones de los particulares a las de los funcionarios públicos, está en desacuerdo con el artículo 186 del vigente Código penal. Este último precepto ha ampliado el referido plazo de veinticuatro a setenta y dos horas con la finalidad de armonizar el tipo penal a lo dispuesto por el artículo 18 del Fuero de los Españoles; ello ha llevado, sin embargo, consigo la discordancia entre el artículo 186 del Código penal y el 496 de la Ley de Enjuiciamiento criminal que, al mantener el plazo de veinticuatro horas, exige la oportuna corrección que lo adapte al texto de la nueva ley penal.

El particular, pues, que demorare más de setenta y dos horas la entrega del detenido a la Autoridad judicial realiza una conducta cuya calificación resulta difícil. Los preceptos cuya aplicación se discute son los consignados en los artículos 480 y 482 del Código penal. El segundo de ellos, al no establecer plazo alguno para la entrega del detenido, deberá ser aplicado en cuanto la finalidad de entrega a la Autoridad resulte probada, pese a que tal entrega se demore más allá de las setenta y dos horas. De ser ello así, y apreciarse en el supuesto que estudiamos la existencia del delito del artículo 480, se llegaría a la absurda consecuencia de que la detención prorrogada después de las setenta y dos horas siguientes a la aprehensión merece un tratamiento más severo cuando este último acto estaba legitimado que cuando no lo estaba.

De otra parte, sin embargo, el artículo 482 no puede ser aquí aplicado por la sencilla razón de que el mismo sólo lo ha de ser en los supuestos de aprehensión inicialmente ilícita.

A la vista de todo ello, no cabrá más conclusión que la de dejar

(74) GÜNTHER STRATENWERTH, *Handlungs und Erfolgswert in Strafrecht*, separata de Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht”, 79, 1963, págs. 245 y ss.

(75) QUINTANO RIPOLLÉS, op. cit., pág. 805.

impune la conducta descrita; el artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento criminal consignará, pues, en su primer párrafo, una norma imperativa cuya infracción sólo irrogará responsabilidad criminal para los funcionarios públicos.

4. *Consentimiento de la víctima.*

Si la detención ilegal requiere, al menos, la ausente voluntad del ofendido, es claro que el consentimiento libremente prestado por parte de éste excluirá la tipicidad misma de la conducta. De ahí se desprende también que el consentimiento desplazará el tipo, en cuanto tenga por objeto a la concreta privación de libertad; una renuncia al total bien de la libertad es como tal irrelevante.

El consentimiento excluye el delito en cuanto es prestado por el sujeto pasivo, es decir, por el titular del bien jurídico (76).

Como en las detenciones del artículo 184 titular del bien jurídico no lo es el objeto de la acción, sino la colectividad, el consentimiento del detenido resultará irrelevante. Con razón crítica, pues, Garçon la sentencia de la jurisprudencia francesa que absuelve del delito de detención al funcionario que ordenó una ilegítima privación de libertad con el consentimiento del arrestado (77).

VII. LA CULPABILIDAD (78)

1) La figura del primer párrafo del artículo 480 aparece objetivamente descrita: "el particular que encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad". El legislador no sólo ha omitido la inclusión de todo elemento subjetivo, sino que, además, no ha limitado, según vimos, los medios susceptibles de originar la estimación del presente delito: cualquiera que produzca el encierro o la detención privativos de la libertad ambulatoria, será típico.

La previsión en el tercer párrafo del mencionado artículo 480 de la modalidad atenuatoria de quien "diere libertad al encerrado o detenido, dentro de los tres días de su detención, *sin haber logrado el objeto que se propusiere...*" (79), suscita el interrogante de si una tal disposición desvirtúa o no la naturaleza objetiva y causal del tipo del primer párrafo del artículo 480.

El precepto de este tercer párrafo establece una atenuación para cuando, aparte de los otros dos requisitos de puesta en libertad dentro de los tres días de la detención y no comienzo del procedimiento, a la consumación no haya seguido el agotamiento del delito. No cabe, en

(76) Cfr. FRIEDRICH GEERDS, *Unrechts-und Schuldausschliessungsgründe, en vMaterialien zur Strafrechtsform*", II, Allg. Teil, Bonn, 1954, págs. 375 y ss.

(77) GARÇON, op. cit., T. I., págs. 456 y s.

(78) Dadas las características de la doctrina científica española actual, hemos creído oportuno seguir, en la ordenación de la exposición presente, la sistemática tradicional.

(79) En sentido crítico: GROIZARD, op. cit., T. V, pag. 645.

efecto desconocer que en la realidad del acontecer vital la detención es preordenada, de ordinario, por el sujeto a la consecución de una determinada meta, lícita o ilícita. El "objeto que se propusiere" del artículo 480, tercer párrafo, estará constituido, pues, por la meta perseguida por el autor.

No creemos, sin embargo, que de la existencia de ese tercer párrafo deba desprenderse la consecuencia, respecto al primero, de que sólo es estimable el delito de detención cuando la conducta privativa de libertad represente un acto interpuesto para la consecución de un ulterior resultado. Del tercer párrafo del artículo 480 no tiene por qué derivarse la inclusión en el primero de un elemento subjetivo, esto es, la estimación únicamente de tal infracción cuando la detención es final.

El tercer párrafo del artículo 480 representa, simplemente un tipo atenuado que no tiene por qué referirse a la totalidad de supuestos comprendidos en el tipo básico. El que se imponga una mitigación de la pena cuando, además de otros requisitos, concorra el de no haber alcanzado el autor su objeto, no implica lógicamente la limitación del tipo básico de detenciones a los supuestos en los que el autor haya planeado la detención como medio para alcanzar una ulterior meta.

Además, si, como acertadamente señala Quintano (80), el tipo atenuado únicamente puede ser estimado cuando la finalidad perseguida tiene un carácter concreto —la ley habla de "el *objeto* que se propusiere"—, no creemos que la contestación al interrogante suscitado pueda ser otra. De lo contrario, es decir, de exigirse, para las detenciones ilegales correspondientes al tipo básico, el que el autor se haya propuesto siempre un determinado "*objeto*", debería llegarse a la inadmisibles conclusión de rechazar la estimación de tal delito cuando la finalidad de la conducta privativa de libertad sea imprecisa, v. gr., satisfacer un afán de venganza personal.

En conclusión, la interpretación del artículo 480 muestra la figura del delito de detenciones ilegales como un tipo objetivo y causal desprovisto de elementos subjetivos. Realizará ese tipo tanto quien voluntariamente encierre o detenga a otro como quien culposamente produzca la privación de libertad —v. gr., el vigilante de un museo que cierra la salida sin cerciorarse antes si se halla en él algún visitante—.

Las detenciones ilegales no requieren, pues, elemento subjetivo alguno, por cuanto un tal elemento no es exigido, ni expresa ni tácitamente, por la Ley (81); y, al no darse un tal requisito subjetivo, las detenciones ilegales podrán ser estimadas, tanto cuando concorra dolo, como cuando exista imprudencia, respecto a la privación de libertad (82).

(80) QUINTANO RIPOLLÉS, op. cit., pág. 803.

(81) Cfr. JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas al Mezger, Tratado de Derecho Penal*, t. I., Madrid, 1946, pág. 338; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, t. III, Buenos Aires, 1958, pág. 345.

(82) En el mismo sentido: QUINTANO RIPOLLÉS, op. cit., pág. 800; RODRÍGUEZ DEVESA, op. cit., pág. 240.

2) La jurisprudencia española muestra, sin embargo, unos rasgos distintos a los hasta ahora expuestos. Según el Tribunal Supremo, el delito de detenciones ilegales requiere la presencia de un dolo específico, cuyo contenido más adelante examinaremos. En conformidad a la formulación de tal exigencia, la jurisprudencia se ha mostrado reacia en admitir la imprudencia respecto a la presente infracción: “es elemento jurídico del delito de detención ilegal, como de todo hecho justiciable, la lesión o perturbación de un derecho; y cuando ésta no existe, ni en la intención del agente ni en el resultado de su acción, no se comete atentado contra la libertad humana que pena el artículo 495 del Código...” (S. 30 noviembre 1887); “mientras los de la primera especie (las detenciones ilegales) tienden concretamente a la pérdida durante algún tiempo o al uso limitado de las facultades ambulatorias, los de la segunda, con un campo experimental más extenso y castigos menos graves, comprenden cuantas otras torceduras de la voluntad ajena se produjeran con violencia para obligarle a efectuar lo que no quisiera, y ello pone de manifiesto el necesario examen del dolo específico generatriz... pues el propósito del sujeto activo... puede decidir entonces cuál sea entre las dos expuestas la verdadera naturaleza jurídica de la transgresión penal que se operó... cuando en presupuesto contrario presida la finalidad única sinceramente sentida de... precisa desechar la idea de aquel delito como falto... del origen intencional, que es principio básico de esa especie de responsabilidad penal” (S. 28 abril 1950; similar la sentencia de 16 abril 1959).

La exigencia del referido dolo específico por parte de la jurisprudencia, no se desprende, sin embargo, de la estimación de algún elemento subjetivo, expreso o tácito, en el delito de detenciones, sino de una confrontación entre los tipos de detenciones y coacciones. En conformidad a ello la ausencia del mencionado ánimo no provocará la incriminación por imprudencia, sino la estimación del delito de coacciones.

En este punto importa asimismo destacar el que la jurisprudencia rechaza la apreciación del tipo de detenciones cuando el acto privativo de la libertad ambulatoria representa sólo un medio para la consecución de una ulterior meta. Así, la sentencia de 20 noviembre 1935 declaró que “comete el delito del artículo 488 (coacción) el que encierra a su mujer en una habitación, privándola de toda comunicación con el exterior, con el propósito de que ante tal situación solicitara abandonar el domicilio conyugal”; asimismo debe tenerse en cuenta que en la resolución de 16 de abril de 1959, la finalidad de la detención —que se interrumpió antes de que la víctima fuera ingresada en un hospital psiquiátrico— de “evitar que los bienes de ésta fueran a parar a personas extrañas a la familia”, posiblemente ha contribuido, junto a la frustración del encierro, a la desestimación de las detenciones (83).

(83) Cfr. GROIZARD, op. cit., pág. 645.

No es correcto, a nuestro juicio, tal criterio jurisprudencial que conduce a una restricción del ámbito de las detenciones en beneficio del de coacciones. Importa, en efecto, observar que la propia Ley ha venido a reconocer, según vimos, en el tercer párrafo del artículo 480, que el encierro y detención, constitutivos del tipo básico de detenciones, representan de ordinario medios para la consecución de ulteriores metas: nadie priva "porque sí" a otro de su libertad ambulatoria. Además, en los supuestos correspondientes a esas sentencias, la finalidad última, distinta a la simple privación de libertad, no es incompatible con el resultado y fin inmediatos de encierro o detención, con lo que no tiene por qué desplazar el tipo de detenciones ilegales.

3) Según vimos en el anterior apartado, la práctica jurisprudencial ha venido, exigiendo en el delito de detenciones ilegales la presencia de un elemento subjetivo, pese al carácter absolutamente objetivo de este tipo legal. La existencia de tal jurisprudencia nos obliga a inquirir por el contenido del dolo específico introducido en la presente figura de delito.

Ese elemento subjetivo no se agota en el conocimiento y voluntad dirigidos a la simple privación de libertad. Junto al mismo debe concurrir una cierta representación del carácter antijurídico del hecho. Veámoslo así seguidamente.

En la sentencia de 30 de noviembre de 1887 se exige que la privación de libertad exista en la intención del agente, estimándose que falta tal intención cuando los procesados, por temor a los gastos que pudieran desprenderse del expediente gubernativo, sujetaron con una cadena a un demente. Tal resolución pone claramente de relieve que, para el presente delito, la voluntad de privar de libertad —que aquí evidentemente concurre, desde el momento en que se propusieron los procesados encadenar a quien, como el enajenado, es titular de tal bien— no es suficiente, y que, por el contrario, la creencia en el ejercicio de un derecho o de un deber, excluye el elemento anímico imprescindible para la presente infracción.

En la resolución de 28 de abril de 1950, tras declararse la necesidad de atender al dolo específico para distinguir de las coacciones las detenciones "que tienden concretamente a la pérdida durante algún tiempo o al uso limitado de las facultades ambulatorias", se declara que cuando "presida la finalidad única sinceramente sentida de procurar la asistencia científica y cura de la persona que se creyeré bajo los efectos de alguna forma de demencia, precisa desechar la idea de aquel delito como falto... del origen intencional, que es principio básico de esa especie de responsabilidad penal". La resolución de 16 de abril de 1959 establece similar doctrina.

De tal suerte las indicadas sentencias de 28 de abril de 1950 y 16 de abril de 1959 parecen dar a entender que la creencia en el ejercicio de un derecho desplaza el dolo específico peculiar de esta infracción. Decimos *parecen* porque no es propiamente la creencia en el ejercicio de un derecho lo que excluye el indicado elemento aní-

mico; la finalidad curativa de la que hablan las sentencias concurre, en efecto, en el presente caso, con la representación del sujeto de que incumple uno de los requisitos exigidos—por el Decreto de 3 de julio de 1931—para la legitimidad del ejercicio de un derecho, según reconoce la propia resolución en el penúltimo de sus considerandos. Al parecer, lo decisivo ha sido aquí más bien la aplicación de la doctrina sentada ya, en sus principios, en la sentencia de 30 de noviembre de 1887, conforme a la cual el ingreso forzoso en un establecimiento psiquiátrico cuando constare al agente la normalidad mental del recluso, significa la comisión del delito de detenciones, en cuanto el hecho sólo puede obedecer al deseo insano de privar a otro de su libertad motriz. La conformidad a Derecho de la meta última del actuar, integrada por la mencionada finalidad terapéutica parece haber desempeñado, pues, una significación decisiva para excluir el elemento anímico de la infracción.

La justicia del fin último perseguido por el sujeto es tomada también en consideración por la sentencia de 24 de octubre de 1882, al objeto de absolver al procesado del delito de detención.

De todo ello se desprende la insuficiencia, según la doctrina jurisprudencial, de la simple voluntad de encierro o detención para el dolo del presente delito. La creencia en el ejercicio de un derecho, o la presencia de una finalidad justa, desplazarán el dolo específico, imprescindible, según el Tribunal Supremo, para el tipo de detenciones ilegales.

Ello conduce a afirmar la necesidad de que, para el dolo del presente delito, exigido por la jurisprudencia, no sólo concurra la voluntad de privación de libertad, sino, además, una cierta representación de la cualidad ético-social del acto. Esta segunda exigencia la formulamos nosotros aquí, en la construcción positiva del dolo, por cuanto la creencia en el carácter justo de la conducta o de la meta última de actuar, excluye el dolo específico.

Este segundo elemento intelectual ha sido introducido por la jurisprudencia, pese a no implicar el tipo del artículo 480 ningún elemento subjetivo ni normativo similar al del artículo 184 (84).

El hecho no obstante de que, pese a no entrañar aquella figura legal ningún elemento de orden valorativo, se dé en la misma una inversión, respecto a las restantes, de la relación entre tipo y anti-juricidad—la tipicidad de la acción no implica de ordinario su anti-juricidad—, puede haber sido aquí decisiva.

(84) Cfr. JUAN CÓRDOBA RODA, *Notas de Derecho español*, a R. MAURACH, op. cit., t. I, págs. 351 y ss.; HANS WELZEL, *Das deutsche Strafrecht, eine systematische Darstellung*, Berlin, 1960, pág. 75; KARL HEINZ KUNERT, *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*, Berlin, 1958, págs. 63 y ss.; CLAUD ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburgo, 1959, págs. 1 y ss.; KARL ENGISCH, *Der Unrechtstatbestand in Strafrecht: eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht*, en "Hundert Jahre deutsches Rechtsleben", Karlsruhe, 1960, páginas 401 y ss.

4) Dada la configuración del Código penal en relación a esta materia, no creemos correcta tal doctrina jurisprudencial.

En primer lugar, según se indicó ya anteriormente, la estructura claramente objetiva del tipo de detenciones ilegales, ni permite la introducción de elemento subjetivo alguno, ni excluye, por tanto, la incriminación de las detenciones a título de imprudencia.

En segundo lugar, el contenido atribuido al “dolo específico” no resulta satisfactorio. No es la creencia en el ejercicio de un derecho lo que excluye el dolo específico según la jurisprudencia (Ss. 28 abril 1950, 16 abril 1959), sino “la finalidad única sinceramente sentida de procurar la asistencia científica y cura de la persona que se creyere bajo los efectos de alguna forma de demencia”. Téngase en cuenta que tal finalidad no implica, sin embargo, aún aquella creencia, pues puede perfectamente suceder, tal como ocurre en la sentencia de 28 de abril de 1950, que, no obstante concurrir esa finalidad, el sujeto sea consciente de infringir alguno de los requisitos necesarios para la legitimidad del encierro. En tal caso el sujeto no actuará en la creencia de ejercitar legítimamente derecho alguno; ello no obstante, la mencionada sentencia, incomprensiblemente, excluye las detenciones por “falta del origen intencional”, y aprecia coacciones, sin que queja argüir “la ignorancia o falta de intencionalidad respecto de los actos propiamente constitutivos de este delito”.

Distintas a estos criterios jurisprudenciales son las conclusiones a las que lleva la rigurosa interpretación del texto legal: entendimiento del tipo de detenciones ilegales como tipo objetivo que permite la incriminación, tanto a título de dolo como de imprudencia; atribución de eficacia excusante a la creencia en el ejercicio legítimo de un derecho.

5) Llegado a este punto se suscita la cuestión de qué tratamiento jurídico-penal corresponde a los supuestos en los que falta el elemento subjetivo, peculiar, según la jurisprudencia, de las detenciones ilegales. La respuesta a esta pregunta exige la discriminación de varios supuestos.

En primer lugar, está ausente la voluntad de encierro o detención, deberá rechazarse no sólo la estimación del delito del artículo 480, sino además, en conformidad a la doctrina jurisprudencial que exige el referido dolo específico, la incriminación a título de imprudencia. Ya se señaló anteriormente que, a nuestro juicio, la solución ha de ser distinta: la estructura claramente objetiva del tipo de detenciones permite incriminar tanto la conducta dolosa como la culposa.

En segundo lugar, si se da la voluntad de encierro o detención, pero el sujeto se propone la consecución de una meta ético-socialmente plausible, según el sentido y alcance que a tal elemento le ha atribuido la jurisprudencia, deberá rechazarse, conforme a esta doctrina, la aplicación del artículo 480, tanto en sí mismo como en su relación al 565 —la inclusión en el tipo de un elemento subjetivo excluirá en rigor esta posibilidad—. La solución dada por la jurisprudencia ha sido, se-

gún los casos, la absolución (sentencias de 30 noviembre 1887, 24 octubre 1882) o la estimación de un delito distinto —coacciones— (sentencia 28 abril 1950). Conforme indicamos ya anteriormente, desde nuestra interpretación del tipo de detenciones ilegales, nada obsta, sin embargo, a la aplicación del artículo 565.

En relación a este punto, se suscita la cuestión de si algún sector de la serie de supuestos que estamos ahora examinando —acción voluntariamente privativa de libertad, pero en la creencia, evitable o inevitable, de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho— resulta comprendido dentro del artículo 482 del Código penal (“el particular que fuera de los casos permitidos por la ley aprehendiere a una persona para presentarla a la Autoridad”). La simple lectura del precepto parece conducir a una respuesta afirmativa; al parecer, todos aquellos supuestos en los que el sujeto aprehende a una persona para entregarla a la Autoridad, creyendo culposamente en la presencia de alguno de los casos en los que la ley permite la detención, debería tener cabida dentro del artículo 482 (85).

Resulta, sin embargo, dudoso el que, dado el sentido atribuido por el Tribunal Supremo a este precepto, puedan comprenderse dentro de él los referidos casos de culposa creencia en el ejercicio legítimo de un derecho. Según la sentencia de 5 de abril de 1924, en la que se manifiesta un criterio similar al imperante en la jurisprudencia respecto al artículo 184, “el delito previsto en el artículo 497 del Código penal se comete con el hecho de aprehender a una persona, aun para entregarla a la Autoridad, cuando no se obra en cumplimiento de ningún deber ni se ejercita derecho alguno, *sino por fines de odio u otros no legales*”. Esta finalidad, que el Tribunal Supremo exige para el delito del artículo 482, resultará, a nuestro juicio, incompatible con la culposa creencia de ejercitar legítimamente un derecho al practicar la detención.

Por último, procede recordar que la presencia de una meta trascendente a la simple privación de libertad, ha dado lugar a la trasmutación del tipo de detenciones en el de coacciones.

En el presente examen de la jurisprudencia importa hacer la salvedad de que, a efectos de exposición y apreciación crítica, se han intentado exponer sistemáticamente unos criterios que, por su propia

(85) GERHARD KIELWEIN, *Die Straftaten gegen die persönliche Freiheit oder Sicherheit*, en “Materialien zur Strafrechtsreform” t. II, “Rechtsvergleichende Arbeiten”, II, Bes. Teil, Bonn, 1954, pág. 312:

“La culposa privación de libertad está castigada en Dinamarca, Finlandia, Holanda y Noruega. En rigor se comprenderá aquí los casos de dolosa privación de libertad en los que el autor simplemente ha errado sobre su justificación a la privación de libertad... El principal supuesto al que se deben aplicar estas disposiciones es el del comportamiento de funcionarios culposamente antijurídico, que se hacen ordinariamente a la vez culpables de una culposa infracción de su deber. A esta regulación propia de los Estados nórdicos, le corresponde esencialmente la de numerosas leyes iberoamericanas relativas a la punición de quienes sin un expreso derecho de detención, aprehenden directamente a alguien para presentarlo ante las autoridades competentes (Guatemala, Honduras, San Salvador)”.

naturaleza, de servir a la resolución de supuestos individuales, concretos e irrepetibles, se resisten a un examen conforme a sistema.

VIII. FASES DE EJECUCIÓN

Dado que el delito de detenciones ilegales sólo se consuma cuando se produce el resultado de privación de libertad, podrá el delito cometerse tanto en grado de consumación como en los imperfectos de tentativa y frustración.

IX. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1. En relación al tipo de detenciones ilegales existe un criterio extendido, en parte hoy ya superado (86), conforme al cual la alusión del legislador al “encerrar” y “detener”, lleva consigo la imposibilidad de estimar la presencia de este delito en todos aquellos casos en los que la sustracción de la libertad ambulatoria se produce por el sujeto de modo mediato. Parece como si la expresa referencia de la ley a una y otra modalidad de la privación de libertad, obligara a exigir para la tipicidad de la conducta la inmediatez de la acción respecto al encierro o detención.

A) Interesante es al respecto la observación que sobre la regulación de esta materia en el Derecho francés, tan influyente sobre el español, se contiene en Rosenfeld. Según este penalista, la jurisprudencia sobre los delitos de privación de libertad es injustamente angosta, por cuanto carece de una desarrollada doctrina sobre la autoría mediata. Conforme a la sentencia francesa de 8 de febrero de 1942, quien por maniobras engañosas da lugar a que un sano mental sea encerrado en un manicomio, no debe ser penado, incurriendo sólo en responsabilidad civil. Ello no obstante, señala Rosenfeld (86 bis), en el artículo 114 del Código francés se prevé un caso de autoría mediata: el funcionario que actúa en virtud de mandato queda libre de pena, mientras que el superior es castigado.

B) En Derecho español no existe, a nuestro juicio, razón alguna para negar virtualidad, en relación al artículo 480, a las reglas generales sobre autoría y participación; no se da ningún motivo para rechazar, por lo tanto, la estimación de este delito cuando la privación de libertad se produzca mediatamente.

Ante todo, las sentencias de 6 de abril de 1897 y de 5 de diciembre de 1959 invocadas para desestimar las detenciones cuando la privación es alcanzada de modo mediato, no se refieren al tipo base de detenciones ilegales, sino al complementario del artículo 482. Lo que en estas sentencias justamente se dice es que el referido artículo 482 tiene por objeto castigar el acto ejecutado precisamente por un par-

(86) JOSÉ ANTÓN ONECA y JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal* cit., T. II, pág. 309.

(86 bis) *Verbrechen gegen die persönliche Freiheit*, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bes. T., T. V, Berlín, 1906, página 389.

ricular sin valerse de otro y por sus propios medios, y no la conducta del procesado que se limita a requerir a un agente de la Autoridad para que detuviera a determinada persona. Las referidas resoluciones no excluyen, pues, la posibilidad de que las detenciones ilegales del artículo 480 sean realizadas de modo mediato.

Por otro lado, dada la objetiva configuración del delito del artículo 480 y la tipicidad de todos los medios eficaces para producir la privación de libertad, no existe razón alguna para excluir la estimación del tipo de detenciones, cuando la sustracción del referido bien se realiza de modo indirecto (87).

En algunas ocasiones la propia jurisprudencia ha dado claramente a entender la necesidad de aplicar el referido precepto a los autores mediatos de la privación de libertad: “el comandante de una patrulla que para conservar el orden público, al detener a una persona que después de las doce de la noche va armada con un fusil y no contesta a la voz de “alto”, llevándole a casa del alcalde, que le manda a la prevención, no comete delito alguno, sino que obra en cumplimiento de un deber; y que, aun admitida la hipótesis de que fuera justiciable la detención de que se queja el detenido, no sería responsable aquél, sino el alcalde, que la mandó en uso de sus atribuciones” (sentencia 9 febrero 1875; en sentido igual, la de 9 octubre 1872).

Sin perjuicio de lo dicho, debe, no obstante, tenerse en cuenta que el criterio de limitar el tipo del artículo 480 a los supuestos de interposición de medios directos para la privación de libertad, se ha manifestado con claridad en la reciente sentencia de 16 de abril de 1959. En dicha resolución se desestima el delito de detenciones ilegales respecto a la conducta de un médico—que expidió un certificado a sabiendas de su falsedad, determinando la actuación privativa de libertad del personal sanitario de un instituto frenopático—, por la razón de no “haber estado presente al momento de la realización de los hechos”, por aplicación del “principio... de que la responsabilidad penal sólo se contrae por la propia conducta manifestada en alguna de las formas que la ley sanciona como punibles”, y por la consideración de que, “en virtud del principio non bis in idem”, no puede el sujeto ser castigado por falsedad de documentos públicos y detenciones ilegales. Tal razonamiento resulta, a nuestro juicio, claramente incorrecto. “El no haber estado presente al momento de la realización de los hechos”, o, con mayor rigor, el no haber estado presente en el momento de la realización del resultado típico, es circunstancia frecuente en la producción de aquellas infracciones, v. gr., el homicidio, en las que el resultado puede ser causado por diversidad de medios o actuaciones volitivas. El segundo aserto de que la sanción penal presupone la realización de alguna de las formas de conducta descritas en la ley, pasa por alto las reglas generales de participación contenidas en los artículos 12 y siguientes del Código penal, que precisamente

(87) MANZINI, op. cit., pág. 629; MAURACH, *Besonderer Teil*, cit., pág. 110.

extienden la esfera de lo punible a conductas distintas a aquellas que han sido textualmente descritas en la respectiva figura de delito.

Finalmente, en relación al último argumento esgrimido, importa recordar que el llamado concurso ideal de delitos del artículo 71 lleva a sancionar las conductas criminales que han servido de medio para la producción de un ulterior evento punible.

2. En materia de autoría el artículo 480 contiene una especial disposición, que establece la misma penalidad para el que proporcionare lugar destinado a la ejecución del delito, similar a la del segundo párrafo del artículo 341 del Código penal francés, acogida por los de Holanda, Cuba, Chile y Guatemala (88).

Se suscita aquí la cuestión de si se debe considerar la conducta descrita por este tipo *un crimen sui generis*, sancionado por la ley con la pena de prisión mayor independientemente de las circunstancias concurrentes en la detención concreta, o la especial incriminación de un acto partícipe sujeto a las reglas de accesoriedad (89).

A nuestro juicio, conforme al sentido del párrafo segundo del artículo 480, debe ser esta segunda la solución correcta. La *ratio* del precepto será equiparar penalmente una actividad, cuya calificación como autoría—del número 3 del artículo 14—o complicidad—del artículo 16—, puede resultar dudosa, a la autoría (89'). Con esto último la justicia dimanante de la concreción de la norma a la variante realidad—la prestación del lugar para la ejecución del delito puede tener una significación muy diversa en cada caso— será sacrificada a la certeza de la solución del problema.

3. Por último, en lo que afecta a autoría y participación, debe tenerse en cuenta que el presente delito, en cuanto puede ser cometido tanto por el particular como por el funcionario que actúa sin tal carácter, a diferencia del previsto en el artículo 184, que sólo puede ser realizado por este último, representa un delito ordinario y no uno especial.

Concurso.

El tipo base de detenciones ilegales plantea numerosos problemas de concurso.

1. A) En primer lugar, y dentro del propio marco del artículo 480, número 1, de producirse sucesivamente las conductas de detención y encierro, deberá apreciarse un solo delito de detenciones ilegales, en virtud de la absorción de la primera actividad por la segunda (90).

B) Un interesante problema plantea la simultánea privación de

(88) KIELWEIN, op. cit., pág. 312.

(89) GARRAUD, op. cit., T. V, pág. 195.

(89') TOMÁS MARÍA DE VIZMANOS y CIRILO ALVAREZ MARTÍNEZ. *Comentarios al nuevo Código penal*, Madrid, 1848, pág. 435.

(90) Cfr. MIGUEL FENECH, *Comentario a la sentencia de 25 de marzo 1941*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1941, julio-agosto, pág. 166.

libertad de varias personas (91) (92). La cuestión estriba en averiguar si debe apreciarse en tal supuesto una o varias acciones. ¿Quién por un solo acto de su voluntad, o con mayor rigor, por una única manifestación volitiva, sustrae la libertad a varias personas, realiza un solo delito de detenciones ilegales, o practica, por el contrario, tantas infracciones cuantas sean las personas privadas de sus facultades motrices? Pensemos en la conducta de quien cierra la habitación en la que se encuentran más de un sujeto.

a) La respuesta que se dé a la cuestión suscitada, depende, en su mayor parte, de la respectiva concepción de la acción. Para quien equivaiga a un acontecer objetivo en el que lo decisivo estriba en la manifestación o actualización de la voluntad en el suceder externo-objetivo, la existencia de una única manifestación volitiva —el cerrar en un solo acto la habitación— deberá llevar probablemente a estimar, pese a la multiplicidad de ofendidos, la presencia de una única acción o hecho. Se hablará en este caso de la existencia de un solo hecho dotado de virtualidad o eficacia pluridimensional. La solución será la estimación del artículo 71: “un solo hecho que constituya dos o más delitos”.

Por el contrario, quien, conforme a nuestro parecer, entienda que la finalidad, como voluntad dirigida a una meta, pertenece al concepto de acción, habrá de seguir una trayectoria de pensamiento distinta. La dirección de la voluntad a varios eventos originará, pese a ser una sola la manifestación volitiva, pluralidad de acciones o hechos (93). Para la estimación de una única acción será preciso que la voluntad se dirija a la consecución de un solo resultado. De tal suerte, quien con un solo disparo produce la muerte de varias personas, realizará tantas acciones cuantos sean los resultados queridos que han sido causados.

De este modo quien encierra voluntariamente de una vez a varias personas en una habitación, efectuará pluralidad de acciones privativas de libertad. La solución correcta vendrá dada, a nuestro juicio, por la aplicación de las reglas contenidas en los artículos 69 y 70 del Código penal.

b) La jurisprudencia española ofrece, según nuestro parecer, base suficiente para entender que la segunda solución ha sido la adoptada,

(91) BATTAGLINI, *Sequestro simultaneo di piu persone e reato continuato*, “Giustizia Penale”, 1948, II, columna 44 y ss.

(92) Interesante es la disposición contenida en el *Fuero de Cuenca*, conforme a la cual: “Mando que qual quier que omne encerrare con armas defendidas, que peche trezientos sueldos, a quantos omnes encerrare, que tantos trezientos sueldos peche, a qual quier que casa agena quebrantare, peche quiniento (s) sueldos, a quantos omnes fueren en la casa, tantos quinientos sueldos peche, a el dano doblado; si omne friere o lo matare, peche la calonna que fiziere doblada a pechando la calonna los otros cotos; estas calonnas peche a cada uno de los ayudadores que fueren en el quebrantamiento, si fuere provado; si non, cada uno de los quebrantadores se salue con doze vezinos a ser creido; si alguno dellos, non lo pudiere conplir, peche commo suso dicho es”.

(93) Sobre la distinción entre acciones o hechos: Cfr. MAURACH, *Tratado*, cit., t. I., pág. 153.

en sus líneas fundamentales, dentro del Derecho patrio (94). De la doctrina de nuestro Tribunal Supremo se desprende que debe estimarse una única acción o hecho siempre que la voluntad se *dirija* a un solo resultado (95). Ese *dirigir* de la voluntad, esa finalidad, es, sin embargo, interpretada en un sentido restrictivo, conforme al cual sólo existe tal nexo anímico cuando el resultado es abarcado por el dolo directo; o, según el más riguroso criterio jurisprudencial, por la estricta intención (96). Cabe, pues, concluir que la jurisprudencia acoge la segunda de las soluciones referidas, es decir, la finalista, con la peculiaridad, sin embargo, de restringir excesivamente el concepto de la finalidad, definidor de la acción.

c) Hemos dicho más arriba que la dirección de la voluntad a varios resultados originará, pese a la unidad de la manifestación volitiva, multiplicidad de acciones y hechos, con la consiguiente aplicación de los artículos 69 y 70 del Código penal. La estimación, pues, de pluralidad de acciones, en los supuestos de multiplicidad de resultados causados por una sola manifestación volitiva, estará sometida a la circunstancia de que esos eventos, todos y cada uno de ellos, sean abarcados por la finalidad. De ahí que respecto a aquellos que no sean objeto de tal dirección volitiva, sino que estén vinculados a su autor por una simple relación de previsión o previsibilidad, no deba apreciarse la existencia de una acción, integrante de un delito unido en

(94) En la sentencia de 23 de septiembre de 1902 se declara que, respecto a la redacción de un folleto comprensivo de frases injuriosas para varias personas, "no cabe estimar que constituyen un sólo delito, porque refiriéndose... a cinco personas distintas, todas las cuales han ejercitado para perseguirlas la acción criminal correspondiente, la imputación que a cada una de ellas se dirige de vicios... ha de ser... juzgada... con separación de las restantes, puesto que da lugar a responsabilidades independientes, y mayormente si se atiende a que la índole de estos delitos reserva exclusivamente a la iniciativa particular el derecho de instar y seguir el procedimiento".

La de 11 de marzo de 1911, al ocuparse de calificar la conducta de arrojar "por una ventana... a la calle a su esposa M. N., que estaba embarazada de cuatro o cinco meses, constándole su estado, la cual falleció, y el feto, por consecuencia de las heridas que sufrió al chocar el cuerpo contra el pavimento", habla de "al estimar la Audiencia comprendidos *los hechos expuestos* en la sanción de los artículos 417 y 426 del Código penal." Y, pese a que el Tribunal aplicara el art. 90 del Código penal de 1870 (correspondiente al 71 del vigente), debe tenerse en cuenta que de los resultandos de la sentencia parece traslucirse el que la finalidad del procesado, tal como se entiende en el presente fallo, era sólo una, presentándose el aborto como una consecuencia natural, vinculada a la meta perseguida.

Finalmente, según la sentencia de 9 de febrero de 1935, "el art. 75 del Código penal determina la sanción aplicable a los dos casos que comprende de delitos compuestos y delitos complejos, y parte siempre para la apreciación del primero, de la existencia de un sólo hecho productor de varias infracciones punibles, porque ello supone *un sólo propósito doloso en el agente y una sola resolución delictiva, aún cuando los resultados sean múltiples, y sin ser directamente queridos por aquél fuesen consecuencia natural de sus actos*". De ahí cabe desprender *a sensu contrario* que si cada uno de los resultados integrantes de esa multiplicidad ha sido querido directamente por el autor, existirá pluralidad de resoluciones, propósitos y consiguientemente de hechos.

(95) MAURACH, *Tratado* cit., t. II, pág. 422.

(96) Cfr. MEZGER, *Tratado* cit., t. II, págs. 151 y s.

concurso real a los restantes. En suma, siempre que por una sola manifestación volitiva hayan sido causados varios resultados, se apreciará la existencia detantadas acciones, y delitos unidos ne concurso real, cuantos sean los resultados abarcados por la finalidad, es decir, por el dolo—discrepante es la jurisprudencia por su restrictiva interpretación de esta finalidad—, cuantos sean, pues, en último término, los fines jurídico-penalmente relevantes del autor.

d) En aplicación de ello, si en la simultánea detención de varias personas el autor ha abarcado en su finalidad la privación de libertad de todas y cada una de ellas, deberán apreciarse tantas acciones, y delitos en concurso real (arts. 69 y 70), cuantos sean los sujetos detenidos.

Por el contrario, respecto a aquellos detenidos cuya privación de libertad no ha sido abarcada por el dolo, sino por la culpa, no sabrá estimar la presencia de una acción, por ausencia de finalidad, en la manifestación volitiva desencadenante del resultado culposo; recuérdese que, según señala Maurach, para la averiguación del número de acciones lo decisivo no lo es el número de los tipos cometidos, sino únicamente el de las acciones—definidas por la finalidad—, como actos volitivos susceptibles de valoración independiente (97).

Al no integrar de por sí una acción, es decir, una acción que se sume a las otras detenciones intencionales, la manifestación volitiva desencadenante del resultado culposo, deberá entenderse que la imprudente privación de libertad integra uno de los delitos a los que da lugar el hecho, finalmente productor, por otra parte, de las detenciones de los restantes sujetos. El artículo 71 (“... un solo hecho constituye dos o más delitos...”) será el aquí aplicable.

e) En virtud de lo dicho, quien por un solo acto cierra la puerta de una habitación ocupada por varios sujetos, efectuará una conducta cuyo adecuado tratamiento jurídico-penal exige la discriminación de dos supuestos distintos.

Si la finalidad del autor se extiende sobre la detención de todos los encerrados, deberá estimarse pluralidad de acciones en concurso real conforme a las reglas de los artículos 69 y 70. Por el contrario, si, junto a la anterior conducta, se da la circunstancia de haber resultado encerrada una persona, cuya presencia en la habitación había sido culposamente inadvertida por el autor, la solución habrá de ser distinta a la del anterior supuesto. Deberá entenderse que *una* de las acciones o hechos *constituye*, a la vez que el delito doloso de detención—respecto al intencionadamente encerrado—, el culposo del artículo 565, antes referido, con la consiguiente aplicación del artículo 71.

La misma discriminación deberá hacerse, a nuestro juicio (98), en el supuesto del ingreso de varias personas mentalmente sanas en un

(97) MAURACH, *Tratado* cit., t. II, pág. 42.

(98) Concorde con la actitud adoptada en: *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, 1962, pág. 131; *Notas de Derecho español*; MAURACH, *Tratado* cit., t. II, pág. 163.

hospital psiquiátrico, dispuesto en un solo acto por el director del establecimiento. Imagínese, en relación a tal supuesto, que en un caso el director haya ordenado el ingreso a sabiendas de la salud de todos ellos, y en otro, que, a tal situación, se le sume la circunstancia de resultar detenido, por ese mismo acto, un individuo sano, pero al que el director, culposamente, había diagnosticado como enfermo.

En el primer caso deberán estimarse varios delitos de detenciones ilegales del artículo 480; tantos cuantos sean los detenidos, en concurso real conforme a las reglas de los artículos 69 y 70. En el segundo, el encierro de quien culposamente fue tenido por enfermo mental, representará una acción autónoma existente junto a las restantes dolosas, por la razón de que es la finalidad —como dolo natural— el criterio definidor de la acción, y tal finalidad —propósito de privar al supuesto enfermo mental de su libertad— concurre respecto a la detención del erróneamente diagnosticado como trastornado; lo que sucede es que esa acción o hecho habrá de ser calificada, dada nuestra concepción de la imprudencia —comprensiva de la “de derecho”—, conforme al artículo 565 en relación al 480. Tal detención culposa concurrirá, como acción autónoma, junto a las restantes dolosas según las reglas de los artículos 69 y 70.

2. De otra parte, se plantean problemas de concurso entre el tipo del artículo 480 y otras infracciones del Código penal.

A) Si para conseguir la detención se ha producido otro delito, v. gr., una falsedad, deberá aplicarse el artículo 71, precepto 2.º (“... uno de ellos sea medio necesario para cometer otro...”). Importa, no obstante, tener en cuenta que la sentencia de 16 abril 1959, ya antes estudiada, estimó la existencia tan sólo del delito de falsedad, y no también la del de detenciones, en la conducta de un médico que expidió, a sabiendas y con conciencia de su ulterior eficacia, un certificado falso acerca del estado mental de una persona sana, que determinó el que otro individuo privara al supuesto enfermo de su libertad motriz.

B) Graves dificultades suscitará el supuesto de que la detención haya sido precedida de coacciones, pues al proteger estos delitos distintas esferas de la libertad, y al no constituir las coacciones un tipo residual de las detenciones, no cabrá, sin más, hablar de la absorción de la primera conducta por la segunda. Deberá, pues, estimarse, según los casos, concurso conforme al artículo 71 (“... cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro...”) o concurso según los artículos 69 y 70.

C) Como quiera que los concursos de leyes entre el presente delito, por un lado, y los de coacciones y sustracción de menores (99),

(99) Cfr. ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, *La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores*, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, XIV, 1961, págs. 5 y ss.; MANUEL COBO DEL ROSAL, *Consideraciones técnico-jurídicas sobre la sustracción de menores*, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, XIV, págs. 433 y ss.

por otro, no ofrecen una especial dificultad, resta sólo referirnos a aquellos casos en los que el sujeto persigue, por la detención, el que la víctima se abstenga de una determinada conducta, v. gr., la suscripción de un contrato, la asistencia a una reunión (100). Como quiera que el sujeto habrá realizado por un solo hecho dos tipos protectores de distintas esferas de la libertad y, por tanto, de diferentes bienes jurídicos, deberá, a nuestro juicio, aplicarse el primer precepto del artículo 71.

Pese a ser ésta, según nuestro parecer, la solución a que la regulación del Código conduce, creemos que, de suscitarse tales cuestiones en la realidad, la jurisprudencia se inclinará a estimar sólo el delito de detenciones, por absorción o consunción del de coacciones en aquél.

(100) JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO. *El Código penal concordado y comentado*, Madrid, 1856, pág. 247.

La presunción legal de voluntariedad

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Profesor Adjunto de Derecho penal
de la Universidad de Valencia

I. *Introducción.*—II. *Las presunciones legales y los conceptos afines.*—III. *Naturaleza y efectos propios de las presunciones legales relativas.*—IV. *Evolución histórico-dogmática de la presunción de dolo en Alemania e Italia.*—V. *La presunción de voluntariedad en la doctrina española.*—1. *Fundamento.*—A. Filosófico.—B. Lógico-práctico.—C. Carencia de fundamento. 2. *Finalidad de la presunción.*—A. Evitar las dificultades de la prueba del dolo.—B. Distribuir la carga de la prueba.—C. Evitar la impunidad o la punición a título de culpa de los supuestos dudosos.—3. *Alcance de la presunción.* A. Objeto.—a) Dolo.—b) El llamado dolo “específico”.—c) Dolo y culpa.—d) Imputabilidad.—e) Voluntariedad de la acción.—f) Voluntad referida a la norma.—B. Alcance procesal.—a) Inversión de la carga de la prueba. b) Medios de prueba.—c) El principio “in dubio pro reo”.—d) Casación.—VI. *Interpretación restrictiva de la presunción legal.*—A. Restricción en cuanto al objeto.—B. Restricción en cuanto a la eficacia procesal.—VII. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Parece claro que el Derecho penal actual procura, al menos tendencialmente, conceder la máxima vigencia al principio “no hay pena sin culpabilidad” (1) En tanto, la presunción legal de voluntariedad, entendida frecuentemente como *presunción de dolo*, entraña el riesgo de favorecer en la *praxis* una actitud de renuncia o indiferencia respecto a la comprobación de la concreta e individual culpabilidad del reo (2).

Una evidente contradicción, no siempre conscientemente advertida, parece existir aquí entre las posturas adoptadas, respectivamente, en los planos del Derecho material y procesal. Contradicción no sólo de la doctrina científica, sino también de la propia doctrina jurisprudencial, que, si por un lado intenta afortunadamente, sobre todo, en los últimos años, acercarse cada vez más al principio “ninguna pena sin culpabilidad”, por otro interpreta la presunción legal de voluntariedad como una auténtica *praesumptio doli*. Al lado de decla-

(1) E. MEZGER-H. BLEI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch.* (München-Berlin, 1963), p. 137 ss.

(2) Cfr. M. GALLO, *Il Dolo. Oggetto e accertamento*, en *Studi Urbinati di Scienze giuridiche ed economiche* (1951-52), p. 134 ss.

raciones de nuestro Tribunal Supremo en las que se afirma que “la soía relación causal de ningún modo constituye fundamento de la responsabilidad criminal, por lo que si no consta la culpabilidad, procede la absolución” (3), se encuentran otras en las que se mantiene que la existencia del dolo “se halla amparada por la presunción *juris tantum* establecida en el párrafo segundo del artículo primero del Código penal” (4). El Tribunal Supremo ha llegado a declarar que “la forma de voluntariedad” que, “como elemento espiritual”, caracteriza las infracciones definidas como delitos “*no requiere demostración alguna* por parte de los Tribunales, a quienes es la propia Ley, anticipándose a su criterio, quien se la da formalizada mediante aquella presunción” (5). Aunque esta declaración se interpretase en referencia inmediata con la técnica del recurso de casación, no cabe duda de que implica cierta indiferencia hacia la concreta investigación del elemento subjetivo del delito.

Y sin embargo, parece obligado establecer una relación armónica entre el *principio de culpabilidad* (6), aceptado en el plano material y la necesidad de una individualización de la culpabilidad personal, en el plano procesal. Como advierte, con toda razón, Stree a la exigencia material de culpabilidad corresponde la exigencia de que la pena sólo debe imponerse en virtud de una *probada* culpabilidad (7).

A un observador imparcial, ha de sorprender, sin duda, el hecho de que la presunción legal de voluntariedad, interpretada mayoritariamente como auténtica *praesumptio doli*, haya merecido la ferviente adhesión de los más autorizados comentaristas de nuestros Códigos de 1848-50 y 1870, se acepte todavía sin mayores reservas por alguno de los actuales, y haya sido criticada abiertamente como injusta tan sólo en contadas ocasiones.

La evolución histórico-dogmática de la *praesumptio doli* no ha seguido, entre nosotros, una línea paralela a la de aquellas literaturas que, como por ejemplo la alemana, habían elegido como punto de partida la misma fundamentación. Premisas filosóficas inadecuadas, consideraciones derivadas de la naturaleza psíquico-interna del dolo y razones de índole meramente práctica se entreveraron, una y otra vez, de forma compleja y no siempre clara.

Es decisiva en este punto, naturalmente, la existencia *jurídico-positiva* de una presunción legal. Una presunción de carácter general que aparece legislativamente consagrada en el Libro Primero del Código Penal. El problema de la presunción del dolo se presenta en nuestra patria, pues, en términos diversos a lo que suele ser más frecuente en las legislaciones actuales. El Derecho comparado indica

(3) Sentencia 2 octubre 1962.

(4) Sentencia 21 noviembre 1962.

(5) Sentencia 27 junio 1956.

(6) Vid. ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip* (Heidelberg, 1961), p. 116 ss.

(7) W. STREE, *In dubio pro reo* (Tübingen, 1962), p. 16.

que una general presunción legal del dolo está siendo desterrada (8).

Actualmente las legislaciones tienden a rechazar una presunción general de dolo y acogen, todo lo más, ciertas figuras delictivas concretas, que aparecen preferentemente en leyes especiales, cuya formulación puede dar lugar a la creación de presunciones por parte de la interpretación jurisprudencial. Fenómeno hasta cierto punto explicable si se tiene presente que las leyes especiales se suelen caracterizar más por lo que tienen de desviación que por la fidelidad a los principios de una buena técnica legislativa (9). En nuestro *ius positum*, por el contrario, la presunción legal de voluntariedad aparece regulada en la parte general del Código y desde allí extiende su eficacia, incluso a las leyes especiales (10).

Establecida legalmente la presunción por primera vez en el Código de 1822 —aunque con un alcance distinto al que le concedieron los Códigos posteriores— se mantiene todavía en vigor después de la Revisión de 1963. La existencia jurídico-positiva de la presunción no justifica por sí misma el favor que le dispensó nuestra doctrina tradicional. Antes al contrario, más bien parece que esta actitud doctrinal frente al texto positivo, contradicha muy pocas veces, justifica, en cierta medida, la inercia del legislador. Por de pronto el Tribunal Supremo para dar más fuerza a la aplicación concreta de la presunción ya invocó, en alguna ocasión, que se trata de un principio “sustentado con criterio científico” (11).

Gessler dijo en 1860 que consideraba superflua una demostración teórica de que las formas de culpabilidad deben de ser positivamente probadas. Tal era, a su juicio, la inconsistencia de la fundamentación que se había pretendido dar a la presunción del dolo. La polémica en torno a este tema tenía para él interés sólo desde un punto de vista histórico (12). No podemos decir lo mismo nosotros. El problema de la presunción general del dolo constituye en nuestra patria todavía un problema del Derecho vigente.

No parece, por ello, inoportuna en estos momentos una revisión crítica del tema que, como es obvio, implica consideraciones de Teoría General del Derecho (presunciones), Derecho procesal penal (pre-

(8) Una auténtica presunción legal de dolo se establece, en cambio, como es sabido, en el Código Canónico. “Posita externa legis violatione, dolus in foro externo praesumitur, donec contrarium probetur” (Can. 2.200, § 2). Sobre la presunción del Canon 2.200 vid. R. MOTZENBAECKER, *Die Rechtsvermutung im kanonischen Recht* (München, 1958), p. 480 s.

Según F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo* (Milano, 1960), p. 11, la disposición del Canon 2.200 se explica en función de la prevalencia otorgada en el Derecho Canónico a las pruebas legales.

(9) Cfr. F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 6.

(10) Sentencia 21 mayo 1946.

(11) Sentencia 15 junio 1953.

(12) T. GESSLER, *Ueber den Begriff und Arten des Dolus* (Tübingen, 1860), p. 275 s.

sunciones *inuris tantum* y su eficacia en orden al *onus probandi*) y Derecho penal material (significado de la voluntariedad).

Precisamente esta complejidad del tema obliga a la fijación de algunos conceptos previos.

II. LAS PRESUNCIONES LEGALES Y LOS CONCEPTOS AFINES

La presunción responde al esquema lógico en virtud del cual de un hecho conocido y objetivamente constatado se deduce la existencia de un segundo hecho ignorado, sobre la base de una regla de experiencia (13).

Cuando la regla de experiencia es recogida y codificada por el legislador, surge entonces una presunción legal (14). Atendiendo a la rigidez con que el legislador haya codificado la regla de experiencia, se distinguen las presunciones legales en relativas y absolutas, según admitan o no la posibilidad de que en el caso concreto, mediante la oportuna prueba en contrario, se desmienta la regla de experiencia acogida por el legislador.

La presunción legal relativa despliega su eficacia —a juicio de Bettiol— en el ámbito del proceso, porque el juez, a diferencia de lo que sucede en la presunción legal absoluta, no se encuentra vinculado aquí a una *equivalencia procesal* establecida por el legislador, entre la prueba del hecho sobre el que se basa la presunción y el hecho presunto. Por el contrario, el juez puede admitir en el caso concreto cualquier medio de prueba para demostrar la ausencia de ligamen entre los dos hechos, que postula con carácter general la regla de experiencia codificada (15). La presunción legal relativa es, por su propia estructura, un concepto en referencia, en el sentido de que su validez está condicionada a la ausencia de prueba en contrario.

Pero, al margen de que el legislador haya codificado o no una regla de experiencia y dado, de este modo, vida a una presunción legal, el *esquema lógico presuntivo* está llamado a operar en el proceso penal como *praesumptio hominis*. En la *praesumptio hominis* el juez, mediante su prudente apreciación, argumenta la existencia del *factum probandum* sobre la base de otros hechos ya probados, a través de reglas de experiencias universalmente válidas. La *praesumptio hominis* aparece, así, como instrumento de convencimiento del juez

(13) Sobre la presunción en general, vid. J. W. HEDEMANN, *Las presunciones en el Derecho* (Trad. y notas de L. SANCHO SERAL (Madrid, 1931); L. ROSENBERG, *Die Beweislast* (München, 1956), p. 199-242, con abundante bibliografía; y en nuestra literatura más reciente, V. SILVA MELERO, *La prueba procesal. I. Teoría General* (Madrid, 1963), p. 111 ss.

(14) G. BETTIOL, *Presunzioni ed onere della prova nel processo penale*, en *Rivista italiana di Diritto Penale* (1936), p. 242.

(15) G. BETTIOL, *Presunzioni* cit., p. 243.

allí donde no es posible adquirir la prueba directa del hecho (16). La *praesumptio hominis* —también llamada simple— puede reconducirse, pues, a la noción de *prueba crítica indirecta*.

El no haber mantenido clara la distinción entre el concepto de presunción legal y la idea de la *praesumptio hominis* favoreció numerosos equívocos. Porque si, por un lado, se sintió la necesidad de rechazar una general presunción legal de dolo, por otro —como subraya Henkel— la propia naturaleza del dolo que se presenta como un “*hecho interior*” proclama la necesidad de recurrir, salvo casos excepcionales, a la *prueba indirecta*, también llamada artificial, porque no recae de modo inmediato sobre el *thema probandum*, sino sobre otros hechos que sólo representan un eslabón de la cadena probatoria (17). Como advierte Bricola cuando se habla de una lógica resistencia del dolo a las presunciones, es necesario precisar a qué presunciones nos referimos, porque si, de una parte, el prevalente substracto naturalístico del dolo constituye un obstáculo para las presunciones legales, de otra todo el proceso de comprobación del dolo se encuadra en el esquema de la *praesumptio hominis seu iudicis* (18).

La diversidad de efectos de una presunción legal y de la *praesumptio hominis*, se advierte claramente con sólo pensar que en tanto la aplicación de ésta aparece subordinada a las características del caso particular, la primera deberá aplicarla el juez necesariamente cuando falte la prueba en contrario, incluso en aquellos casos en que la existencia del hecho presunto sea muy improbable (19).

El esquema lógico propio de las presunciones es común a la prueba de indicios (20). Se ha pronunciado en contra de esta identidad Manzini, argumentando que en tanto la presunción es el resultado de una *deducción* de la regla de experiencia, el indicio es el fruto de una *inducción* (21). A este razonamiento de Manzini ha replicado Bettiol. Señala Bettiol que cuando se dice que el indicio, como dato específico, es sólo el resultado de una inducción, se olvida que la prueba indiciaria debe ser corroborada por una regla de experiencia que sobre la base de la generalidad de los casos, venga a justificar en el supuesto concreto el nexo entre el hecho conocido, que posee valor de indicio, y el hecho ignorado. Por otra parte —añade Bettiol—

(16) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 44 s.

(17) H. HENKEL, *Die “praesumptio Doli” im Strafrecht*, en *Festschrift für Eberhard Schmidt* (Göttingen, 1961), p. 578.

(18) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 36 s.

(19) G. BETTIOL, *Presunzioni* cit., p. 242.

(20) Sobre la prueba de indicios, vid. LÓPEZ MORENO, *La prueba de indicios* (Madrid, 1891); BARCÁIZTEGUI, *Derecho Penal práctico. De la prueba indiciaria o artificial*, en *Revista de los Tribunales* (1927), p. 177 ss.; V. SILVA MELERO, *Presunciones e indicios en el proceso penal*, en *separata* de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Noviembre 1944); V. GIANTURCO, *La prova indiciaria* (Milano, 1958). Desde el punto de vista criminalístico, F. MEIXNER, *Der Indizienbeweis* (Hamburg, 1962).

(21) V. MANZINI, *Trattato di Diritto processuale penale italiano I* (Torino, 1956), p. 213 s. y III (Torino, 1952), p. 407 s.

si la presunción resultase únicamente de una *deducción* de la experiencia común sin tener también su fuente en un indicio, se debería admitir en el proceso penal una prueba *prima facie*, en virtud de la cual la pretensión del acusador, aun en ausencia de particulares indicios, debería considerarse fundada siempre que se mostrase como *verosímil* a la luz de una regla de experiencia, reconociendo únicamente al acusado la posibilidad de demostrar que cuanto acontece en la generalidad de los casos no se ha verificado en el caso particular. Bettiol rechaza, con razón, la existencia de una prueba *prima facie* en el proceso penal, en cuyo ámbito una regla de experiencia podrá servir para iluminar los resultados de una prueba, pero jamás para suplir la ausencia de prueba del hecho con valor de indicio, desde el cual se pueda ascender al hecho presunto (22).

Bettiol concluye afirmando que si se quiere captar una diferencia entre prueba indiciaria y prueba presuntiva es necesario volver la atención a las fuentes de prueba: “mientras los elementos de hecho que constituyen las fuentes de la prueba indiciaria no son especificados por el legislador, sino dejados a la prudente investigación del juez, los que constituyen las fuentes de la prueba por presunciones son, en cambio, expresamente fijados por el legislador” (23). En tanto en un caso el juez, en base a los elementos probados, llegaría al hecho ignorado por propia voluntad, en el otro, por el contrario —observa Bettiol— llega al hecho presunto por voluntad del legislador.

La conclusión de Bettiol precisa ciertas observaciones, aunque es exacta en el fondo. No se puede sostener de un modo absoluto que los elementos de hecho que constituyen la fuente de la prueba indiciaria no puedan ser de algún modo especificados por el legislador. Henkel ha puesto de relieve que, aun en el marco de un sistema de libre apreciación judicial de la prueba, el legislador, convencido precisamente del condicionamiento subjetivo de la prueba de indicios, puede considerarse motivado para “prestar ayuda” al juez mediante normas legales en las que se establezcan reglas para la elección de los hechos con valor de indicio y para la valoración de su fuerza probatoria. A ello puede sentirse obligado el legislador de manera especial —según Henkel— ante la consideración de la difícil prueba del dolo, cuando falta la confesión del inculpaado. De hecho —añade Henkel— es posible ver un tal propósito de auxilio por parte del legislador en un gran número de reglas jurídico-positivas. Se trata tan sólo de “ayudar” al juez, pero no todavía de consagrar la llamada “teoría legal de la prueba”, que excluye la apreciación individual judicial. Demuestra, así, Henkel que puede existir una prueba de indicios de

(22) G. BETTIOL, *Presunzioni* cit., p. 245 s. En contra de una prueba *prima facie* en el proceso penal, se han pronunciado recientemente H. HENKEL, *Dic “Praesumptio Doli”* cit., p. 589 s.; W. STREE, *In dubio pro reo* cit., p. 41 s.; y F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 50, nota 75 y p. 76, nota 56.

(23) G. BETTIOL, *Presunzioni* cit., p. 246.

libre apreciación judicial, pero *bajo ayuda y dirección legales* (24).

No se puede excluir, pues, de un modo radical que también en la prueba de indicios el legislador señale algunos hechos como portadores de un particular valor indiciario o sienta normas de orientación respecto a la elección de las fuentes de la prueba indiciaria. La diferencia con la presunción radica en la otra nota apuntada por Bettiol: en la prueba de indicios el juez asciende hasta el hecho ignorado por propia voluntad, en tanto en la presunción ha de ascender necesariamente por voluntad del legislador. En una presunción legal relativa, por ejemplo, probado el hecho base y ausente una prueba en contrario, el juez debe deducir necesariamente la existencia del hecho presunto, aun cuando en el caso concreto le parezca muy improbable.

Distintas de las presunciones son las llamadas, quizás con una terminología muy poco afortunada, *verdades provisionales*. Se ha discutido, sin embargo, si también las verdades provisionales pueden reducirse al esquema de las presunciones simples. La tesis afirmativa fue sostenida por Saraceno (25) y criticada, a nuestro modo de ver convincentemente, por Bricola (26). La diferencia entre *verdad provisional* y presunción fue ya claramente apuntada por Bettiol, quien señaló que se diferencia de las presunciones porque se admite sin necesidad de llevar a cabo ninguna prueba dirigida a la comprobación de un hecho con valor de indicio, mientras que en la presunción se requiere siempre, como punto de arranque, la demostración del hecho base a partir del cual se llega al hecho ignorado. Este tipo de *verdades provisionales* cree Bettiol que existe también en el proceso penal, porque, en efecto, responden a una necesidad psicológica que empuja al juez a considerar como verdadero y existente aquello que es conforme al curso natural de las cosas (27).

Bricola observa acertadamente que el requisito de la *interinidad* o *provisionalidad* que se les atribuye, demuestra implícitamente que no son *verdades* sino simples *hipótesis de trabajo* o *ubi consistam* de la investigación (28). A diferencia de las presunciones, no constituyen, por eso mismo, *medios de prueba* (29).

III. NATURALEZA Y EFECTOS PROPIOS DE LA PRESUNCIÓN LEGAL RELATIVA

Se ha discutido si las presunciones legales relativas, referidas al elemento subjetivo del delito, que aparecen en el ámbito penal tienen carácter material o procesal. La opinión predominante les otorga ca-

(24) H. HENKEL, *Die "Praesumptio Doli"* cit., p. 580

(25) P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale* (Padova, 1940), p. 108 ss.

(26) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 77 s.

(27) G. BETTIOL, *Presunzioni* cit., p. 241.

(28) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 76.

(29) En este sentido, F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 51, nota 77.

rácter procesal, por entender que afectan al capítulo de la prueba (30). No faltan, sin embargo, autorizados escritores que niegan a las presunciones *iuris tantum* toda significación en el proceso penal. Reconocen la existencia de este tipo de presunciones en el ámbito punitivo, pero les atribuyen carácter sustantivo (31).

En contra, se ha argumentado que las presunciones *iuris tantum* no pueden considerarse como pertenecientes al Derecho penal, porque no crean nuevas hipótesis delictivas ni extienden las ya existentes, afirmando, en consecuencia, que se refieren únicamente a la prueba procesal (32).

La cuestión se ha discutido de un modo particular en relación con las presunciones *doli specialis* que aparecen a veces insertadas en los concretos tipos delictivos previstos en el Derecho penal material. La forma de aparición de estas presunciones supuso una tentación para mantener su carácter sustantivo. Sin embargo, se ha destacado últimamente que la opinión aislada de que tales presunciones serían partes integrantes del Derecho penal material, apoya sobre un malentendido respecto a la intención del legislador. No se pretende, mediante estas presunciones, sentar, por consideraciones de orden material —como podría ser una razón de seguridad jurídica—, la punición de los supuestos culposos o fortuitos dudosos como si fueran supuestos dolosos. Se trata simplemente de que el legislador, partiendo de la idea de que una particular penuria probatoria puede convertir la prueba del dolo de los respectivos delitos en una especie de *probatio diabolica* ha tratado únicamente de plasmar en la ley una regla —que ofrece al juez—, a fin de aligerar el procedimiento en cuanto a la demostración del dolo. El carácter procesal de estas presunciones estaría, así, fuera de toda duda (33).

En nuestra opinión, esta última observación es perfectamente extensible a la hipótesis de una general presunción *iuris tantum* de dolo. Con menos razón todavía podría mantenerse lógicamente aquí que la idea que el legislador llevó a la ley fue la de que todos los supuestos dudosos de realizaciones culposas o fortuitas de los tipos delictivos, deben ser castigados siempre como dolosos. Ninguna razón podría justificar este punto de partida. Más lógico parece pensar que el legislador, partiendo —no interesa ahora si acertada o erróneamente— de la idea de que la regla de experiencia enseña que la conducta del

(30) U. WESTHOFF, *Ueber die Grundlagen des Strafprozesses mit besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts* (Berlín, 1955), p. 161.

(31) Así, V. SILVA MELERO, *Presunciones e indicios* cit., p. 6, nota 2. Apoyándose en la opinión de CHIOVENDA, entiende Silva Melero que el efecto propio de tales presunciones carece en absoluto de significación en el proceso penal. Aclara Silva Melero que existen indudablemente presunciones *iuris tantum* desde el punto de vista punitivo, pero se trata del Derecho penal sustantivo, como sucede, por ejemplo, con la presunción de voluntariedad del Art. 1 de nuestro Código Penal. En el mismo sentido V. MANZINI, *Trattato di Diritto Processuale*, I, cit., p. 215.

(32) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 41.

(33) H. HENKEL, *Die "Praesumptio Doli"* cit., p. 585.

hombre suele ser el fiel reflejo de su naturaleza libre e inteligente, pretendió señalar al juez, para aliviarle en lo que consideraba difícil demostración del dolo, una regla respecto a cuándo debía darlo por *probado*.

Este punto de vista creemos que tiene una especial validez para la interpretación del Derecho positivo español. Como veremos más adelante, el planteamiento de Pacheco —que tantos seguidores tuvo— respecto al tema de la presunción del dolo, era ya un planteamiento en términos *probatorios*. Y tampoco puede olvidarse que el propio verbo *probar* había aparecido ya expresamente en la fórmula legal de la presunción por obra del legislador de 1822.

Por lo demás, se ha afirmado también que no existe ninguna presunción *iuris tantum* que opere exclusivamente en el plano material y no deje sentir su efecto en el ámbito del proceso (34).

Pero, ¿qué efecto? Por aquí comienzan las grandes dimensiones.

El efecto procesal característico de las presunciones *iuris tantum* es el de originar una inversión del *onus probandi* (35). Bettiol puntualiza que así como las presunciones civiles se referían originariamente a la *valoración* de la prueba, pero fueron luego perdiendo este carácter y pasaron a desplegar su eficacia respecto a la *carga* y *distribución* de la prueba, las penales, en cambio, conservaron aquella función originaria y continuaron afectando principalmente a la valoración, y sólo secundariamente proyectan eficacia respecto al *onus probandi* (36). Se toca ya, de este modo, el tema, que dio lugar a tanta literatura, de la existencia o inexistencia de una carga de la prueba en el proceso penal (37).

La ciencia jurídica alemana del siglo XIX, después de fundadas discusiones sobre el problema, llegó mayoritariamente a la conclusión de que una noción de la carga de la prueba conformada, según la imagen del proceso civil, no tiene en absoluto cabida en el proceso penal. Se entendió que no sería compatible ni con el principio de oficialidad, ni con el de la apreciación libre de la prueba, que el órgano jurisdiccional dejase de considerar hechos importantes por la simple circunstancia de que las partes no los hubiesen sometido a su conocimiento (38). Se recordó constantemente que la meta de todo proceso penal es el descubrimiento de la verdad material (39).

(34) P. NUVOLONE, *Presunzioni legali e prova del contrabbando*, en *Rivista italiana di Diritto Penale* (1940), p. 89.

(35) Cfr. V. SILVA MELERO, *Presunciones e indicios* cit., p. 6 y V. MANZINI, *Trattato di Diritto Processuale*, I, cit., p. 215.

(36) G. BETTIOL, *Presunzioni* cit., p. 248.

(37) Una referencia a las distintas posturas doctrinales que se adoptaron frente a la cuestión de si la carga de la prueba es compatible con un proceso inspirado en el *Untersuchungsgrundsatz*, puede verse en F. CORDERO, *Il giudizio d'onore* (Milano, 1959), p. 12, nota 24.

(38) U. WESTHOFF, *Ueber die Grundlagen des Strafprozesses* cit., p. 159.

(39) Cfr. V. SILVA MELERO, *Presunciones e indicios* cit., p. 2, y E. SCHMIDHAUSER, *Zur Frage nach dem Ziel des Strafprozesses*, en *Festschrift für Eberhard Schmidt* cit., p. 511 ss.

Se propusieron incluso, para remarcar la diferencia con la imagen del proceso civil, las expresiones “interés de la prueba” y “carga fáctica de la prueba” (40) para caracterizar la posición del acusado, y el término italiano “compito” (41) y la voz latina “munus” (42) para designar la posición del Ministerio Público.

Hoy puede decirse que prevalece de modo casi unánime la opinión de que una carga de la prueba (43) en el sentido técnico-formal que posee en el proceso civil, no puede admitirse en el proceso penal (44). Así observa acertadamente Silva Melero que la noción civilista de carga de la prueba “parece incompatible con el proceso penal, por oponerse al principio del libre convencimiento del juez y la posibilidad de producir pruebas de oficio, sin que por otra parte cuente el origen de la prueba, y si ha sido aportada por una u otra de las partes o por el juez. Por otro lado —continúa Silva Melero— el deber del Ministerio Público de no limitarse a una orientación pre-determinada, y a su posible colaboración en la tesis de la defensa, viene a significar, en opinión de los que sustentan este criterio, una dificultad para transplantar principios del proceso civil al penal; añáda-se a esto, la llamada presunción de inocencia del inculpado, con sus consecuencias en orden al *onus probandi* y se comprenderá que a primera vista, al menos, parece razonable la posición de los que mantienen criterios diferenciales entre los dos tipos de proceso” (45).

Aceptado concordemente este punto de partida —imposibilidad de trasladar al proceso penal el instituto de la carga de la prueba, tal como se muestra en el proceso civil— la doctrina se preguntó si cabría, al menos, la posibilidad de hablar en el proceso penal de carga de la prueba, pero otorgándole a la noción un contenido distinto al que ostenta en el plano civilista. Se pensó que el principio de oficialidad no constituía un obstáculo insuperable para que no se admitiese en algún modo la idea de la carga de la prueba (46). Así

(40) U. WESTHOFF, *Ueber die Grundlagen des Strafprozesses* cit., p. 160.

(41) P. SARRACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale* cit., p. 70, afirma que sólo se puede hablar de carga de la prueba en relación con el imputado, o sea, sólo a *parte rei*, y no también a *parte reipublicae*. Por eso propone en relación con el Ministerio público la noción de *compito*, atribuyéndole a este término, según aclara expresamente, el significado corriente y familiar.

(42) Expresión preferida por F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 40, nota 59.

(43) Sobre los problemas relativos a la carga de la prueba en general, vid. L. ROSENBERG, *Die Beweislast* cit., pp. 1-5.

(44) Distinta es la situación en el sistema anglo-americano. Aquí son las partes las que deben proceder a la reunión y exposición de pruebas, sin que exista para el juez ningún *deber* de actuar en este sentido. Se ha criticado este sistema por entender que contradice la naturaleza del proceso penal, que debe buscar ante todo la verdad material. Cfr. U. WESTHOFF, *Ueber die Grundlagen des Strafprozesses* cit., p. 162 ss.

(45) V. SILVA MELERO, *La Prueba Procesal*. I, cit., p. 104.

(46) P. SARRACENO, *La decisione sul fatto incerto* cit., p. 70, dice que, si en relación con el Ministerio Público hay que hablar de un *compito*, en relación con el imputado deberá hablarse, si es posible, de un *onus*.

Bettioli, apoyándose en las observaciones de Pugliese, cita como ejemplo lo que sucede en el proceso tributario (47).

El problema de si es posible hablar de una carga de la prueba también en el proceso penal se planteó, como es fácil suponer, en estrecha relación con el tema de las presunciones *iuris tantum* (48). En este punto tuvo una especial fortuna el concepto de *carga material de la prueba* que había introducido ya en el siglo pasado Glasser.

Glasser configura para las excepciones procesales, los fundamentos de la absolución y ciertas circunstancias atenuantes una "carga material de la prueba" que incumbe al acusado, y cuyo efecto principal consiste en excluir, en el ámbito de esas materias, la vigencia del principio "in dubio pro reo". Al no aportar prueba sobre esos extremos el riesgo, en caso de duda, se vuelve sobre el inculgado (49).

Se aprovechó este concepto inicial de Glasser para hablar de un *onus probandi* sustancial en el proceso penal. Se distinguieron así dos conceptos de carga de la prueba: uno *subjetivo o formal*, reservado para el proceso de partes y otro *objetivo o material*, adecuado para aplicar el proceso penal (50).

Así, por ejemplo, Delitala caracterizará a este *onus material* como una "regla del juicio", que sirve para determinar sobre qué parte debe recaer el riesgo de la ausencia de prueba (51). Bettioli dirá que este concepto de carga sustancial de la prueba, mejor incluso que "como regla del juicio" debe entenderse como una "regla sobre la aplicación de las normas jurídicas" en general —y no sólo de las procesales penales— y pertenece, en consecuencia, al complejo normativo llamado "*Rechtsanwendungsrecht*" (52). Misión de esta regla de aplicación sería —según Bettioli— la de determinar si los supuestos de hecho, a los que una determinada disposición legislativa anuda consecuencias jurídicas, deben ser positivamente comprobados o si basta que el juez dude, en el caso concreto, de la "*falta de presencia*" de los elementos de hecho que la disposición legal prevé. La regla se reflejaría de un modo diverso en el proceso civil y en

(47) G. BETTIOLI, *Presunzioni* cit., p. 253.

(48) En torno a las relaciones entre presunciones y carga de la prueba, vid. P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto* cit., p. 72 ss.

(49) J. GLASSER, *Handbuch des Strafprozess*, I (Leipzig, 1883), p. 364 ss.; y, del mismo autor, *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess* (Leipzig, 1883), p. 90 ss.

(50) Cfr. F. CORDERO, *Il giudizio d'onore* cit., p. 12, nota 24.

(51) G. DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato* (Padova, 1930), p. 140, nota 2.

(52) G. BETTIOLI, *Presunzioni*, cit., p. 254 s. En contra de la distinción entre una carga de la prueba formal y una carga material, se pronunció P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto* cit., p. 69, por entender que no es clara. Últimamente rechaza la distinción, criticando el núcleo fundamental de la concepción de Bettioli y la apelación que hace éste a la categoría del *Rechtsanwendungsrecht*. D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti* (Milano, 1959), pp. 229-231.

el proceso penal. En el proceso civil los hechos impositivos deben de ser *positivamente* comprobados para que el juez pueda declarar infundada la demanda del actor. En el proceso penal, en cambio, para la absolución del imputado es suficiente el fallo de la prueba de la *inexistencia* de los hechos impositivos de la pretensión punitiva. De este modo —continúa Bettiol— no existiendo en el proceso penal una repartición en sentido formal de la carga de la prueba, el Ministerio Público debe ofrecer prácticamente no sólo la prueba de la presencia de los hechos constitutivos, sino también la prueba de la ausencia de un hecho impositivo de la pretensión punitiva. Si esta última prueba no logra resultados satisfactorios, el juez no puede pronunciar sentencia condenatoria, porque en la duda vale la regla de que el imputado debe ser favorecido. Así —concluye Bettiol— el principio *in dubio pro reo* se anuda al concepto de la carga sustancial de la prueba (53).

Ultimamente se ha vuelto a enfrentar con el tema Cordero. A su juicio, contraponiendo una figura “material-objetiva” y otra figura “formal-subjetiva” de carga de la prueba, se ha actuado tan sólo una revolución de adjetivos, porque permanece sin demostrar en qué se diferencia la posición del Ministerio Público de la del actor, por cuanto afecta a la comprobación de la tipicidad del hecho y del dolo, o bien de qué misteriosa forma la situación del demandado que hace valer un hecho impositivo, se diferencia de la del imputado que alega la verdad de las expresiones injuriosas o la ausencia de culpa en el ámbito de las contravenciones. En opinión de Cordero, un examen sin prejuicios pone de relieve que esas hipótesis convergen en un punto común: la ausencia de comprobación de un determinado hecho implica que sea emitida una decisión de un cierto contenido que, de acuerdo con un canon de valoración económica, se suele definir como desfavorable a una de las partes. En la decisión final del proceso se identifica, pues, *a posteriori* el sujeto cargado con la prueba. Para Cordero la carga de la prueba es una “figura despojada de todo contenido económico, con la que no se hace nada más que representar anticipadamente lo que sucedería sobre el plano de la decisión, si la prueba de un cierto hecho no fuere conseguida (54). De acuerdo con estas premisas, estima Cordero que la expresión “al Ministerio Público incumbe la carga de la prueba respecto al hecho X” equivale, en términos metafóricos, a la regla “si X no fuese probado, el imputado deberá ser absuelto o bien (en el supuesto, por ejemplo, de que esté en juego la estimación de una agravante), la pena deberá ser determinada en una medida más atenuada” (55).

En definitiva, como puede observarse, Cordero rechaza la distinción entre carga formal y carga material de la prueba, para, en último término, aprovechando la idea que sirve de base al concepto

(53) G. BETTIOL, *Presunzioni* cit., p. 255.

(54) F. CORDERO, *Il giudizio d'onore* cit., p. 133.

(55) F. CORDERO, *Il giudizio d'onore* cit., p. 133, nota 177.

material de carga de la prueba, configurar una “regla del juicio” que tiene validez incluso en el ámbito civil, y en virtud de la cual se puede determinar anticipadamente lo que sucederá en la decisión final si no se logra probar un determinado hecho.

El concepto de carga material de la prueba tal como lo enunció Glasser es inadmisibile. La razón fundamental estriba en que convierte el interés meramente fáctico que la prueba puede revestir para el acusado en una regla legal de prueba, que excluye en general la vigencia del principio “*favor defensionis*” en el ámbito de las excepciones procesales, fundamentos de absolución y determinadas circunstancias de atenuación. Es curioso resaltar que Bettiol haya recurrido precisamente al concepto de Glasser para llegar, sin embargo, a la conclusión opuesta. La diferencia se origina por esa prueba negativa de la ausencia de hechos impositivos que Bettiol carga sobre la acusación. Glasser comenzaba por repartir la prueba entre acusación e inculpado, precisamente para determinar a quién correspondía asumir el riesgo de la duda. El procesado asumía ese riesgo en relación con los fundamentos de absolución o de atenuación. Bettiol, en cambio, acumula toda la prueba sobre la acusación, que debe probar positivamente no sólo la presencia de los hechos constitutivos, sino también la ausencia de los impositivos. Consecuentemente, el riesgo de la duda recae en todo caso sobre la acusación. Sin embargo, existen hipótesis excepcionales que, contrariando ese régimen normal, invierten el riesgo de la duda y lo hacen incidir sobre el inculpado. Estas hipótesis excepcionales están representadas por la existencia de presunciones *iuris tantum*.

En efecto, se ha reconocido incluso por aquellos que repudian el concepto de carga material de la prueba propugnado por Glasser, que lo que éste establecía como regla legal de la prueba, no tiene el carácter general que este autor pretendía atribuirle, pero sirve, en cambio, para caracterizar la posición del acusado en aquellos supuestos concretos en que existe una presunción *iuris tantum* desfavorable al mismo (56).

En estos casos el riesgo respecto a la falta de prueba de los hechos cubiertos por la presunción recae sobre el inculpado y no encuentra aquí aplicación el principio *in dubio pro reo*. Por ejemplo, en la hipótesis de una presunción relativa de culpabilidad, el juez deberá aplicar las consecuencias jurídicas previstas para la conducta del inculpado ya desde el instante mismo en que sea positivamente comprobado el hecho base de la presunción, incluso si el propio juez tiene dudas sobre la existencia del hecho presunto. El inculpado tiene, entonces, el máximo interés en demostrar, con todos los medios de prueba a su alcance, la presencia del hecho que destruye la presunción (57).

(56) Así, por ejemplo, U. WESTHOFF, *Ueber die Grundlagen des Straßprozesses* cit., p. 161.

(57) Cfr. G. BETTIOL, *Presunzioni* cit., p. 256 s.

La relación entre presunciones *iuris tantum* y principio *in dubio pro reo* se hizo tan estrecha que llegó incluso a definirseles en referencia con el mismo concepto de *onus* material. Se ha dicho, en este sentido, que “la regla *in dubio pro reo* viene por consiguiente a constituir un principio normativo de carácter consuetudinario relativo al *onus* sustancial de la prueba en el proceso penal: su misión es la de establecer que en la duda el juez debe considerar como presente un hecho impeditivo de la pretensión punitiva y, por consiguiente, aplicar al caso concreto la norma que lo prevé, pronunciando sentencia absolutoria favorable al inculpado” (58). Las presunciones *iuris tantum* constituyen precisamente una excepción a este principio.

Una presunción legal de dolo se hace ya, desde esta perspectiva, merecedora de crítica. Se ha afirmado que hay que partir de la validez ilimitada del principio *in dubio pro reo* en relación con todos los caracteres que determinan el contenido antijurídico y culpable de una conducta punible. Sólo de este modo queda garantizado que el acusado no se vea obligado a expiar algo por lo que, eventualmente, no estaba llamado a responder. Se insiste en que para la vigencia del principio *in dubio pro reo* es indiferente que se trate de circunstancias fundamentadoras de la pena, causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad, o circunstancias atenuantes o agravantes (59). No se puede olvidar que “la máxima *in dubio pro reo* representa, con el mismo alcance, el reverso procesal del principio de culpabilidad” (60).

Desde un punto de vista jurídico-político ha puesto de relieve Stree que para un Estado de Derecho, según el cual la dignidad humana es inviolable y que considera a los individuos como entes espirituales y morales, el principio *in dubio pro libertate* es una máxima irrenunciable (61).

(58) G. BETTIOL, *La regola “in dubio pro reo” nel diritto e nel processo penale*, en *Rivista italiana di Diritto penale* (1937), p. 253. De “Principio de política procesal penal”, califica a la regla *in dubio pro reo* M. FENECH, *Derecho Procesal Penal*, vol. primero (Barcelona, 1960), p. 616.

(59) W. STREE, *In dubio pro reo* cit., p. 19.

(60) W. STREE, *In dubio pro reo* cit., p. 38.

(61) W. STREE, *In dubio pro reo* cit., p. 17. Como observó C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (Berlín, 1954) (Neudruck), p. 158 s., para una consideración sistemática del moderno Estado de Derecho hay que tener en cuenta el fundamental principio de distribución. Este significa que la esfera de libertad del individuo es, en principio, ilimitada, en tanto las facultades del Estado son, en principio, limitadas. “El individuo como tal es portador de un valor absoluto y permanece con ese valor en su esfera privada; su libertad privada es, en consecuencia, algo, en principio, ilimitado; el Estado es tan sólo un medio y, por eso, relativo, derivado, limitado en cada una de sus facultades y controlable por los privados”.

Con el evidente deseo de evitar que el régimen fascista renunciase al principio, trató de demostrar Bettiol en 1937 que no había por qué considerarlo necesariamente vinculado a una ideología liberal, como lo prueba el hecho de que aparece consagrado ya en el Digesto y tuvo vigencia con mucha anterioridad a la Revolución Francesa. Cfr. G. BETTIOL, *La regola “in dubio pro reo”* cit., p. 246 s.

Por supuesto, el principio *pro reo* no reclama una *certeza absoluta*, cuya exigencia paralizaría prácticamente la jurisdicción penal. También un Estado de Derecho debe de tener en cuenta la limitación de la capacidad humana de conocimiento. Basta la *certeza subjetiva del juez*. El juez no debe abrigar ninguna duda y debe de estar completamente convencido de que existen los presupuestos fundadores de la pena y de que las circunstancias favorables al imputado no existen (62). Esta *certeza subjetiva* se alcanza cuando el juez, a través de la duda, llega a un *estado anímico de convicción* (63). Las presunciones *iuris tantum* suponen una excepción a esta exigencia de *certeza subjetiva*.

Siguiendo la exposición de Henkel (64), pueden esquematizarse del siguiente modo los efectos de una presunción *iuris tantum*:

a) Excluye, en cierta medida, la libre apreciación judicial de la prueba, en tanto puede obligar al juez a que, en el caso concreto, considere como probado un hecho jurídico-relevante tan pronto como ha sido probado otro hecho descrito en la ley.

b) Lo anterior tiene vigencia incluso cuando al juez no le parece convincente *in concreto* la consecuencia que deduce la regla codificada, y, mucho más aún, en caso de dudas.

c) Sólo la prueba de la certeza o la probabilidad de la proposición contraria a la presunción legal, puede dejar sin efecto la fuerza probatoria de ésta.

d) Si no aparece demostrada esta proposición contraria, la presunción, como consecuencia de una *carga material* de la prueba, vuelve el riesgo de la duda sobre el reo (*in dubio contra reum*).

IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICO-DOGMÁTICA DE LA PRESUNCIÓN DE DOLO EN ALEMANIA E ITALIA

La defensa de una *praesumptio doli* de alcance general se anuda fundamentalmente en la literatura alemana a los nombres de Grolmann y Feuerbach. Ambos coinciden en dotarla de una fundamentación más filosófica que jurídica.

Grolmann encuentra su principal punto de apoyo en el libre arbitrio que caracteriza el actuar humano. Apela expresamente a la *Menschennatur* (65).

Feuerbach invoca, por su parte, la *Natur des menschlichen Geistes* (66). Por obra del propio Feuerbach, como es sabido, la presun-

(62) W. STREE, *In dubio pro reo* cit., p. 37.

(63) H. HENKEL, *Die "Praesumptio Doli"* cit., p. 580.

(64) H. HENKEL, *Die "Praesumptio Doli"* cit., p. 581.

(65) K. GROLMANN, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft* (Giessen u. Darmstadt, 1805) (segunda edición), p. 65 s.

(66) P. I. A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (Giessen, 1805) (tercera edición), p. 54.

ción se consagró legislativamente en el artículo 43 del Código Penal bávaro de 1813.

Contra la general presunción de dolo, así fundamentada, se pronunciaron ya tempranamente Tittmann (1806), Stelzer (1811) y Martin (1820) (67). El danés Oersted criticó en 1818 la posición de Grolmann, y puso de relieve que del hecho de que el autor sea consciente del contenido inmediato de su conducta, no cabe derivar, sin más, la existencia de dolo, pues una actividad intencional de la cual derive un resultado antijurídico no es lo mismo que un delito doloso (68).

Cuando quedó al descubierto que la pretendida premisa filosófica era totalmente inadecuada para sustentar la presunción, sus defensores trataron de buscar apoyo en las fuentes romanas y en el Derecho intermedio, y en la consideración práctica de la conveniencia de ofrecer al juez una regla de prueba que le permita atajar las excusas del inculpado respecto a su intención, que, en caso contrario—se dijo—, serían difíciles de refutar (69).

Pero también en este nuevo frente histórico la presunción fue combatida de modo convincente. Wening puso de relieve en 1818 que el Derecho romano no llegó a admitir una auténtica presunción de dolo (70). El Derecho romano—y la observación es valedera para el Derecho intermedio— se limitó, en ciertos casos, a señalar determinados aspectos que poseían un particular valor indiciario para la comprobación del dolo (71). Como observa Henkel, cuando esta demostración fue ofrecida, hasta el propio Feuerbach renunció expresamente a mantener la general *praesumptio doli* (72), que había defendido en las ocho primeras ediciones de su *Lehrbuch*. Feuerbach mantiene aún una presunción de imputabilidad (73), pero dice a partir de la novena edición que para comprobar una determinada forma de la culpabilidad debe considerarse la naturaleza de la actuación en sí misma, sus conexiones—próximas o lejanas— con el resultado antijurídico derivado de ella y, finalmente, las circunstancias previas, simultáneas y subsiguientes a la actuación (74).

(67) Cfr. H. HEMME, *Ueber den Begriff, die Arten und den Beweis des Dolus* (Breslau, 1909), p. 75.

(68) Cfr. H. HEMME, *Ueber den Begriff* cit., p. 76.

(69) Vid. H. HENKEL, *Die "Praesumptio Doli"* cit., p. 582.

(70) WENING, *Ueber die Vermuthung des bösen Vorsatzes nach dem römischen Rechte*, en *Neues Archiv des Criminalrechts* (1818), p. 199.

(71) En este sentido debe ser interpretado el pasaje de Farinacio que V. MANZINI, *Trattato di Diritto Penale*, I (Torino, 1951) (a cura de G. D. Pisapia), p. 739, nota 2, cita como ejemplo de elaboración doctrinal de presunción del dolo. FARINACIO, *De poenis temporandis* (Frankfurt, 1605), p. 135 ss.; "Dolus praesumitur ex qualitate personarum; ex qualitate facti; in iis quae sui naturae sunt illicita et reprobata iure naturali vel divino; in eo omittit facere id quod facere debet; ex malo sequuto effectu; ex qualitate temporis; ex mendacio; ex violentia; in actu clam gesto; ex actu qui agenti non prodest et alteri nocet, etc.". Cfr. F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 11, nota 18.

(72) H. HENKEL, *Die "Praesumptio Doli"* cit., p. 583.

(73) A. FEUERBACH, *Lehrbuch* cit. (Giessen, 1826) (9.ª edic.), p. 80.

(74) A. FEUERBACH, *Lehrbuch* cit. (9.ª edic.), p. 81, en donde aclara expre-

La consagración legislativa de la presunción en el artículo 43 del Código Penal bávaro no mereció mejor acogida. Gönner dirá, comentando ese precepto, que el juez tiene que atender a todas las circunstancias del hecho para comprobar la existencia del dolo. Es decir —como señala acertadamente Henkel—, en contra de las intenciones de Feuerbarch, Gönner interpreta la disposición legal como mera directriz para la investigación del dolo, mediante una prueba de indicios, en la cual debía ser decisiva la apreciación judicial del hecho (75), Höffner, propuso limitar los efectos prácticos de la presunción legal, mediante una interpretación restrictiva (76).

Incluso la misma praxis bávara se abstuvo de utilizar una regla de prueba tan burda como la que ofrecía el artículo 43. Como afirma Henkel, la praxis interpretó ese precepto en el sentido de atenerse, en primer lugar, a las circunstancias concretas del caso y sólo después de una suficiente fuerza indiciaria de los hechos probados, aceptaba una “presunción” —no “jurídica”, sino “natural”— del dolo. Se demostró así, definitivamente, además que sin necesidad de recurrir a una general presunción legal del dolo, las meras alegaciones negativas del inculpado podían ser refutadas (77).

Una presunción general de dolo, al estilo de la del artículo 43 del Código Penal bávaro, no vuelve a aparecer en las leyes de los Länder. Sí aparecen, en cambio, disposiciones legales relativas a la prueba del dolo. Por la coyuntura histórica deben de entenderse estas disposiciones —según Henkel—, por un lado, como admisión de la prueba de indicios, no utilizable como base del juicio en el proceso inquisitivo del Derecho común y, por otro, en el sentido de que se consideró conveniente, en aquel momento histórico, dar instrucciones legales al juez acerca del método de selección y valoración de los indicios (78).

A través de esta evolución fue eliminada la *praesumptio doli*, como *presunción general*. Aparecen, sin embargo, presunciones de dolo —verdaderas o aparentes— en numerosos *tipos delictivos* del Derecho Penal material. Las presunciones de esta índole, auténticas o inauténticas, están motivadas claramente — a juicio de Henkel— por la preocupación del legislador respecto a las dificultades con que tropieza el juez en la demostración del tipo subjetivo de los correspondientes delitos. Disposiciones de esta naturaleza se encuentran en gran número en las leyes de los Länder anteriores a la promulgación de la Ordenanza Procesal Penal del Reich, así como también en el propio Derecho penal del Reich, anterior y posterior a la St. PO. Todas ellas ofrecen margen para ser interpretadas como “impropias”

samente el autor que de la presunción de imputabilidad no se deriva la de una determinada forma de la culpabilidad (dolo o culpa).

(75) Cfr. H. HENKEL, *Die "Praesumptio Doli"* cit., p. 582.

(76) H. HEMME, *Ueber den Begriff* cit., p. 77.

(77) H. HENKEL, *Die "Praesumptio Doli"* cit., p. 583.

(78) H. HENKEL, *Die "Praesumptio Doli"* cit., p. 584.

presunciones, es decir, en el sentido de directrices legales para la apreciación judicial de indicios (79).

Se puede afirmar, pues, que ya la literatura científica alemana del siglo pasado arroja un balance netamente desfavorable para la *praesumptio doli*. Como observa Hemme, las críticas doctrinales dejaron de ser cautelosas cuando desaparecieron los vínculos legales (80). Por otro lado, como acabamos de ver, hasta la misma praxis renunció a hacer uso, cuando el propio texto legal se lo permitía, de una presunción general de dolo.

En cambio, una presunción del dolo genérico fue defendida aun en Italia por Manzini. No es lícito, sin embargo, equiparar sin más la posición del ilustre maestro italiano a la doctrina más tradicional entre nuestros autores. Su argumentación es, en síntesis, la siguiente: puesto que el Derecho italiano presume, salvo prueba en contrario (relativa a las excepciones expresamente establecidas por la Ley), en todo hombre la capacidad penal —que para Manzini es noción más amplia que la de imputabilidad—, es natural que el individuo que aparece como la causa material de un hecho, se presuma, por ello mismo, *iuris tantum* también causa psíquica del hecho, y que, finalmente, dada la voluntariedad de la causa, se presuma, salvo prueba en contrario, igualmente la voluntariedad del efecto (81).

Pero Manzini se cuida de advertir, seguidamente, que la presunción abarca tan sólo al *dolo genérico*. El dolo específico debe ser positivamente probado. Ahora bien, como para Manzini el dolo específico no equivale exactamente, a diferencia de lo que sostienen algunos fallos jurisprudenciales españoles (82), a ciertos elementos subjetivos del tipo de injusto de algunas figuras delictivas, sino que corresponde también al dolo característico y adecuado a cada tipo delictivo independiente, es decir, al dolo que permite calificar los hechos bajo uno u otro título de delito (83), la presunción aparece ya por lo que se refiere a su objeto, menos amplia de lo que en principio pudiera pensarse. Quien dispara un arma contra otra persona y la mata —aclara Manzini— “se presume que quiso alcanzar con el disparo a la víctima, pero para la imputación a título de homicidio es preciso probar que el agente perseguía el fin de matar y para degradar el hecho al título de homicidio preterintencional se precisa demostrar que el agente perseguía, por el contrario, solamente el fin de lesionar” (84).

Hay que tener en cuenta, asimismo, que en el plano procesal el propio Manzini priva de toda relevancia a las presunciones *iuris tantum*.

(79) H. HENKEL, *Die "Praesumptio Doli"* cit., p. 584-585.

(80) H. HEMME, *Ueber den Begriff* cit., p. 80.

(81) V. MANZINI, *Tratatto di Diritto Penale*, I (Torino, 1961) (a cura de G. D. Pisapia), p. 740.

(82) Vid. sentencia 31 octubre 1962 y 17 diciembre 1962, en las cuales se sustituye la tradicional terminología jurisprudencial de *dolo específico* por la de *elementos subjetivos del injusto*.

(83) Cfr. V. MANZINI, *Tratatto di Diritto Penale* I, cit., p. 726 s.

(84) V. MANZINI, *Tratatto di Diritto Penale* I, cit., p. 740.

En su opinión, estas presunciones tienen carácter penal sustantivo y no procesal y, por consiguiente, niega que posean eficacia para originar una inversión del *onus probandi*. En todo caso una presunción relativa puede crear, a lo más, un estado de correspondencia a la verdad real en tanto no surge la duda (85).

A pesar de sus limitaciones, la tesis de Manzini no gozó nunca de una acogida favorable entre la mejor doctrina italiana (86). Últimamente ha puesto de relieve Bricola los equívocos sobre los que apoya la argumentación de Manzini, demostrando fundadamente la inconsistencia de la misma.

Según Bricola no es exacto ninguno de los tres pasajes lógicos que establece Manzini. Las observaciones de Bricola pueden resumirse así:

a) En primer lugar, no es exacto que el Derecho penal italiano—otro tanto cabría decir del español—presuma la capacidad penal. Antes al contrario, el hecho de que el legislador haya previsto casuísticamente las causas de inimputabilidad viene a subrayar la necesidad de la investigación sobre la capacidad de entender y querer del sujeto. Por supuesto, no debe confundirse la formulación legal negativa de la imputabilidad con una presunción *iuris tantum* de la misma. Es cierto, por ejemplo, que el legislador español, en la medida que no dice quién es imputable, sino quiénes no lo son, parte de la idea de que lo normal es la imputabilidad y lo excepcional su ausencia. Pero este punto de partida pertenece a la *técnica legislativa* y no supone, en absoluto, la consagración de una presunción legal relativa.

b) En segundo lugar, aunque fuese exacto que el legislador hubiese presumido la capacidad de entender y querer, de esta primera presunción no podría derivarse—como en efecto deriva Manzini—la presunción de la conciencia y voluntad de la acción, porque ambas nociones obedecen a funciones diversas y esta diversidad funcional impide la coincidencia entre ellas. No puede olvidarse que la capacidad penal se refiere a un *status*, en tanto la conciencia y voluntad de la acción expresan aquella capacidad traducida ya *in actu* y hacen referencia, por consiguiente, al hecho concreto. Se puede tener, como es evidente, plena capacidad penal y haber ejecutado el hecho sin conciencia y sin voluntad. Piénsese en casos de fuerza irresistible o de inconsciencia voluntaria, sin ir más lejos. De este modo, el nexo que pretende establecerse entre el *status* y el acto concreto se ve contrariado por la propia regla de experiencia.

c) En tercer y último lugar, expone Bricola que resulta igualmente arbitrario deducir, sin más, de la voluntariedad de la causa—acción—también la voluntariedad del efecto para presumir, en definitiva, el dolo. También aquí el salto en el vacío es evidente, y no hay

(85) V. MANZINI, *Tratatto di Diritto Penale* I, cit., p. 741 y, del mismo autor, *Tratatto di Diritto Processuale Penale italiano* I (Torino, 1956), p. 215.

(86) Cfr. F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 55, nota 1, con remisión al artículo de BATTAGLINI, *Sulla presunzione di Dolo*.

más que pensar en los supuestos de imprudencia. La experiencia diaria enseña que, a pesar de que la acción haya sido voluntaria, el resultado no tiene por que ser voluntario, el resultado no tiene porqué ser voluntario en los términos que exige la noción del dolo (87).

Bricola niega incluso que pueda admitirse una auténtica presunción legal de dolo en relación con aquellas concretas figuras delictivas que él denomina *fattispecie soggettivamente pregnanti*. Se trata de aquellos supuestos límites que serían los únicos a los que podría aplicárseles la fórmula del *dolus in re ipsa*, conservando, por lo demás, la expresión todavía un margen de imperfección terminológica. Bricola considera como tales aquellas figuras legales que prevén una conducta que, descrita a través de expresiones particularmente cualificantes, o específicamente condicionada por referencias temporales o modales, se muestra como unívoca objetiva y subjetivamente, o bien orientada, desde un punto de vista objetivo y subjetivo, hacia un evento cuya realización no está prevista en la figura legal aparente (88). También —a juicio de Bricola— es necesario frente a estas hipótesis llevar a cabo una investigación concreta relativa al elemento psíquico. Lo único que sucede es que en estas figuras concretas el proceso de deducción del dolo se simplifica. Esta simplificación, sin embargo, no significa renuncia a la investigación ni supone una inversión de la carga de la prueba (89).

La praxis italiana, no obstante, recurre a veces a una presunción del dolo. Se ha recordado recientemente que no es raro encontrar en las sentencias de los tribunales italianos la afirmación de que no es preciso detenerse en la demostración del elemento subjetivo, por cuanto el dolo está insito *in re ipsa* (90).

V. LA PRESUNCIÓN DE VOLUNTARIEDAD EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

1. Fundamento

A. Filosófico.

Pacheco mostró siempre una especialísima preocupación por el tema de las presunciones. En sus *Lecciones de Derecho Penal*, pronunciadas en 1839-1840, se expresaba en los siguientes términos: "Hablamos del *punto capital* de las presunciones. Hecho de *inmensa importancia* en todas las cuestiones legales, y que así la práctica como la ciencia están obligadas a estudiar con el mayor empeño" (91). Poste-

(87) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 57 ss.

(88) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 163. Señala (p. 173 ss.) como ejemplos la figura de quiebra fraudulenta prevista en el artículo 216 de la Legge Fall. y el delito de fraude fiscal previsto en el artículo 35 de la Legge de 5 de enero de 1956.

(89) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 55, nota 76.

(90) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 1.

(91) J. F. PACHECO, *Estudios de Derecho Penal* (Madrid, 1887), p. 76.

riormente, al comentar el Código de 1848-1850, volverá a repetir: “mas la cuestión de las presunciones es siempre una de las más árdias y de las más importantes del derecho: su resolución en cada caso, uno de los primeros objetos de la jurisprudencia” (92).

Pacheco parte de la idea de que hay una *necesidad natural* que nos empuja a la presunción: “... cuando venimos a estos y contemplamos en particular una acción que aparece como criminosa, *natural* es que en el momento se presente esta duda a nuestra imaginación: ese hecho ¿se ejecutó con libertad? Esa persona que causó el mal, que infirió el daño, que quebrantó la ley ¿obraba libre y voluntariamente al quebrantarla?” (93).

Ahora bien, según Pacheco “la razón nos ofrece dos medios para salir de esa dificultad: o que se pruebe al inculpado que obró libremente y con su voluntad entera, o que el inculpado pruebe que obró de un modo involuntario” (94). *Tertium non datur*. Cree que necesariamente ha de elegirse una de esas dos vías. Expresamente se formula la pregunta: “¿no supondremos, en fin, nada, ni que fue voluntario, ni que fue involuntario el acto?”. Y contesta: “esto último es imposible, y, por consiguiente, no tenemos que discutirlo” (95).

Planteadas la cuestión en estos términos, Pacheco encuentra el fundamento de la presunción en la propia *ley humana*, que nos declara libres y nos hace inteligentes (96).

Refiriéndose ya en concreto a la presunción de voluntariedad establecida en el artículo primero del Código, Pacheco, consecuente con su punto de partida, cierra su elogioso comentario con esta afirmación: “la *naturaleza del hombre* es el origen de la presunción que indicamos y probamos. No es posible hallar causa más satisfactoria” (97).

Para Pacheco la presunción “si no es absolutamente la verdad es la verdad en su primer aspecto, es la verdad hasta que otra cosa se averigüe” (98). Y continúa: “sólo la justicia divina, dice un escritor eminentemente filósofo, podrá resolverlo con seguridad y acierto, porque sólo ella ve claro en las profundidades de la conciencia humana. Por lo que hace a nosotros, pobres ciegos en tanta oscuridad, apenas podemos otra cosa que establecer principios vagos y generales, ateniéndonos después a las probabilidades y a las presunciones” (99).

La atención prestada por Pacheco a la presunción de voluntariedad no resultó ineficaz. El planteamiento y la fundamentación que él defendió con tanto convencimiento tuvieron una feliz acogida en los comentaristas posteriores.

(92) J. F. PACHECO, *Código Penal, concordado y comentado* I (Madrid, 1881), p. 79.

(93) J. F. PACHECO, *Estudios* cit., p. 76.

(94) J. F. PACHECO, *Estudios* cit., p. 76.

(95) J. F. PACHECO, *Código Penal* I, cit., p. 80.

(96) J. F. PACHECO, *Estudios* cit., p. 78.

(97) J. F. PACHECO, *Código Penal* I, cit., p. 80.

(98) J. F. PACHECO, *Estudios* cit., p. 76.

(99) J. F. PACHECO, *Estudios* cit., p. 78 s.

Según Vicente y Caravantes la presunción legal de voluntariedad está fundada en la *naturaleza y en el estado normal del hombre*, al que se le *supone* reflexivo, libre e inteligente y en el que son, por el contrario, situaciones excepcionales la violencia, la pusilanimidad y la falta de reflexión o intención (100).

Para Aramburu y Arregui la presunción del párrafo segundo del artículo primero del Código Penal se explica “por cuanto el modo de obrar *natural, propio y ordinario* de los hombres es con voluntad” (101).

Viada dirá escuetamente: “esto nos dice la ley, *de acuerdo con la filosofía* y el buen sentido: todo acto humano se reputa siempre voluntario; porque inteligencia y libertad son las condiciones normales del hombre” (102).

No es distinto el fundamento que alegan otros comentaristas, como por ejemplo P. Gómez de la Serna y J. M. Montalbán. Para ellos la presunción está “fundada en lo que comúnmente acontece y en que se supone que el hombre obra con inteligencia y libertad en la generalidad de sus acciones” (103).

Groizard no hace más que repetir, pura y simplemente, el planteamiento y la argumentación de Pacheco. “Aquí —dirá de nuevo Groizard— sólo caben dos extremos; presumir que son voluntarias todas, mientras no resulte lo contrario, o presumir que no lo son, en tanto no se demuestre otra cosa. No presumir ni lo uno ni lo otro, es un imposible moral, porque un impulso imperioso, cuya existencia en nuestra alma antes hemos demostrado, no nos permite permanecer indiferentes ni abstenernos de juzgar acerca de la inmoralidad de las acciones. A despecho de nosotros mismos, en presencia de un acto, nuestra conciencia se impresiona y pone en movimiento, y la razón discurre, presume, forma opinión y juzga: hay, pues, que presumir que las acciones son voluntarias o que no lo son” (104). A su juicio no podía ser otra la declaración del Código, porque “el hombre ser eminentemente *libre e inteligente*, al obrar hace de ordinario uso de su libertad y de su inteligencia... El sentimiento natural, la reflexión, la filosofía y la experiencia lo acreditan” (105).

Por su parte Silvela, que encuentra muy oportuna la presunción legal, viene a moverse, en cuanto a su fundamentación, en la misma línea de pensamiento. Entiende Silvela que, decidido el legislador a establecer una presunción, “no podía hacerlo sino en el sentido de lo

(100) J. VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal reformado* (Madrid-Santiago, 1851), p. 9.

(101) J. D. DE ARAMBURU Y ARREGUI, *Instituciones de Derecho Penal Español* (Oviedo, 1860), p. 15.

(102) S. VIADA Y VILASECA, *Código Penal reformado de 1870*, I, (Madrid, 1925), p. 23.

(103) P. GÓMEZ DE LA SERNA Y J. M. MONTALBÁN, *Elementos del Derecho Civil y Penal de España* (Madrid, 1886), p. 15.

(104) A. GROIZARD, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado I* (Burgos, 1870), p. 53.

(105) A. GROIZARD, *El Código Penal I*, cit., p. 53.

que es común, ordinario y natural en todo acto humano”, porque “el que se decide a obrar y pone en movimiento su actividad exterior, lo hace en orden a algún fin, con algún propósito o pensamiento, esto es, con intención” (106).

La idea central de esta línea de pensamiento se prolonga hasta los comentaristas actuales (107).

Ahora bien, parece claro que esta fundamentación, más filosófica que jurídica, no satisface las exigencias que deben de ser tenidas en cuenta para consagrar una presunción legal. Como hemos dicho, toda presunción legal debe encontrar apoyo en una regla de experiencia. No puede, en absoluto, sustituirse la regla de experiencia por una invocación a la naturaleza libre e inteligente del hombre a la hora de establecer la presunción de que todo hecho objetivamente adecuado a un tipo es, por ello mismo, doloso (según la interpretación más extendida del párrafo segundo del artículo primero del Código Penal). Contra este modo de fundamentar la presunción, pueden dirigirse exactamente las mismas censuras que se movieron en Alemania contra la tesis de Grolmann y Feuerbach, o en Italia contra la de Manzini.

Que el hombre sea libre e inteligente por naturaleza (Pacheco, Vicente y Caravantes, Aramburu y Arregui, Viada, Groizard, etc.) y opere por fines conscientes (Silvela), no permite presumir en el caso concreto que cuando realizó materialmente un hecho subsumible desde el punto de vista objetivo en un tipo, cometió un *delito doloso*. Vale en este punto la observación de Oersted frente a la opinión de Grolmann (108).

En todo caso, la apelación a la naturaleza libre e inteligente del hombre podría servir para fundamentar una presunción de imputabilidad. Pero aun presumida esta, no se puede ir más allá y acabar presumiendo, en el caso concreto, una de las formas de la culpabilidad. Lo reconoció así —como ya hemos dicho— el propio Feuerbach, que rectificó expresamente la opinión favorable a la presunción de dolo que había mantenido con anterioridad, apoyada precisamente en el mismo recurso a la “naturaleza del espíritu humano” (109).

Como se ha observado en contra de la tesis de Manzini, aun si fuese lícito considerar presumida la imputabilidad, de esta primera presunción no podría derivarse una segunda presunción de la consciencia y voluntad de la acción, porque en tanto la primera se refiere a un *status*, la segunda expresa esa capacidad traducida *in actu*. La experiencia enseña, a todas horas, que se puede ser imputable y haber realizado la acción sin consciencia ni voluntad (110).

(106) L. SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, parte segunda (Madrid, 1903), p. 118.

(107) Cfr. A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal I* (Murcia, 1946), p. 29.

(108) Cfr. nota 68 de este trabajo.

(109) Cfr. nota 74 de este trabajo.

(110) Cfr. nota 87 de este trabajo.

Además, debe de tenerse en cuenta que incluso si fuese exacto que la naturaleza del hombre permite presumir que cuando ejecuta materialmente un hecho, adecuado a un tipo objetivo, lo realiza con dolo, no podría deducirse, sin más, que lo ha realizado *precisamente* con el dolo *característico* de la figura legal a que corresponde el resultado externo. Así como hay un tipo de acción y un tipo de injusto, hay también un tipo de culpabilidad (III). También en este punto la experiencia pregona que los supuestos de incongruencia entre resultado exterior y voluntad del agente son frecuentes. El propio Manzini reconoce, bajo esta perspectiva, la quiebra de la presunción cuando se apresura a advertir que ante aquél que dispara un arma y mata a una persona se presume únicamente que “quiso alcanzar con el disparo a la víctima”, pero para la imputación a título de homicidio es preciso probar ya que el agente perseguía el fin de matar, y para degradar el hecho al título de homicidio preterintencional es necesario que conste, por el contrario, que el agente perseguía tan sólo el fin de lesionar (II2).

En el fondo de la argumentación favorable que expusieron nuestros comentaristas más caracterizados de los Códigos de 1848-50 y 1870, se anidan indudablemente algunos equívocos.

A veces se trasponen los planos y se trata de justificar una *presunción legal*, cuando en realidad en lo que se está pensando es en la necesidad de que el juez recurra al esquema lógico de la *praesumptio-hominis* para investigar el dolo. Necesidad que, como ya hemos visto, proviene de la propia naturaleza del dolo que se ofrece al observador como un hecho interno. Así, por ejemplo, Pacheco cuando dice: “sólo la justicia divina, ...podrá resolverlo con seguridad y acierto, porque sólo ella ve claro en las profundidades de la conciencia humana. Por lo que hace a nosotros, pobres ciegos en tanta oscuridad, apenas podemos otra cosa que establecer principios vagos y generales ateniéndonos después a las probabilidades y a las presunciones”.

Otras veces se intenta argumentar a favor de la presunción legal, cuando en realidad lo único que se hace es reconocer la necesidad de sentar en la investigación del dolo ciertas *verdades provisionales o hipótesis de trabajo*. Necesidad de carácter psicológico, como ya sabemos, que empuja al juez a considerar como verdadero y existente aquello que es conforme al curso natural de las cosas, pero que nada tiene que ver con las presunciones legales. Así, por ejemplo, Groizard cuando escribe: “A despecho de nosotros mismos, en presencia de un acto, nuestra conciencia se impresiona y pone en movimiento y la razón discurre, presume, forma opinión y juzga”.

(111) Cfr. E. MEZGER-H. BLEI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* cit., p. 136.

(112) Cfr. nota 84 de este trabajo.

B. *Lógico-práctico.*

Saldaña se ocupa de la *praesumptio voluntatis* bajo el epígrafe aclaratorio de “lógica de la práctica” (113).

Saldaña califica expresamente a la presunción legal de *justa y útil* (114), pero ofrece una interpretación personal que se aparta notablemente de la expuesta por los comentaristas anteriores. Silencia, por de pronto, toda apelación a la naturaleza humana, como base de la presunción. Para él la presunción legal de voluntariedad es “*simplemente una hipótesis judicial*” (“hipótesis moral positiva”) (115). Entendida así, Saldaña encuentra evidente la justificación de la presunción. “Sin hipótesis previa —razona— no se llegaría nunca a tesis; sin presunción judicial, imposible el rendimiento de investigación criminal. Si se presume inocente al reo ¿cómo buscar su culpa?” (116). Es más, desde este punto de vista estima Saldaña que el principio liberal hizo estragos, penetrando en todas las legislaciones y cree que la presunción de inocencia late en las páginas de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (117).

El malentendido en que incurre Saldaña parece claro. Lo que él estima *justo y útil* es “una simple hipótesis judicial”, pero la presunción legal es bastante más que eso. Se intercambian aquí los conceptos de mera hipótesis de trabajo y presunción legal. Saldaña viene a defender, en última instancia, la necesidad de que el juez, para investigar la culpabilidad, parta de la presunción de culpabilidad como mera hipótesis de trabajo. Sin embargo, hipótesis de trabajo y presunción legal no sólo son nociones distintas, sino que, como ya sabemos, poseen una trascendencia absolutamente diversa.

El equívoco en que incurre Saldaña viene a confirmarse cuando habla del párrafo segundo del artículo primero del Código como de una “*presunción inocuizada*” (118). Insiste en que “no se debe condenar por sospecha” (119), en que “una presunción legal desfavorable es término mental que evoca, como necesarios puntos de referencia, la plenitud en la evidencia, y, caso de duda, la más favorable resolución. Así, la presunción limitada se despoja de todo peligro; estos, se inocuiza al toque del axioma *odiosa sunt restringenda*” (120).

Todo esto es lo que sucede en relación con las verdades provisionales o hipótesis de trabajo, pero es justamente lo contrario de lo que acontece con las presunciones legales. El juez abandona, ya por sí mismo, una hipótesis previa tan pronto le surgen dudas que le impiden llegar a aquella situación de ánimo que se ha llamado “certeza.

(113) Q. SALDAÑA, *Comentarios científico-prácticos al Código Penal de 1870*, vol. primero, *Infracción y responsabilidad* (Madrid, 1920), p. 472.

(114) Q. SALDAÑA, *Comentarios cit.*, p. 483 s.

(115) Q. SALDAÑA, *Comentarios cit.*, p. 482.

(116) Q. SALDAÑA, *Comentarios cit.*, p. 487.

(117) LECr. Artículos 389, 2.º y 3.º; 396, 2.º, y 528, 3.º, por ejemplo.

(118) Q. SALDAÑA, *Comentarios cit.*, p. 482.

(119) Q. SALDAÑA, *Comentarios cit.*, p. 487.

(120) Q. SALDAÑA, *Comentarios cit.*, p. 484.

subjetiva". Ahora bien, la presunción legal, como ya hemos visto, produce precisamente el efecto de vincular al juez, no sólo en aquellos supuestos en que no ha alcanzado ese estado de certeza, sino incluso en aquellos otros en que estima muy poco probable que exista el hecho presunto.

C. Carencia de fundamento.

Bajo la vigencia del Código Penal de 1928 se oyeron ya voces autorizadas que se pronunciaron en contra de la presunción legal de voluntariedad.

Jiménez de Asúa y Antón Oneca se refieren a la presunción del párrafo segundo del artículo 26 del Código Penal de 1928 en términos suficientemente expresivos. "Interpretada la *expresión voluntarias* como referente a acciones u omisiones *dolosas*, resulta que para el legislador español, el *dolo se presupone*, doctrina que —por errada que sea— no hay más remedio que admitir" (121).

Cuello Calón insiste expresamente, al referirse al párrafo segundo del artículo 26 del Código de 1928, en que "no era preciso incluir en el Código semejante precepto, porque ya en los artículos 55, 56 y 57 se determinan las circunstancias de inimputabilidad que eximen de responsabilidad por ausencia de voluntad criminal" (122). En contra de Pacheco, cree Cuello Calón que "el hecho de que esta disposición no se encuentre en la mayoría de las legislaciones, salvo en algunos Códigos profundamente influidos por el español de 1870, prueba bien claramente que no era necesario incluirla en el texto legal" (123).

En 1946 Quintano Ripollés advirtió que la presunción *iusuris tantum* de voluntariedad "sólo es justa atribuyendo a este término un carácter meramente psicológico". A su juicio, la presunción resulta inoportuna e injusta si se entiende como presunción de dolo (124).

Más recientemente, Del Rosal no tiene reparos en afirmar que nuestro Código llega al pensamiento, criticable por todos los conceptos, de la presunción del dolo, si se admite, como es habitual, la equivalencia entre voluntariedad y malicia. Este resultado lo considera Del Rosal contradictorio con un correcto entendimiento de la responsabilidad por culpabilidad y a la naturaleza jurídico-penal de ésta. En su opinión, el párrafo segundo del artículo 1.º del Código se apoya en una base ficticia, alejada de las realidades concretas sobre las que está llamada a recaer la valoración jurídico-penal (125).

(121) L. JIMÉNEZ DE ASÚA y J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal conforme al Código de 1928* (Madrid, 1929), p. 110 s.

(122) E. CUELLO CALÓN, *El nuevo Código Penal español. Exposición y comentario. Libro primero* (Barcelona, 1929), p. 77.

(123) E. CUELLO CALÓN, *El nuevo Código Penal* cit., p. 77, nota 10.

(124) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal I* (Madrid, 1946), p. 17.

(125) J. DEL ROSAL, *Derecho Penal Español I* (Madrid, 1960), p. 415.

2. Finalidad de la presunción.

Distinta al problema del fundamento es, por supuesto, la cuestión relativa a la finalidad de la presunción. Al hablar de la finalidad de la presunción son frecuentes las referencias a las dificultades propias de la prueba del dolo. Conviene tener presente, sin embargo, que por *muu diabólica* que resulte la prueba de un hecho, una presunción legal sobre el mismo no puede justificarse exclusivamente en aras de esa dificultad. La finalidad sustituiría, así, al fundamento y la presunción quedaría, en todo caso, privada de base. La génesis de la presunción no puede hacerse consistir en la dificultad de prueba del hecho presunto, sino en el *id quod plerumque accidit*, o sea, en la verosimilitud que induce a dar por definitivo (presunción absoluta) o cuasi definitivo (presunción relativa) la relación entre hecho conocido y hecho ignorado (126).

Es preciso llamar la atención sobre el hecho de que todas las veces que se invoca la dificultad de probar al imputado el dolo, se deja en el olvido que una situación no menos difícil puede originarse para el acusado respecto a la prueba de su inculpabilidad. Acertadamente dice a este respecto Fenech que “la prueba negativa, es decir, la prueba de la inculpabilidad, es en la mayor parte de los casos concretos imposible o muy difícil de proporcionar, no estando el imputado siempre en condiciones de probar su inocencia, a no ser que ésta pueda demostrarse por la existencia de elementos o datos positivos que se puedan hacer valer en el proceso” (127).

En relación con la finalidad primordial de la presunción se han mantenido criterios distintos. Para algunos autores su finalidad es la de evitar las dificultades de la prueba del dolo, para otros la de distribuir la carga de la prueba y, finalmente, se ha sostenido también que su misión es la de evitar la impunidad o la punición a título de culpa de los casos dudosos.

A. Evitar la dificultad de la prueba.

En este sentido interpretaba ya la presunción legal de voluntariedad Vicente y Caravantes. “El objeto de esta regla —comentaba— es evitar cuestiones y pruebas de difícil solución y resultado” (128).

Le otorgaba, de este modo, a la presunción una función eminentemente procesal, interpretándola en referencia, no a la carga de la prueba, sino a la valoración e interpretación de la misma.

Entre los comentaristas actuales recoge Ferrer Sama la idea de que la presunción ha sido establecida por el legislador ante la evidente dificultad práctica de la prueba del dolo (129).

(126) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 43.

(127) M. FENECH, *Derecho Procesal Penal*, vol. primero, cit., p. 615.

(128) J. VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal* cit., p. 9.

(129) A. FERRER SAMA, *Comentarios I*, cit., p. 29.

B. *Distribuir la carga de la prueba.*

Se preguntaba Silvela si el legislador obró cuerdamente al consignar la presunción, o si hubiera hecho mejor en no dictar disposición alguna sobre este punto. Respondiendo a este interrogante escribió: "opinamos resueltamente que es oportuna la disposición en que nos ocupamos. Para determinar claramente el campo dentro del que han de moverse el acusador público o privado y la persona sujeta al procedimiento criminal, es oportunísima tal presunción. Es más, juzgamos que el silencio del legislador se hubiera seguramente suplido por la jurisprudencia; medio menos preciso y seguro de crear Derecho positivo, porque es indispensable saber siempre sobre quién recae la carga de la prueba" (130).

Si la finalidad de la presunción, que justificaba su oportunidad, era tan sólo la de determinar claramente el campo dentro del cual han de moverse la acusación y el inculpado en el proceso penal, hoy esa finalidad se convertiría en muy problemática. Una carga de la prueba en el sentido formal en que parece entenderla Silvela, se rechaza en la actualidad concordemente, como hemos visto, en el proceso penal. No hay "campos determinados" en el proceso penal, entre otras razones porque, como ha señalado Silva Melero (131), el Ministerio Público puede verse obligado incluso a colaborar en la tesis de la defensa y misión del órgano jurisdiccional, al margen de cuáles hayan sido los frentes establecidos por la acusación y la defensa, es practicar todas las pruebas que estime oportunas y necesarias para el descubrimiento de la verdad real.

C. *Evitar la impunidad o la punición a título de culpa en los casos dudosos.*

Partiendo de la idea de que la presunción fue establecida por el legislador ante la evidente dificultad práctica de la prueba del dolo en muchos casos, se llegó a la conclusión de que la finalidad de la presunción es la de evitar la impunidad o la punición a título de culpa de dichos casos dudosos (132).

De esta forma, a nuestro modo de ver, se cambia automáticamente la naturaleza de la presunción. La presunción se convertiría, así, en parte integrante del Derecho material y habría que reconocer que el legislador consideró, por razones sustantivas, oportunas la punición de todos los casos dudosos a título de dolo. Pero, a su vez, para justificar este punto de vista sustantivo, en principio tan poco justo, habría que apelar al argumento de la necesidad de asegurar el cumplimiento del orden jurídico. Una necesidad de certeza cuya invocación estaría

(130) L. SILVELA, *El Derecho Penal* cit., p. 117 s.

(131) Cfr. nota 45 de este trabajo.

(132) Vid. A. FERRER SAMA, *Comentarios I*, cit., p. 29.

fuera de lugar, porque no se comprende la seguridad de que van a gozar los individuos si de antemano pesa sobre todos ellos la "amenaza legal" de que "en caso de duda" serán castigados como autores de un delito doloso. Precisamente invocando la certeza jurídica que debe caracterizar a todo Estado de Derecho, se ha llegado a la conclusión diametralmente opuesta, es decir, a la necesidad de conceder vigencia ilimitada al principio *in dubio pro reo* en materia de culpabilidad (133).

Como señala Henkel, de considerar a la presunción de una u otra forma —como parte integrante del Derecho material o como regla de prueba— se derivan consecuencias muy diferentes (134). Entendida como mera regla de prueba, la presunción no vendría a significar que el legislador la estableció para que las realizaciones culposas o fortuitas dudosas de tipos objetivos se castigasen siempre a título de dolo. Su finalidad sería la de indicar al juez que, cuando le conste positivamente la ausencia de los elementos de la culpa y la ausencia de causas de inculpabilidad (que a esto equivale la *no constancia* de lo contrario), aunque la existencia del dolo no se haya podido demostrar de un modo positivo, debe considerar ya como probada la realización dolosa del tipo.

3. Alcance de la presunción.

A. Objeto.

En cuanto al objeto que queda amparado por la presunción no hay unanimidad de pareceres. Evidentes razones de carácter sistemático explican que el ámbito conferido a la presunción de voluntariedad dependa, en principio, del alcance que se le atribuya al término *voluntarias* utilizado en el párrafo primero del artículo primero. La variedad de opiniones vertidas en torno a la interpretación del adjetivo *voluntarias* que se emplea en la definición legal del delito (135), se proyecta naturalmente sobre la interpretación de la presunción de voluntariedad. Cabe, de esta suerte, distinguir una serie de posiciones doctrinales en torno al objeto de la presunción.

a) Dolo:

Pacheco se había pronunciado ya en 1839-40 partidario de que la presunción no debía referirse sólo a la *libertad* de la acción. A su juicio, de la ley humana que nos hace inteligentes debía inferirse también

(133) Cfr. W. STREE, *In dubio pro reo* cit., p. 19.

(134) H. HENKEL, *Die "Praesumptio Doli"* cit., p. 585.

(135) Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La imprudencia simple sin infracción de reglamentos en el Código Penal*, en ADP y CP (1963), nota 1. Por lo que se refiere al adverbio *voluntariamente* que aparece en el párrafo tercero del artículo 1.º, vid. P. DORADO MONTERO, *La psicología criminal en nuestro Derecho legislado* (Madrid, 1910), p. 68 ss.; A. FERRER SAMA, *Comentarios* 1, cit., p. 23, y J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal I* (Madrid, 1949), p. 140.

que nuestras acciones “son pensadas, que son hechas con inteligencia y conciencia, ínterin no resulte lo contrario” (136). En este sentido, la presunción debía de convertirse —según Pacheco— en una presunción de “no inocencia de las *intenciones*” (137). Más tarde en sus *comentarios* Pacheco interpretará el término *voluntarias* como sinónimo de conductas dolosas y, en consecuencia, la presunción de voluntariedad se viene a identificar con una presunción del dolo (138).

Silvela considera expresamente a la presunción de voluntariedad como presunción de dolo. Lo que se presume —en opinión de Silvela— es la “malicia, o sea la intención de ocasionar el daño” (139). De este modo —según Silvela—, lo que debe probarse para desvirtuar la presunción legal es: 1.º “que no hubo intención o libertad en el agente, en cuyo caso quedará exento de toda pena”; o 2.º “que no hubo intención o malicia, pero sí descuido, en cuyo caso el hecho se convierte en imprudencia” (140). Para Silvela, por tanto, la presunción no abarca la culpa. Antes al contrario, llegado el caso, para privar de eficacia a la presunción, corresponde o puede corresponder al acusado la prueba de su propia imprudencia.

En el sentido de identificar la presunción legal de voluntariedad con una presunción de dolo se han pronunciado, asimismo, bajo la vigencia del Código de 1928, Jiménez de Asúa-Antón Oneca (141) y Cuello Calón (142).

Posteriormente, con referencia ya al texto reformado de 1944, interpretan la presunción de voluntariedad como presunción de dolo Sánchez Tejerina (143) y Ferrer Sama (144).

Esta dirección doctrinal puede decirse que fue hasta ahora la dominante. La identificación de la presunción legal de voluntariedad con una presunción de dolo constituye, por otra parte, doctrina jurisprudencial constante. Así se declara, por ejemplo, en la sentencia 11 de marzo de 1953 que “la voluntad equivalente a dolo se presume siempre en todo hecho que pueda constituir delito o falta” (145).

b) *El llamado dolo específico:*

En relación con el problema de determinar si la presunción de voluntariedad comprende también el llamado tradicionalmente en nues-

(136) J. F. PACHECO, *Estudios cit.*, p. 78.

(137) J. F. PACHECO, *Estudios cit.*, p. 78.

(138) J. F. PACHECO, *Código Penal I*, cit., p. 73.

(139) L. SILVELA, *El Derecho Penal cit.*, p. 116 s.

(140) L. SILVELA, *El Derecho Penal cit.*, p. 117.

(141) L. JIMÉNEZ DE ASÚA y J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal conforme al Código de 1928 cit.*, p. 110 s.

(142) E. CUELLO CALÓN, *El nuevo Código Penal cit.*, p. 77.

(143) I. SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho Penal Español I* (Madrid, 1945), p. 199.

(144) A. FERRER SAMA, *Comentarios I*, cit., p. 29.

(145) Cfr. entre otras muchas las sentencias 25 de abril de 1893, 5 de enero de 1935, 6 de marzo de 1942, 1 de mayo de 1945, 8 de abril de 1947, 30 de enero de 1950, 12 de enero de 1961, 21 de noviembre de 1962 y 28 de febrero de 1963.

tra praxis *dolo específico* (146), se ha dicho que no debe ser resuelto en términos generales, sino tratado en referencia a cada una de las respectivas figuras delictivas que lo requieren (147).

Creemos, sin embargo, que el ámbito de aplicación del párrafo segundo del artículo primero no puede hacerse depender de la estructura de determinadas figuras legales, sino que la posibilidad o imposibilidad de referir a ellas la presunción legal de voluntariedad depende, naturalmente, del previo alcance que se la haya concedido a la presunción.

Así lo reconoce, por lo demás, el Tribunal Supremo que ha decidido siempre la cuestión partiendo no de la estructura del particular tipo de delito, sino del significado atribuido a la presunción de voluntariedad.

La doctrina jurisprudencial ha mantenido en este extremo una actitud vacilante. La sentencia de 21 de octubre de 1953 declaró que “la presunción que establece el artículo primero respecto al dolo genérico *alcanza de igual modo al específico*, pues la fórmula adoptada por el párrafo segundo del mencionado artículo no excluye, sino, por el contrario, abarca toda la acción prevista por la ley en el precepto de que se trata, con lo que claramente comprende en la presunción de voluntariedad no un hecho indeterminado, sino de modo preciso aquél que la ley define y sanciona en la norma que se aplica”.

No obstante, con anterioridad había declarado la sentencia de 2 de abril de 1935: “la presunción de culpabilidad se refiere al elemento general de voluntariedad y no a aquellos elementos subjetivos de la infracción, que son descritos en la ley como elementos especiales de una figura de delito”. En la misma línea —aunque refiriéndose de modo inmediato a la técnica del recurso de casación— ha vuelto a declarar la sentencia de 31 de octubre de 1962 que es rigurosa exigencia procesal, cuando “el dolo funciona como elemento subjetivo del tipo” que “los elementos integrantes del dolo han de resultar o deducirse de modo concluyente de la declaración de hechos probados para que pueda afirmarse en casación la realización del tipo, sin que esta fase pueda desplegar su eficacia la presunción legal *iuris tantum* de voluntariedad de la acción establecida en el artículo primero, párrafo segundo, de nuestro Código Penal, pues tratándose, como aquí se trata, de un elemento típico está sujeto en su regulación a iguales normas que los restantes factores integrantes de la figura legal”.

Se establece, de esta suerte, una notable diferencia de trato entre el llamado dolo genérico y el denominado “específico”. En tanto el Tribunal *a quo* está dispensado de hacer constar en la declaración de hechos probados la existencia de dolo genérico, porque el amparo que le confiere a esta clase de dolo la presunción del artículo primero despliega su eficacia también en el recurso de casación, no sucede

(146) Cfr. nota 82 de este trabajo.

(147) Vid. A. FERRER SAMA, *Comentarios I*, cit., p. 29.

lo mismo con el dolo específico. De esta diferencia de régimen, aunque establecida a efectos de casación, es posible deducir que el llamado dolo específico no queda comprendido en la presunción de voluntariedad. Si, efectivamente, la presunción legal le abarcase, no sería motivo de casación el silencio del Tribunal de instancia respecto a su existencia, como no lo es —según el Tribunal Supremo— el no haber hecho constar la existencia del dolo genérico.

Intentar extender la presunción al dolo específico, así entendido como equivalente a elementos subjetivos del injusto, supondría, a nuestro modo de ver, un grave contrasentido. Como ha observado Mezger la cuestión de los elementos subjetivos del injusto es una cuestión del *Derecho positivo*. Sin llegar a convertirse en un ordenamiento de las intenciones, el Derecho puede y debe incluir en sus valoraciones lo anímico como origen del comportamiento externo (148). Ahora bien, con frecuencia la presencia de elementos subjetivos en el tipo de injusto obedece a que el legislador, aún partiendo de una concepción prevalentemente objetiva de la antijuricidad (149), reconoce que en algunos casos, la simple valoración de la conducta tal como aparece objetivamente es insuficiente para pronunciarse sobre su antijuricidad. Esta insuficiencia proviene precisamente de la *equivocidad* de la conducta en su aspecto externo. El legislador se ve obligado, entonces, a anticipar al tipo de injusto especiales elementos psíquicos que permitan superar aquella equivocidad y decidir si estamos a presencia de una conducta típicamente injusta, o no. Si el legislador reconoce así, de antemano, que el elemento objetivo en sí mismo considerado es equívoco y no ofrece base para pronunciarse sobre la antijuricidad de la conducta, carece de todo sentido deducir de la simple presencia de ese elemento objetivo la existencia del específico elemento subjetivo.

En relación con nuestro texto legal el problema se plantea en los siguientes términos: en estos casos sólo se puede hablar de la existencia de una *acción u omisión penada por la Ley*, cuando se haya comprobado la presencia del particular elemento subjetivo. Por eso si se dice que existe una *acción penada por la Ley* y que en base a ella se puede aplicar la presunción del párrafo segundo del artículo primero y presumir, de este modo, el particular elemento subjetivo, se incurre en una evidente petición de principio. Sólo puede hablarse

(148) E. MEZGER-H. BLEI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* cit., p. 85 s.

(149) Téngase en cuenta que el denominado concepto objetivo de la antijuricidad reposa también, como es natural, sobre un coeficiente psíquico. El adjetivo *objetivo* no debe, en este sentido, inducir a errores, como sería el de creer que, a los fines del concepto objetivo de antijuricidad, bastase tomar en consideración los resultados del movimiento muscular humano, independientemente de todo elemento psicológico. G. BERTIOL, *Diritto Penale* (Palermo, 1962), p. 242 s., partidario de la concepción objetiva, advierte al respecto que el juicio de desaprobación en el que se sustancia la antijuricidad, incide siempre sobre una acción humana, y acción no existe fuera de la voluntariedad de la misma.

de una acción penada por la Ley y, por tanto, hacer uso de la presunción legal, cuando se haya demostrado previamente la presencia positiva del específico elemento subjetivo.

c) *Dolo y culpa*:

Algunos autores han mantenido, en cambio, que la presunción de voluntariedad equivale tanto a una presunción de dolo como a una presunción de culpa.

Saldaña, por ejemplo refiere de modo expreso la presunción así al dolo como a la culpa. "Presunción de voluntariedad —escribe— es hipótesis moral positiva, afirmativa de dolo o culpa" (150). Pero hay que tener en cuenta que, como ya dejamos dicho, Saldaña cuando se refiere a la presunción legal está pensando en una simple hipótesis judicial de trabajo. Era natural, pues, que creyese que esta hipótesis puede plasmar en la afirmación provisional de dolo o bien de culpa.

El problema es distinto en relación con la presunción legal. Si se admite que ésta comprende tanto al dolo como a la culpa, se la priva de toda justificación. Dolo y culpa —no hace falta advertirlo— poseen una estructura diversa. Por ello, resulta absurdo afirmar que la realización objetiva de una infracción permite presumir la existencia de dolo o de culpa. Con esta disyuntiva vendría a reconocerse abiertamente la carencia de fundamento de la presunción legal. En efecto, no puede sostenerse, entonces, que exista un nexo lógico entre el hecho base —realización objetiva de una acción penada por la Ley— y hecho presunto. La inconsecuencia sería mayúscula. Equivaldría a admitir la equivocidad del dato objetivo, del cual se derivarían, según los casos, como presuntos *dos hechos distintos*. La presunción reclamaría, de este modo, otra regla complementaria que indicase cuándo debe considerarse presumido el dolo y cuándo la culpa. Distinta sería, por supuesto, la afirmación de que la presunción legal se refiere a un elemento común al dolo y a la culpa.

Por su parte, el Tribunal Supremo no sólo viene equiparando, en constantes declaraciones, la presunción de voluntariedad con una presunción de dolo, sino que, además, excluye expresamente a la culpa del ámbito de la presunción. La argumentación que se esgrime para fundamentar esta exclusión es similar a la que se utiliza para dejar al margen de la presunción el denominado dolo específico. Como premisa, supone el Tribunal Supremo que la culpa aparece como un elemento integrante de la figura legal del delito imprudente. Así la sentencia 2 de abril de 1935, declaró que la presunción no puede extenderse a aquellos "elementos subjetivos de la infracción que son descritos en la Ley como elementos especiales de una figura de de-

(150) Q. SALDAÑA, *Comentarios cit.*, p. 482.

lito, como ocurre con la imprudencia simple" (151). En la misma dirección, afirma la sentencia de 28 de febrero de 1963 que "a diferencia del dolo general, que se presume en tanto no se pruebe lo contrario, en la imprudencia punible no es lícito partir de análoga presunción, pues la culpa ha de apoyarse, como los demás elementos de toda figura delictiva, en bases de hecho clara y concretamente establecidas".

Al operar esta exclusión, el Tribunal Supremo contradice la interpretación omnicompreensiva del término *voluntarias*, que parece ser doctrina jurisprudencial predominante en los últimos años (152).

Al presumir el dolo y excluir de la presunción a la culpa, se coloca el Tribunal Supremo frente a la postura adoptada por una dirección científica que ha destacado la "resistencia lógica" del dolo a las presunciones, y la "aptitud potencial" de la culpa para ser presumida. En este sentido, ha expuesto Bricola que las presunciones legales de dolo suelen rechazarse no sólo porque prácticamente van en contra de las exigencias personalistas que caracterizan al delito, sino también por consideraciones provenientes de la propia estructura del dolo. Se destaca al respecto la indubitada base psicológica del dolo y la naturaleza prevalentemente normativa de la culpa. Se afirma que el esquema presuntivo encuentra campo más apropiado para operar cuando en el hecho a presumir el elemento normativo o valorativo prevalece sobre el elemento naturalístico (153).

Según Bricola, mientras de ordinario para comprobar la existencia de culpa se debe averiguar el grado de cautela y de precaución o de previsibilidad general —exigida para la concreta actividad que desplegaba el sujeto—, puede suceder también que en otras hipótesis la contradicción objetiva de la norma sea ya de por sí suficiente para individualizar el grado de prudencia exigido. De tal modo, que esa contradicción objetiva de la norma lleva implícita la inobservancia de la prudencia, debida en aquellas determinadas circunstancias de tiempo y lugar a que se refiere la norma (154). Podría hablarse así, por ejemplo, de una *culpa in re ipsa* —en forma de presunción absoluta— en relación con las hipótesis de inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes y disciplinas previstas en el último párrafo del artículo 43 del Código penal italiano. Se trataría, pues, de un caso de presunción *iuris et de iure* de culpa, y no todavía de una hipótesis de responsabilidad objetiva (155).

En favor de una presunción al menos de culpa en las infracciones.

(151) Cfr. también sentencia de 3 de julio de 1934, que sienta la misma doctrina, aceptando la tesis del *crimen culpaee*.

(152) Vid. S. 23 de marzo de 1929, 26 de febrero de 1934, 20 de febrero de 1934, 22 de octubre de 1940, 8 de marzo de 1946, 12 de junio de 1947, 28 de febrero de 1948, 28 de noviembre de 1955 y 14 de junio de 1956, entre otras muchas.

(153) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., pp. 24-36.

(154) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., p. 35 s.

(155) En este sentido, G. BETTIOL, *Diritto Penale* cit., p. 377 s.

de tráfico se pronunció últimamente, en la literatura alemana, Wimmer (156). Pero su punto de vista no tardó en ser criticado por Baumann, originándose una interesante polémica (157). Contestando a las observaciones de Baumann, Wimmer intenta aclarar que él no propone ninguna presunción (158). Estas aclaraciones posteriores de Wimmer no parecen demasiado convincentes (159). A juicio de Stree, la materia de tráfico no puede ser exceptuada de la exigencia de “certeza subjetiva” del juez, ni puesta al margen de la vigencia del principio *in dubio pro reo* (160).

d) *Imputabilidad.*

En 1957 expuso Quintano, a propósito de la concepción normativa de la culpabilidad, que, en su opinión, la última consecuencia de esta concepción ha de ser la “judicialización” de la culpabilidad, que de ser elemento del delito pasaría a convertirse en algo que se agrega a él en virtud del juicio valorativo del juez (161). Una consecuencia de esta índole estaría de acuerdo —según Quintano— con nuestra dogmática, puesto que en el artículo primero del Código penal español no hay una referencia a la culpabilidad. La definición legal —aclara Quintano— alude tan sólo a la *acción* (“acciones y omisiones”), a la *imputabilidad* (“voluntarias”), a la *punibilidad* (“penadas”) y a la *tipicidad* (“por la Ley”).

Cabría pensar, de este modo, en la posibilidad de entender la presunción legal como presunción de imputabilidad. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el texto legal al emplear el término *voluntarias* no alude a un *status* del sujeto, sino a un elemento subjetivo que se predica como adjetivo de una *acción concreta*. Por otro lado, es preciso preguntarse si las premisas de puro psicologismo en que apoya la interpretación de la *voluntariedad* como equivalente a imputabilidad, no acabarían por negar la viabilidad de la misma interpretación que se propone.

El propio Quintano ha subrayado que la promiscua situación de las infracciones dolosas (voluntarias-maliciosas) y culposas o imprudentes (voluntarias no maliciosas) en lo “voluntario”, obliga a una

(156) A. WIMMER, *Über unzulässige Vertiefung der Schuldfrage bei Fehlleistungen von Kraftfahrern*, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1959), p. 1757.

(157) J. BAUMANN, *Schuldvermutung im Verkehrsstrafrecht?*, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1959), pp. 2293-2294. Vid. también H. BOSS, *Keine Schuldvermutung im Verkehrsstrafrecht!*, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1960), p. 373; y SCHMIDT-LEICHTNER, *Verkehrsstrafrecht ohne Schuldfeststellung!?*, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1960), p. 996 s.

(158) Cfr. A. WIMMER, *Vereinfachungen im allgemeinen Strafrecht bei der Bestrafung von Verkehrsübertretungen*, en *Deutsches Autorecht* (1960), p. 247 s.

(159) Cfr. W. STREE, *In dubio pro reo* cit., p. 41, nota 86.

(160) W. STREE, *In dubio pro reo* cit., p. 42.

(161) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Nota al Tratado de E. Mezger II* (Madrid, 1957), p. 17.

actitud de puro psicologismo, hallándose desterrada del texto toda mención valorativa, sea de deber o de reproche (162).

Esto hace pensar que desenvolviéndose la interpretación en un plano puramente psicológico-naturalístico, sea difícil mantener que la voluntariedad del artículo primero del Código se refiera a la imputabilidad. En efecto, nada impide, naturalísticamente hablando, asegurar que las acciones de los inimputables son también acciones *voluntarias*. Con razón advierte Bettiol que la voluntariedad es un concepto naturalístico genérico que abraza, tanto la voluntariedad culpable como la inculpable (163).

Por eso, a nuestro modo de ver, la interpretación, con fondo psicológico, que identifica voluntariedad con imputabilidad, acaba, pese a sus deseos, por desligar la voluntariedad de la culpabilidad y aún de la misma imputabilidad, y si quiere llegar a sus últimas consecuencias debe desplazar el elemento *voluntarias* de la definición legal del delito al marco de la *acción*.

Pero con esto rozamos ya otra posible interpretación de la presunción legal.

e) *Voluntariedad de la acción.*

Consciente de lo inoportuna que resultaría una presunción de dolo, mantuvo Quintano en 1946 que, en virtud del párrafo segundo del artículo primero, “se presume *siempre* la voluntad, es decir, la libertad de volición, fenómeno anímico normal, pero no puede presumirse del mismo modo la malicia, concepto de apreciación no ya psicológica, sino moral y jurídica”. La presunción del párrafo segundo entraría en funciones “para estimar tan sólo que los actos cometidos fueron voluntarios, es decir, espontáneos”. Tanto así que de la necesidad y conveniencia de no otorgarle un alcance más profundo a la presunción legal, deduce Quintano un argumento más que viene a abundar en pro de la interpretación omnicomprendensiva del vocablo *voluntarias* que se utiliza en la definición del delito (164).

A este entendimiento de la presunción legal parece referirse incidentalmente la sentencia 31 de octubre de 1962 al hablar de “la presunción legal *iuris tantum* de voluntariedad de la acción, establecida en el artículo primero, párrafo segundo, de nuestro Código penal”.

Se ha dicho de esta interpretación que conduce a una presunción todavía más intolerable. En este sentido, afirma Córdoba que “si criticable es toda presunción en el ámbito penal, inadmisibles resultarían

(162) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Hacia una posible concepción unitaria jurídico-penal de la culpabilidad*, en *Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano II* (Madrid, 1959), p. 433. Vid. también, A. DE MIGUEL, *Panorama de la culpabilidad en la dogmática penal contemporánea*, en *ADP y CP* (1952), p. 56.

(163) G. BETTIOL, *Diritto Penale* cit., p. 243.

(164) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios I*, cit., p. 17.

una presunción que afecte al presupuesto del delito, a la acción” (165).

Pero hay que tener en cuenta que al interpretar la voluntariedad como manifestación de voluntad, no se acaba, en aras de la presunción legal, aceptando una presunción de la *acción* —lo que sería, en efecto, sumamente criticable—, sino de la *voluntariedad de la acción*, cuya realización objetiva se ha *probado* previamente.

Bajo esta perspectiva, la interpretación que comentamos nos parece que reduce la presunción legal a límites mucho menos intolerables. Probada la ejecución material de una conducta objetivamente adecuada a un tipo, se presumiría tan sólo que esa conducta obedeció a una *espontánea manifestación de voluntad*, insuficiente todavía para fundamentar una responsabilidad penal.

Por el contrario, la dirección doctrinal que entiende el párrafo segundo del artículo primero como presunción de una concreta forma de la culpabilidad va mucho más lejos, pues se suele, en última instancia, extender la presunción a *todo* el elemento subjetivo del delito, necesario para la responsabilidad criminal. De este modo, acaba presumiéndose no sólo la *voluntariedad de la acción*, sino *además* una forma de la culpabilidad. Puede servir de ejemplo la declaración contenida en la sentencia de 22 de marzo de 1945 que, apoyándose en la virtualidad de la presunción legal, afirmó: “La responsabilidad criminal surge por la realización de un acto que en su aspecto objetivo presenta las notas características de una transgresión de orden penal”.

Por supuesto, no se debe de incurrir en el equívoco que ya Saldaña le había imputado a Hernández de la Rúa, por haber traído éste a colación el texto de Partidas 7,31,7: “A los fazedores de los yerros, de que son acusados ante los Judgadores, deven dar pena después que les fuere provado, o después que fuere conocido dellos en juyzio: e non deven los Judgadores rebatar, o dar pena a ninguno por sospechas, nin por señales, nin por presunciones”. Saldaña, comentando la opinión de Hernández de la Rúa, dice: “Como se ve. aquí el práctico incide en un sofisma jurídico. Pues la presunción del artículo primero, párrafo segundo, se refiere a la voluntariedad, y es presunción *subjetiva* o psicológica, útil para la interpretación de las intenciones; en tanto la Partida alude a presunciones *objetivas* del hecho mismo en suplantación de prueba (*ex suspicionibus*. dice la Glosa)” (166).

f) *Voluntad referida a la norma.*

Recientemente ha indicado Córdoba que la *voluntad* a que alude la definición legal del delito debe ser interpretada “no como *voluntad del resultado*, sino como voluntad referida —opuesta— a la norma,

(165) J. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito* (Barcelona, 1963), página 88.

(166) Q. SALDAÑA, *Comentarios cit.*, p. 480 s.

ya a la prohibitiva del delito (en las conductas dolosas), ya a la que impone el deber de cuidado (en las culposas)" (167).

Este punto de partida permite reducir la presunción a límites mucho más tolerables. La presunción legal entraría en juego tan sólo para dar por probado, en tanto no conste lo contrario, que el sujeto ha querido su acción *como* contraria a la norma. Todo el restante aspecto subjetivo, a comenzar por la propia manifestación de voluntad —elemento de la acción—, quedaría al margen de la presunción y debería, por tanto, ser previamente probado.

B. *Alcance procesal.*

Por lo que se refiere al efecto procesal de la presunción, la doctrina española ha oscilado desde la posición mayoritaria de concederle la virtualidad de operar una auténtica inversión de la carga de la prueba, hasta la posición minoritaria de negarle toda significación en el plano procesal (168).

a) *Inversión de la carga de la prueba.*

Se le concedió a la presunción legal de voluntariedad por los comentaristas de los Códigos de 1848-50 y 1870 un primordial significado procesal. Hasta tal punto que, como ya hemos visto, Silvela llegó a considerarla muy oportuna, porque, en su opinión, venía a regular de una manera segura la distribución de la carga de la prueba.

Se entendió generalmente que la presunción del párrafo segundo del artículo primero, originaba para el imputado un verdadero *onus probandi*, en sentido formal.

Vuelve a abrir camino también en este punto, Pacheco. La presunción —había dicho ya en 1839-40— "*exime* de prueba al que la tiene favorable e impone la obligación de acreditar, de justificar su dicho, al que por desgracia la tiene adversa" (169). Más tarde, comentando el texto legal, afirma que si "alguno propone como un hecho lo segundo, la excepción; *obligación* y *cargo* suyo deben ser el justificar que esa excepción se realizaba en aquel instante" (170).

En la misma línea se mueve Groizard. "El que pretende que en semejante situación anormal se encuentra, el que diga que obró fuera

(167) J. CÓRDOBA RODA, *Nota al Tratado* de R. Maurach, II (Barcelona, 1962), p. 12. Cfr. además del mismo autor, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito* (Barcelona, 1962), p. 64 ss. y *Una nueva concepción del delito* cit., p. 87 y ss.

(168) En este último sentido se pronunció, como ya sabemos, V. SILVA MELERO, *Presunciones e indicios* cit., p. 6, nota 2. Vid. nota 31 de este trabajo.

(169) J. F. PACHECO, *Estudios* cit., p. 76.

(170) J. F. PACHECO, *Código Penal I* cit., p. 80

de las condiciones ordinarias de su naturaleza, libre e inteligente —afirma Groizard—, *debe probarlo* (171).

No es distinta la opinión de Saldaña, pues a la pregunta de a quién *incumbe* la prueba, contesta resueltamente: “*Al inculpado*” (172).

Entre los comentaristas actuales parece atribuirle idéntica significación Ferrer Sama, cuando dice “que en la elección de los dos caminos que podían ser elegidos, el de probar la existencia del dolo al autor de la conducta o, por el contrario, el de que sea éste el que haya de probar en su descargo la falta de voluntariedad, la Ley ha elegido el segundo” (173).

El Tribunal Supremo ha mantenido reiteradamente que la *demonstración en contrario* llamada a contrarrestar la presunción legal, *incumbe* al procesado (174). En la sentencia 15 de junio de 1953, por ejemplo, declara: “El principio de voluntariedad presunta de las acciones penales, sustentado con criterio científico, se opone al recurso, por cuanto... para justificar así posibles errores que alejaren la malicia de la procesada, es *ésta la que debió probar* su racional creencia de que se trataba de mujeres mayores, sin que baste su abstención de comprobar tan interesante extremo.”

Una carga de la prueba, entendida en sentido formal, es, según dejamos expuesto, incompatible con la naturaleza y fin del proceso penal (175). La actividad probatoria del procesado debe suplirse, llegado el caso, por la iniciativa del propio órgano jurisdiccional, cuya misión es la de descubrir la verdad real. De acuerdo con la carga material que provoca la presunción, sólo una vez *agotados* los medios de prueba oportunos —hayan sido aportados por el acusado, por el Ministerio Público o por el propio Juez, que esto es indiferente— puede hacerse recaer el riesgo de la duda sobre el inculpado. La eficacia procesal de la presunción no puede llevarse más allá. Ninguna renuncia o abstención probatoria del procesado, justifica la inactividad del órgano jurisdiccional.

Este principio debe tener vigencia incluso, a nuestro modo de ver,

(171) A. GROIZARD, *El Código Penal de 1870* I cit., p. 53.

(172) Q. SALDAÑA, *Comentarios* cit., p. 494.

(173) A. FERRER SAMA, *Comentarios* I cit., p. 29.

(174) Cfr., entre otras, las sentencias 25 de abril de 1879, 27 de diciembre de 1919, 13 de marzo de 1929, 18 de diciembre de 1934, 7 de junio de 1954 y 27 de junio de 1956.

(175) M. FENECH, *Derecho Procesal Penal*, vol. primero, cit., p. 616 s., rechaza que se pueda hablar de una carga de la prueba en relación con el titular del órgano jurisdiccional y con el Ministerio Fiscal. Admite, en cambio, una carga de la prueba para las partes acusadoras, interesadas en la condena, en la imposición de una pena mayor o en la determinación de una cuantía superior de daños y perjuicios. También la admite para el acusado respecto a determinados hechos impositivos (hipótesis, por ejemplo, del artículo 461 del Cp.). Ahora bien, Fenech atribuye a esta carga el sentido de que la falta de prueba sobre esos extremos se traduce en una decisión desfavorable para sus respectivas pretensiones. Se trata, por tanto, de una carga material.

en relación con aquellos supuestos concretos en que la ley parece poner literalmente la prueba de determinados hechos impositivos a cargo del acusado. No se trata en realidad de un auténtico *onus probandi*, sino, todo lo más, de una *carga de alegación* (176). Así, por ejemplo, cuando el artículo 456 del Código Penal dispone que “el acusado de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado”, o el 461 preceptúa que “en estos casos será absuelto el acusado si probare la verdad de las imputaciones”, no establecen, en realidad, una verdadera carga de la prueba en sentido técnico-formal. Estas disposiciones legales pueden originar un *onus de alegación* para el acusado y, en último término, una carga material de la prueba. Corresponde al acusado alegar que el hecho imputado es cierto, pero una vez hecha la alegación el Tribunal puede y debe practicar de oficio, en su caso, las pruebas que estime oportunas, aunque no hayan sido propuestas por el acusado. Practicadas todas las pruebas necesarias, entra en juego una carga material, en el sentido de que si el hecho no resulta debidamente *probado*, el Tribunal debe dictar sentencia desfavorable para el acusado (177).

Admitir una auténtica carga de la prueba en sentido técnico-formal en relación, por ejemplo, con el artículo 456 del Código Penal, en cuya virtud la pereza o inactividad probatoria del acusado exime de toda intervención al órgano jurisdiccional, equivaldría a reconocer que los Tribunales penales deben permanecer indiferentes ante la denunciada y posible existencia de un delito. Ya se sabe que puede traerse a colación el fácil argumento de que nada más eficaz y estimulante que el propio interés del acusado en demostrar la veracidad de su imputación, pues le va en ello su absolución. Pero este interés fáctico no es suficiente para justificar, en vía de principio, una absoluta indiferencia o inactividad probatoria del órgano jurisdiccional, porque también el acusado —por las razones que sean— puede, en el caso concreto, renunciar a las molestias que le aparejaría la prueba o puede conducirla —por un error, por ejemplo, de la dirección técnica— de una forma inadecuada.

b) *Medios de prueba*

Una vez afirmado que la presunción legal de voluntariedad provocaba una auténtica carga de la prueba, en sentido formal, para el imputado, llegó a plantearse doctrinalmente incluso el problema de *qué clase de medios probatorios* podía utilizar el inculcado para desvirtuar la presunción.

La cuestión aparece expresamente planteada en los *comentarios* de Groizard (178). Después de diversos razonamientos, Groizard llega a

(176) Sobre una “limitada carga de la prueba” consistente en la *alegación*, *vid.* D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti* cit., p. 232 y 235.

(177) Cfr. M. FENECH, *Derecho Procesal*, vol. prim. cit., p. 617.

(178) A. GROIZARD, *El Código Penal I* cit., p. 54.

la conclusión de que el acusado puede hacer uso de aquel mismo número de medios de prueba cuya práctica se autoriza en contra de él.

El problema no puede siquiera plantearse si se admite que, al margen de cual sea la actividad probatoria del inculpado, el propio Tribunal debe, de oficio, preocuparse de comprobar si existen o no hechos que desvirtúen la presunción.

c) *El principio in dubio pro reo*

El Tribunal Supremo viene declarando repetidamente que la ausencia de voluntariedad, capaz de privar de eficacia a la presunción, debe de constar de modo indubitado. Se exige “una demostración plena: de contrario” (179), que esté “tan perfectamente comprobada como el hecho mismo” (180), una “prueba terminante en contrario” (181), que “de manera inequívoca aparezca probado lo contrario” (182).

De esta suerte, en virtud de la presunción legal, el Tribunal Supremo hace recaer el riesgo de la duda sobre el inculpado, excluyendo la vigencia del principio *in dubio pro reo*. Como ya sabemos, este es el efecto más característico de las presunciones legales relativas en el ámbito punitivo.

Es preciso observar, sin embargo, que la mayoría de las declaraciones del Tribunal Supremo cuyo tenor no difiere de las que acabamos de recordar, hacen referencia de modo inmediato a la técnica del recurso de casación (183). Su finalidad primaria es la de indicar que, para poder apreciar en casación una causa que excluya la virtualidad de la presunción, debe existir una base fáctica plenamente demostrada y recogida por el Tribunal *a quo* en la llamada declaración de hechos probados.

Totalmente inaceptable es la extensión de esta misma exigencia de certeza y plena prueba a todas las circunstancias eximentes y aun atenuantes. Reiteradamente ha mantenido el Tribunal Supremo que las causas de exención y las circunstancias atenuantes, calificadas a veces expresamente de *excepciones* al principio general de la imputación al agente de todo acto voluntario penado por la ley (184), deben hallarse *tan probadas como el hecho mismo* (185). Aunque también estas declaraciones se refieren de modo inmediato a la técnica del recurso de casación, carecen de todo fundamento, porque la apreciación de las eximentes que no tengan que ver con la voluntariedad y, en

(179) Sentencia 9 junio 1950.

(180) Sentencia 11 marzo 1953.

(181) Sentencia 23 octubre 1951.

(182) Sentencia 30 octubre 1912.

(183) Cfr. V. SILVA MELERO, *La prueba procesal* I cit., p. 106.

(184) Sentencia 13 diciembre 1886.

(185) Sentencias 7 junio 1888, 15 enero 1915, 29 septiembre 1934, 5 julio 1948, 1 mayo 1957, 23 mayo 1905, 4 febrero 1918, 9 julio 1948 y 18 junio 1955.

general, de todas las circunstancias atenuantes no tiene en contra ninguna presunción legal que excluya el *favor defensionis*.

En todas aquellas materias que no afecten a la ausencia de voluntariedad debe regir sin limitaciones el principio *in dubio pro reo*, pues no están cubiertas por ninguna presunción legal. También, por tanto, a efectos de casación. Si de la declaración de hechos probados se deduce, no la certeza, pero sí al menos la existencia aunque dudosa de alguna causa de exención o circunstancia atenuante, el Tribunal de Casación debe poner en práctica el *favor defensionis*.

d) Casación

Según repetidos fallos del Tribunal Supremo, la presunción legal de voluntariedad impide estimar que el Tribunal *a quo* incurre en motivo de casación si, una vez relatados los hechos objetivos adecuados a un tipo, aplica la pena correspondiente sin mencionar para nada la culpabilidad adecuada a ese tipo (186). El silencio del Tribunal de instancia respecto al elemento subjetivo característico del delito por el que se condena no puede, pues, invocarse como fundamento de casación (187).

De manera extraordinariamente clara afirmó la sentencia de 22 de marzo de 1945: "la responsabilidad criminal surge por la realización de un acto que en su aspecto objetivo presenta las notas características de una transgresión de orden penal, *sin que el Juzgador esté obligado a hacer declaración alguna* respecto al ánimo doloso que se considera implícito en los hechos que configuran la infracción punible; pero esa *declaración innecesaria* por la plena eficacia de la presunción legal establecida en el artículo primero, etc."

Los efectos prácticos que puede provocar esta dispensa absoluta concedida al Tribunal *a quo* para que no tenga que hacer declaración alguna sobre el elemento subjetivo del delito, parece que pueden ser contraproducentes. Supone, en cierto modo, una autorización para que se renuncie a afinar en la comprobación real de aquel elemento personal del delito que la doctrina científica eleva hoy al primer plano de meditación.

Pero además, en nuestra opinión, esta doctrina jurisprudencial se apoya en un entendimiento incorrecto de la presunción legal. El que la ley presuma *iuris tantum* la voluntariedad, no legitima para que el Tribunal *a quo*, cuando haga uso de dicha presunción, no exponga detalladamente en los hechos probados *cómo aplicó* en el caso concreto la presunción legal. Una aplicación errónea de la presunción puede y debe discutirse en casación. Basta pensar que el propio texto

(186) Sentencias 6 septiembre 1934, 18 diciembre 1934 y 23 abril 1954.

(187) De este régimen se exceptúan, como ya sabemos, según una dirección jurisprudencial no unánime, aquellos elementos subjetivos que frecuentemente el Tribunal Supremo identifica con el "dolo específico" y la culpa.

legal concede virtualidad a la presunción en tanto *no conste lo contrario*. Esta referencia de la ley obliga al Tribunal no sólo a declarar positivamente probado el hecho adecuado a un tipo objetivo, sino también a valorar todas las pruebas practicadas (188) y declarar probado que de ellas no se deduce ningún hecho que desvirtúe la presunción. La aplicación de una presunción *iuris tantum* presupone no sólo la valoración de la prueba que afecta a la existencia del hecho base, sino también la valoración de la prueba relativa a la inexistencia del hecho presunto. Toda presunción legal relativa implica necesariamente una doble declaración fáctica: que existe positivamente el hecho base y que falta un hecho capaz de desvirtuar la regla codificada. La primera declaración por sí sola no es suficiente para poder aplicar la presunción.

VI. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA PRESUNCIÓN LEGAL

La presunción legal de voluntariedad es Derecho positivo vigente y, por eso, aunque sea de desear su supresión en una futura reforma, no puede descuidarse la tarea de proponer una interpretación restrictiva (189). A nuestro juicio, es posible y necesario restringir la presunción legal de voluntariedad tanto por lo que se refiere a su objeto como por lo que atañe a su eficacia procesal.

A. Restricción en cuanto al objeto

De las dos interpretaciones tradicionales de la voluntariedad (190), aquella que la equipara al dolo resulta menos adecuada para lograr un entendimiento correcto de la presunción legal. De aceptarla, no hay más remedio que interpretar la presunción de voluntariedad como presunción del dolo, si no se quiere, claro está, incurrir en una grave inconsecuencia. No se puede otorgar un significado distinto al término *voluntarias* utilizado en el primero y segundo párrafo del artículo primero del Código Penal.

La tesis onnicomprensiva que conduce inevitablemente a entender la voluntariedad como *voluntad de la acción* (191), permite, como ya hemos visto, reducir a límites más tolerables la presunción legal. Pero a esta interpretación se le ha objetado: primero, que tendría que ad-

(188) Cfr. S. SOLER, *Derecho Penal Argentino* II (Buenos Aires, 1945), página 104.

(189) E. FLORIAN, *Delle prove penali* (tercera edición a cura de P. Fedas) (Varese-Milano, 1961), p. 249, llamó la atención sobre la conveniencia de interpretar restrictivamente las presunciones *iuris tantum*, porque en la medida en que suponen limitaciones a la libre apreciación de la prueba, obstaculizan el hallazgo de la verdad material.

(190) Cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la culpa* (Barcelona, 1958), p. 205-215.

(191) Vid. F. DÍAZ PALOS, *Culpabilidad jurídico-penal*, en *separata*, de *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Barcelona, 1954), p. 72.

mitir la existencia de una tautología en la definición legal del delito, pues vendría a predicarse de la *acción* algo —voluntariedad— que ya es elemento esencial de la misma; segundo, que vendría a sustraer a la definición legal una característica, desde el momento en que al término *voluntarias* se le atribuye un significado ya implicado en otro elemento de la definición (192).

Por lo que respecta a la existencia de una tautología conviene distinguir, a nuestro modo de ver, los resultados que se deducen de una interpretación histórica y las exigencias que postula una interpretación progresiva.

Creemos que puede sostenerse, desde un punto de vista histórico, que el adjetivo *voluntarias* encerraba en primer lugar —aunque no en único— en la *mens legislatoris* una referencia a la voluntariedad de la acción. Todo parece indicar que el legislador de 1848 ha tenido presente, en esta materia, la tradicional distinción de la Escolástica entre *actus hominis*, que el hombre no realiza en cuanto tal, sino *ul est natura quaedam*, y *actus humani*, que constituyen propiamente el objeto de un juicio moral (193).

Así, por ejemplo, Pacheco habla de la “*comisión de uno de esos actos que la conciencia humana señala como criminales, y que sin embargo la misma conciencia excusa y justifica completamente por falta de libertad. Y nada importa entonces que la acción en general lleve la idea del mayor delito... nos lava y nos exime a la vez de toda mancha como agentes humanos y morales*”. Porque el delito es “principalmente un *hecho moral*” (194).

Está claro, pues, cómo Pacheco continúa hablando de la *comisión de actos* y de *acción* incluso en aquellos supuestos en que falta en absoluto la libertad, y que, por eso mismo, el propio Pacheco aleja de toda idea de responsabilidad criminal. A diferencia de estos supuestos, el delito es “principalmente un *hecho moral*”, que se realiza como “*agente humano y moral*”, es decir, es un *acto humano*, susceptible, como tal, de un juicio moral.

Probablemente el legislador histórico partió, pues, de la idea de que existen *actos* —acciones y omisiones— que se realizan sin la *voluntariedad propia de la acción* —actos del hombre— y por eso la primera misión del término *voluntarias* sería ya la de indicar que sólo los *actos humanos* pueden constituir el presupuesto del delito. Hipótesis que se ve confirmada, en cierto modo, por la expresa consagración de la eximente 9.^a de fuerza irresistible. También aquí el legislador partió de la idea de que el que es violentado por una fuerza irresistible, *obra* —realiza un acto del hombre—, aunque no es criminalmente responsable.

Una consideración puramente morfológica de los primeros *comentarios* al Código Penal de 1848-50, muestra que la *voluntariedad de la*

(192) J. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción* cit., p. 88.

(193) Cfr. J. L. L. ARANGUREN, *Ética* (Madrid, 1959), p. 182 s.

(194) J. F. PACHECO, *Estudios* cit., p. 74 s.

acción no se consideraba implicada en las expresiones legales “acciones y omisiones”, sino en la voz *voluntarias*. Así Pacheco (195) y Vicente y Caravantes (196) no incluyen la *manifestación de voluntad* en el apartado en que se ocupan del análisis de los términos *acción* y *omisión*, sino que la insertan en el apartado que dedican al término *voluntarias*. El elemento “voluntarias” de la definición legal del delito apareció, de esta suerte, soportando una significación compleja. Se le sobrecargó de significados y, así, se entendió frecuentemente no sólo como expresión de la voluntariedad de la acción, sino también como expresión de una (dolo) o de las dos (dolo y culpa) formas de la culpabilidad.

Resulta elocuente en este sentido la exposición de Vicente y Caravantes: “En esta palabra comprende el Código tres clases de voluntad: la voluntad que consiste en la libertad de obrar; la voluntad que se deriva del conocimiento o inteligencia de que la acción u omisión es ilícita; y la voluntad que consiste en la malicia o intención de causar el mal que del hecho u omisión resulta” (197).

La expresión *voluntarias* llegó a los comentaristas del Código de 1870 cargada de una compleja significación. Tanto así que estiman oportuno abrir su comentario con una expresiva advertencia en torno a esa complejidad. Viada, por ejemplo, dirá: “La *voluntariedad* de la acción u omisión es un *totum complejo*” (198). Y otro tanto hace Groizard: “La palabra *voluntad* en el artículo que comentamos encierra una *idea compleja* que es preciso descomponer” (199).

La referencia a las “acciones y omisiones” se entendía, entonces, como una alusión al *aspecto externo* de la conducta cuya función primordial era la de garantizar legalmente el principio *cogitationis poenam nemo patitur*. Así puede leerse en los *Elementos* de P. Gómez de la Serna y J. M. Montalbán: “Pero no basta esta explicación de las palabras *acción* y *omisión* para que se conozca toda la fuerza que encierran; implícitamente contienen el principio de que los actos externos son los que caen bajo la jurisdicción de las leyes penales. Los internos no pueden ser objeto de la justicia humana, que sería ineficaz y tiránica si quisiera penetrar y castigar el pensamiento criminal, y establecer para ello una inquisición odiosa, absurda y arbitraria” (200). Este mismo pensamiento se conserva todavía vivo en Silvela. Pese a que Silvela destaca oportunamente el carácter finalista del actuar humano, cuando comenta el término legal *acción* se preocupa de señalar que: “Opónese en el lenguaje vulgar la palabra acción a la de pensamiento, idea o concepto... La realización más o menos completa del pensamiento es la acción, y, por tanto, sólo pueden merecer tal nombre los *actos*

(195) J. F. PACHECO, *Código Penal* I cit., p. 73.

(196) J. VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal Reformado* cit., p. 4.

(197) J. VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal* cit., p. 4.

(198) S. VIADA Y VILASECA, *Código Penal* I cit., p. 5.

(199) A. GROIZARD, *El Código Penal* I cit., p. 33.

(200) P. GÓMEZ DE LA SERNA Y J. M. MONTALBÁN, *Elementos* cit., p. 14.

que hemos llamado antes *externos*, ya preparatorios ya de ejecución" (201).

La interpretación tradicional que atribuye al término *voluntarias* la significación compleja de voluntariedad de la acción y, además, de dolo, origina graves dificultades en cuanto a la integración de los artículos 1 y 565 del Código Penal. Después de identificar en el artículo primero conductas voluntarias con *conductas dolosas*, se recurre, para completar la definición del delito, al artículo quinientos sesenta y cinco. Pero se observa inmediatamente que el artículo 565 no hace una referencia excluyente a la *voluntariedad*, sino a la *malicia*. Con ello, la definición positiva de las conductas dolosas (artículo 1.º) no se corresponde, como debiera, con aquella negativa que se deduce del artículo 565. Si el Código hubiere optado por ofrecer, en artículos separados, sendas definiciones de los delitos dolosos y culposos, no podría por menos de satisfacer la exigencia mínima de una terminología armónica. Máxime si, como en efecto hace, incluye en la definición de la imprudencia una referencia negativa al dolo. Así lo hizo, consecuentemente, el legislador de 1822: Art. 1: "Comete delito el que libre y voluntariamente, y *con malicia...*"; Art. 2: "Comete culpa el que libremente, pero *sin malicia...*".

Se sintió, de este modo, la necesidad de descargar a la expresión *voluntarias* de ese exceso de significación, que creaba graves problemas en cuanto a la integración de los artículos 1.º y 565. Para eliminar la complejidad que se le había atribuido a la voluntariedad de la definición legal, se ofrecían principalmente dos caminos: reducirla a la simple *manifestación de voluntad*, elemento esencial de la acción; o, por el contrario, equipararla únicamente a la voluntad de contrariar a la norma (voluntad opuesta a la norma). El primer camino es el que sigue, por ejemplo, Quintano en sus *Comentarios* (202). El segundo es el que eligió recientemente Córdoba (203).

Antes de decidirse por uno u otro debe tenerse en cuenta, a nuestro modo de ver: primero, si cualquiera que haya sido la intención del legislador histórico, la evolución dogmática del concepto de acción permite hoy una interpretación progresiva de los términos "acciones y omisiones", en el sentido de considerar implicada en ellos la manifestación de voluntad; segundo, si es conveniente o no excluir de la definición legal del delito toda referencia a la característica *culpabilidad*.

Por lo que se refiere al primer aspecto del problema, creemos que la respuesta debe ser afirmativa. El estado actual del concepto jurídico-penal de acción, no sólo hace posible, sino obligado que se le atribuya como elemento esencial la manifestación de voluntad.

En lo que atañe al segundo aspecto, estimamos que no sería, en absoluto, oportuno —una vez que la ley no obliga a llegar necesariamente a esta conclusión— excluir de la definición legal toda base, por

(201) L. SILVELA, *El Derecho Penal*, parte segunda, cit., p. 107.

(202) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios I* cit., p. 5 s.

(203) Cfr. nota 167 de este trabajo.

reducida que sea, en la que pueda asentarse el elemento culpabilidad. Se renunciaría, de antemano, a las grandes y beneficiosas posibilidades que ofrece la exégesis de inversión de la definición legal del delito.

Si, como se ha observado repetidas veces, la culpabilidad ocupa ya de por sí una situación precaria en nuestro Derecho positivo (204) y el espectro del *versari* parece amenazarla por doquier, no puede ser aconsejable prescindir de las posibilidades de interpretación a *sensu contrario* que se derivan del primer párrafo del artículo primero del Código. En ocasión anterior creemos haber puesto de relieve que una interpretación de esa índole, apoyada precisamente sobre el término *voluntarias*, hace posible eliminar los efectos del *versari* que, en otro caso, se derivarían fatalmente de la eximente octava (205). Quintano reconoce expresamente que la exégesis de inversión del artículo primero es el camino que permite llegar a una solución correcta en muchas cuestiones pertenecientes a la problemática del error (206). Y hay que admitir, finalmente, que esa exégesis hace posible soluciones correctas en torno a la exclusión de la culpabilidad en general, que en la práctica serían muy difíciles de conseguir, en caso contrario, por no estar dispuesto el Tribunal Supremo a recurrir a la vía suprallegal (207). El Tribunal Supremo, pese a mantener rígidamente que el catálogo de eximentes es exhaustivo y que no cabe invocar causas supraleales de exención, ni aplicar eximentes por analogía, pudo sin embargo, dictar declaraciones tan encomiables como la que figura en la sentencia de 23 de enero de 1963: "Aunque no concurra la llamada circunstancia eximente del caso fortuito, octava del artículo 8 del Código Penal, inadecuada a la delincuencia culpasa, los efectos pretendidos en el único motivo del recurso se logran íntegramente, por cuanto que *al excluirse la culpabilidad, la absolucíon se impone* sin precisarse estimativa de circunstancias".

Entendida la voluntariedad como voluntad contraria a la norma, la presunción del párrafo segundo del artículo primero no cubriría todo el elemento subjetivo del correspondiente delito. La presunción debería entrar en juego sólo una vez que se hubiese demostrado de modo positivo que el sujeto realizó voluntariamente el hecho. Únicamente entonces, el párrafo segundo del artículo primero permitiría presumir que cuando el sujeto decidió realizar voluntariamente el hecho conocía la norma (de cuidado o prohibitiva del delito, según se trate de conductas culposas o dolosas) y, por tanto, se opuso voluntariamente a la norma. No se presume, de esta suerte, que la acción penada por la ley fue voluntariamente realizada, sin tan sólo, una vez

(204) Cfr. J. A. RODRIGUEZ MUÑOZ, *Nota al Tratado de E. Mezger II* cit., p. 35 ss.

(205) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Hacia una nueva interpretación de la eximente de caso fortuito*, en ADP y CP. (1963), p. 291 ss.

(206) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Hacia una concepción unitaria* cit., p. 437.

(207) Cfr. J. A. SÁINZ CANTERO, *Las causas de inculpabilidad en el Código Penal español*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1963), página 75.

probado esto, que fue realizada voluntariamente *como contraria* a la norma, es decir, *conociendo* el sujeto que se oponía a la norma.

Bajo esta perspectiva, la presunción legal de voluntariedad supondría la admisión expresa de que la ficción —o, según otros, presunción absoluta— del *conocimiento del Derecho* se convierte en el ámbito penal, que se resiste siempre a las ficciones, en una simple presunción relativa. El sujeto sometido a un proceso penal puede invocar, pues la propia ley le invita a que *haga constar lo contrario*, que su acción no fue voluntaria, en el sentido indicado, porque ignoraba la norma.

Los estrechos ligámenes entre la presunción legal de voluntariedad y el principio *ignorantia legis non excusat*, y la posible contradicción que podía derivarse del hecho de atribuirle a este principio una vigencia absoluta y, admitir, en cambio, la presunción legal de modo expreso la prueba en contrario, fueron ya tempranamente advertidos. Por ejemplo, Vicente y Caravantes se cuida de hacer constar que aunque la presunción legal cede siempre ante la prueba en contrario, “esta prueba no se admite respecto de la falta de voluntad que consiste en la ignorancia de derecho, porque como ya se ha dicho en el com. 3, todos tienen obligación de saber las leyes” (208).

Más acorde con las exigencias modernas que proclaman una cada vez mayor individualización de la culpabilidad penal, se muestra en este punto Saldaña. Aprovecha Saldaña la inconsecuencia que parece deducirse de la posibilidad —legalmente reconocida— *de probar la no voluntariedad* y la pretendida vigencia absoluta —reconducida por él al esquema de una *praesumptio iuris et de iure*— del principio “la ignorancia del Derecho no excusa”, para propugnar, en nombre de la lógica jurídica a la unificación del régimen de ambas presunciones. “La existencia presumida de conciencia jurídica —escribe Saldaña— o conocimiento legal, no admite prueba en contrario —*praesumptio*

(208) J. VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal Reformado* cit., p. 9. Que el llamado error de derecho puede operar como causa de exclusión del dolo y, en su caso, de la culpa, lo ha reconocido abiertamente el Tribunal Supremo en la interesante sentencia de 19 de diciembre de 1962. En esta resolución se dice: “La inexistencia del dolo —y la de la culpa, en el supuesto, discutible, de admitirse la realización culposa de esta figura delictiva (artículo 321 del Código de 1944)— brota de la simple lectura de los hechos fijados formalmente por el Tribunal *a quo*, los cuales patentizan que la conducta del encausado fue determinada por un error de derecho, cuyos efectos excluyentes de ambas formas de la culpabilidad no pueden ser enervados por lo dispuesto en el artículo segundo del Código civil, invocado por el recurrente, precepto que, como ha puesto definitivamente en claro la moderna dogmática jurídica, gira en la órbita de la inexcusabilidad del cumplimiento de la Ley, pero se mantiene al margen de la exculpación del agente por un error jurídico.”

Sobre el artículo segundo del Código civil, vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España. Parte General I* (Madrid, 1949), p. 525: el mandato del artículo segundo del Código civil “se limita a declarar que la ignorancia jurídica de una persona no puede ser obstáculo para el cumplimiento de las leyes. No impone la obligación de conocer las leyes, ni implica una condenación de los que ignoran el Derecho”.

iuris et de iure—. La existencia presumida de voluntariedad antilegal, que a su vez supone conocimiento, ésta si admite prueba en contrario —*praesumptio iuris*—. La lógica jurídica —concluye Saldaña— pide unificar la condición de estas dos presunciones. La presunción de conocimiento legal es justa; la de voluntariedad también. Pero si se admite con justicia la prueba en contrario para ésta, admitase para aquélla” (209).

El concepto de voluntad contraria a la norma, que supone el conocimiento de ésta, aparece ya, pues, expresamente formulado por Saldaña, quien, bajo este punto de vista, caracteriza a la presunción del párrafo segundo del artículo primero como *presunción de voluntariedad antilegal*.

Por otra parte, resulta interesante recordar que la presunción legal no abarcaba en el Código de 1822 a todo el elemento subjetivo del delito doloso, sino únicamente aquella parte consistente en la *voluntad maliciosa*, que presupone el conocimiento de la norma. En el artículo primero se establecía: “Comete delito el que *libre y voluntariamente y con malicia* hace u omite lo que la ley prohíbe o manda bajo alguna pena. *En toda infracción libre de la ley se entenderá haber voluntad y malicia*, mientras que el infractor no pruebe o no resulte claramente lo contrario”. Como puede verse, la presunción operaba tan sólo después de haberse demostrado ya la existencia de una *infracción libre de la ley*, para presumir únicamente que esa infracción libre se había cometido con *voluntariedad y malicia*, es decir, conociendo la existencia de la ley.

Al entendimiento de la presunción legal como presunción tan sólo de voluntad contraria a la norma, se han acercado algunas declaraciones recientes del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, a propósito de una conducta dolosa afirmó la sentencia de 12 de noviembre de 1957 que “la malicia o intención dolosa va implícita en los actos u omisiones que la ley califica de delitos, cabiendo únicamente examinar la voluntariedad o libertad con que el agente se determinó al acto o abstención”. De este modo, la libertad y voluntariedad del hecho penado por la ley se dejan al margen de la presunción, y ésta se contrae únicamente a la *malicia*, que implica conciencia de la antijuricidad. Es decir, una vez comprobado que el autor se comportó con libertad y voluntariamente, lo que se presume, en tanto no conste lo contrario, es que lo hizo además con malicia, o sea, con conocimiento de la norma y, en consecuencia, oponiéndose voluntariamente a la misma. En sentido similar se ha expresado la sentencia de 22 de abril de 1957 al decir que “la doctrina de la voluntariedad de las acciones contra ley, que penetra en el campo penal a través de la presunción *iuris tantum* de que *así fueron queridas por el agente*, consagradas en el artículo primero, etc.”. Como puede observarse, en este fallo se interpreta la presunción legal de voluntariedad como presun-

(209). Q. SALDAÑA, *Comentarios cit.*, p. 483 s.

ción de que las *acciones contra ley así fueron queridas por el agente*, es decir, probado que el sujeto realizó voluntariamente la acción penada por la ley, lo que viene a presumirse es que además ha querido su conducta *como tal conducta contraria a la norma*.

B. *Restricción en cuanto a la eficacia procesal*

En el plano procesal creemos que nada obliga a entender que la presunción legal origina para el inculpado una auténtica carga de la prueba, en sentido técnico-formal. Antes al contrario, mantener esto equivaldría a contradecir abiertamente los principios informadores del proceso penal español.

Por consiguiente, las posibles abstenciones probatorias del acusado deben de suplirse de oficio, en su caso, por el titular del órgano jurisdiccional.

La presunción legal no crea más que una carga material, en el sentido ya indicado de que el riesgo de la duda respecto a las materias cubiertas por la presunción se vuelve contra el reo (*in dubio contra reum*). Sin embargo, como la derogación del principio *in dubio pro reo* no es nunca deseable, debe procurarse interpretar la presunción de tal modo que la derogación de ese principio resulte lo más limitada posible. Al respecto debe de tenerse en cuenta que la ley no expresa *de qué modo ha de constar lo contrario*, es decir, no adjetiva el *grado de certeza* con que debe aparecer probado el hecho capaz de desvirtuar la presunción.

Puede y debe considerarse contraria al propio tenor literal de la presunción toda aplicación mecánico-formal de la misma, como es la de dar por probado el dolo tan pronto se ha demostrado la realización material de un hecho objetivamente adecuado a un tipo. No son compatibles, por tanto, declaraciones como la contenida en la sentencia de 27 de junio de 1956 —recordada al comienzo de este trabajo— cuando afirma que “la forma de voluntariedad” que caracteriza, como “elemento espiritual”, a las infracciones definidas como delitos “no requiere demostración alguna por parte de los Tribunales, a quienes es la propia Ley, anticipándose a su criterio, quien se la da formalizada mediante aquella presunción”.

Al decir el Código que la presunción tiene vigencia en tanto *no conste lo contrario*, jamás podrá aplicarse la presunción por el simple hecho de que se haya probado la realización de una conducta adecuada objetivamente a un tipo. La expresa referencia legal *negativa* a la *no constancia de lo contrario*, obliga al Tribunal a analizar minuciosamente todos los datos y antecedentes que figuren en los autos para cerciorarse de que no es posible deducir de ellos la existencia de un hecho que contrarreste la presunción. Del propio texto legal se deriva, de esta suerte, la obligación de demostrar no sólo la presencia de un hecho material objetivamente adecuado a un tipo, sino también la ausencia de un dato capaz de privar de virtualidad a la presunción.

El propio Tribunal Supremo —justo es reconocerlo—, al lado de declaraciones poco felices, ha indicado certeramente en alguna ocasión el camino que hay que seguir para poder demostrar la existencia del dolo. La sentencia de 2 de febrero de 1934 dice: “Para apreciar la voluntariedad de las acciones u omisiones es ineludible examinar la actuación del culpable que exterioriza aquel elemento puramente interno o subjetivo y lo presenta objetivamente estimable, estableciendo así deducciones en lógico proceso, cuando no consta de otro modo, de los antecedentes del hecho, de los medios o formas de realización y muy especialmente de la proporcionalidad racional entre esos medios y el resultado”. En la misma línea ha vuelto a afirmar la sentencia 1 de mayo de 1944: “No basta fijarse únicamente en las apariencias y resultado del hecho sometido al conocimiento de la justicia penal y que puedan materializar un hecho delictivo, sino que es necesario una investigación más honda que penetre en los móviles determinantes de la acción y en las circunstancias, puesto que basada la Ley positiva en los postulados inmutables de la justicia y la recta razón, es la voluntad intencional el alma de los actos definidos como delitos, por lo que no es suficiente la existencia del hecho material si no le acompaña la intención de delinquir”.

Se reconoció, de este modo, por el Tribunal Supremo la necesidad de deducir el dolo no sólo del análisis de la conducta material ejecutada, sino también de la valoración de otros datos y antecedentes. Valoración no sólo posible, sino obligada, toda vez que presupuesto de aplicación de la presunción del párrafo segundo del artículo primero es la no constancia de lo contrario. Y únicamente se puede declarar probado que no consta lo contrario cuando se hayan analizado minuciosamente los antecedentes de toda índole relacionados con el hecho y el autor.

VII. Conclusión.

Como expone Nuvolone toda presunción no deja de ser una “forma probatoria imperfecta”. Las presunciones legales son reducidas, por ello mismo, a límites cada vez más estrechos en el ámbito penal.

En Derecho Penal —como observa el propio Nuvolone— domina, en efecto, la exigencia de la verdad sustancial, y a esta exigencia no puede responder satisfactoriamente la presunción, que es *sustitución de la certeza real por la certeza lógica* (210).

Si a mayor abundamiento, una presunción legal, como creemos que sucede con la presunción del párrafo segundo del artículo primero del Código penal español, no encuentra un seguro apoyo lógico y, por tanto, difícilmente podrá considerarse siquiera como “certeza lógica”, parece necesario postular como deseable su desaparición.

Cuando la conexión entre hecho base y hecho presunto no obedece

(210) P. NUVOLONE, *Presunzioni legali e prova del contrabbando* cit., página 85.

lógicamente a la regla de experiencia, o cuando del *id quod plerumque accidit* —que el hombre actúa normalmente con conciencia y voluntad—, interpretado equivocadamente, ha pretendido derivar el legislador una consecuencia —existencia de una forma concreta de la culpabilidad— que la experiencia no ampara, la presunción resulta nociva a la justicia del caso concreto y debe, sin más, ser eliminada. (211).

Por otra parte, sin ser preciso que el legislador la fomente mediante la consagración de una presunción legal, de siempre se ha observado —como advierte Bettiol— la tendencia de la praxis a crear y operar con esquemas presuntivos, que van a veces incluso contra la voluntad del legislador (212).

Cuando el aligeramiento y la simplificación se refieren a la investigación real de aquel elemento del delito que, más que ningún otro, expresa la base moral y humana del juicio penal, el legislador debiera de extremar su cautela y no admitir en esta materia ninguna presunción legal.

(211) Cfr. G. BETTIOL, *Presunzioni* cit., p. 258.

(212) G. BETTIOL, *Presunzioni* cit., p. 258.

«Praeter intentionem» y principio de culpabilidad

MANUEL COBO

Profesor Adjunto de Derecho Penal de la Universidad de Madrid

SUMARIO: 1. Planteamiento general.—2. Concreción del problema: culpabilidad y resultado más grave.—3. Solución más generalizada: tesis de Silvela. Formulación. Limitación.—4. Principios informadores de las reglas de Silvela.—5. Interdependencia entre la interpretación del artículo 9, 4.^a y la del artículo 50: carácter complementario de las reglas de Silvela.—6. Examen crítico de las reglas de Silvela. Distintos supuestos. Esquema de las soluciones en referencia con el principio de culpabilidad.—7. Conclusiones del anterior examen.—8. Posición de la jurisprudencia en el ámbito de los delitos contra las personas. Crítica. Especial consideración de la sentencia de 17 de diciembre de 1958.—9. “Praeter intentionem” y delitos contra la propiedad. Actitud de la jurisprudencia. La cuestión en el delito de hurto. Declaración de principios de la sentencia de 20 de diciembre de 1950.—10. La sentencia de 27 de diciembre de 1962. Extensión al delito de hurto. Valoración de la citada decisión.

1. Se admite, generalmente, que cuando la intención es superada por el resultado, nace la denominada “preterintencionalidad” o “preterintención”. De esa forma Nicola Vitale plantea la cuestión en sus líneas más amplias: “una conducta dolosa se dirige a un determinado resultado y, sin embargo, se verifica uno *mayor*, o sea, más *grave*, y cuyo ejemplo más común y simple es el siguiente: se quería herir y se ha matado” (1). El problema tiene su origen en la reflexión de que no siempre una conducta que *tiende* a la comisión de un hecho delictivo produce consecuencias iguales a las queridas por el agente (2). En este sentido, se ofrece por Jiménez de Asúa una definición *provisional*, como simple instrumento de trabajo, afirmando que “la preterintención consiste en producir un resultado típicamente antijurídico

(1) NICOLA VITALE: *La preterintenzione*, Milano, 1956, pág. 13. Para Antón Oneca, “cuando de la acción u omisión deriva un resultado más grave que el querido por el sujeto” el delito es preterintencional *Derecho Penal*, P. G., Madrid, 1949, pág. 228). Sin embargo, sólo como noción genérica debe tomarse, pues como ha dicho Spasari, definirlo como delito “oltre l'intenzione”, “no explica absolutamente nada” (MARIO SPASARI: *Osservazioni sulla natura giuridica del cosiddetto delitto preterintenzionale*, en *Archivio Penale*, 1957, pág. 231). Vid. G. BECCARI: *La conseguenza non voluta*, Milano, 1963, pág. 33 y sgs.

(2) LEONARDO GALLI: *La responsabilità penale per le conseguenze non volute di una condotta dolosa*, Milano, 1949, pág. 3.

que traspasa lo intencionalmente emprendido" (3). En su más genérica acepción se presenta, pues, como una incongruencia (4) entre el aspecto objetivo y subjetivo: el primero va más lejos que el segundo, y más adelante se verá cómo se concreta esta consideración. Sin embargo, incluso desde ahora, deberá tenerse en cuenta que existió un entrecruzamiento de cuestiones y un doble planteamiento de las mismas, radicado bien en su dimensión *causal* o en sede a la *culpabilidad*, aunque con el presente estudio solamente desarrollaremos algunas de las soluciones legales que se han propuesto, por la doctrina y jurisprudencia españolas, llevando a cabo una revisión de las mismas.

En la concreta resolución de los diferentes problemas que presentan los supuestos de *praeter intentionem* han entrado en juego, con independencia de las específicas figuras de delitos cualificados por el resultado (5), fórmulas generales del Libro I del Código penal (párrafo tercero del artículo 1, artículo 9 cuarta, artículo 50) (6). Esta "peculiaridad" (7) del Código penal español constituye, sin duda, un auténtico semillero de cuestiones todavía no resueltas unitariamente ni por la doctrina científica ni jurisprudencial, que no llegan a soluciones concordes. De esa especialidad de nuestra legislación, y con fundamento en la situación sistemática de los anteriores preceptos, deducía Rodríguez Muñoz que, "en principio, puede hablarse de preterintencionalidad, en todos los delitos", en razón a que son preceptos con vigencia general, encuadrados en el Libro I del Código (8).

2. Cuando se alude a la preterintencionalidad, se expresa la existencia de dos resultados: uno, al que se dirige la actividad del agente; y otro, más grave, que no se tuvo intención de causar, como expresamente indica el artículo 9 cuarta, del Código penal. El primero,

(3) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, T. VI, Buenos Aires, 1963, pág. 19.

(4) Es el caso típico de no correspondencia entre lo querido y lo actuado, según ZUCALÁ: *Il delitto preterintenzionale*, Palermo, 1952, pág. 3-4. Para Quintano existe una "falta de proporción entre el propósito directamente querido y el resultado producido" (*Curso de Derecho penal*, T. I, Madrid, 1963, página 304).

(5) Vid. ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, págs. 229-230. JIMÉNEZ DE ASÚA. *ob. cit.*, páginas 101-106. DEL ROSAL, *Derecho penal español*, T. I, 3.^a ed. Madrid, 1960, página 444 y sgs.

(6) El artículo 1, párrafo tercero, dice: "el que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar". El artículo 9, cuarta, dice: "son circunstancias atenuantes: la de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo". El artículo 50, dice: "en los casos en que el delito ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá a éste la pena correspondiente al delito de menor gravedad en su grado máximo. Lo dispuesto en el párrafo anterior no tendrá lugar cuando los actos ejecutados por el culpable constituyeren tentativa o frustración de otro hecho si la ley castigare estos actos con mayor pena, en cuyo caso se impondrá la correspondiente a la tentativa o al delito frustrado".

(7) ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, pág. 230.

(8) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas a la trad. esp. del Tratado de Derecho penal*, de E. Mezger, T. II, 3.^a ed. Madrid, 1957, pág. 37.

constitutivo del *delito-base*, será necesariamente doloso, y no habrá preterintencionalidad cuando aquél sea culposo, puesto que mal pueden denominarse "más allá de la intención" los casos en que ésta no existe (9).

El problema, sin embargo, es por demás complicado cuando se trata de referir la culpabilidad al resultado más grave. Es precisamente ahí donde radica la dificultad y donde las opiniones de los autores son diametralmente opuestas ante un mismo derecho positivo. ¿Qué actitud ha seguido la legislación penal española? ¿Con qué preceptos se cuenta para resolver los distintos supuestos de *praeter intentionem*? ¿En qué medida se respeta el principio de culpabilidad?

3. La circunstancia cuarta del artículo 9, en relación con el párrafo tercero del artículo 1, artículo 565, artículo 50, artículo 8, número 8, y artículo 64, todos del Código penal, han sido interpretados por la doctrina como censurables expresiones de que en nuestro derecho se reconoce la vigencia del principio *versanti in re illicita etiam casus imputatur* (quien realiza un acto ilícito responde de todas sus consecuencias, sin que sea menester sea tenida en cuenta la culpabilidad referida a éstas) (10). Otro sector de opinión, guiado de la mejor buena fe, ha negado que el *versari* informe los anteriores artículos, o si se quiere, que con fundamento en ellos, no pueda deducirse como principio general (11).

En referencia con el artículo 9 cuarta y el artículo 50, se ha partido de la afirmación de Silvela (12). Refiriéndose al artículo 65 (hoy

(9) "No puede ser *praeter intentionem* lo que no parte de la intención" (JIMÉNEZ DE ASÚA, *ob. cit.*, pág. 157). En la doctrina alemana, y en los llamados delitos cualificados por el resultado, si bien "en la inmensa mayoría de casos las cualificaciones partían de una acción básica dolosamente cometida, punible ya como tal acción dolosa, existían también tipos con acciones básicas culposas" (MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, trad. esp. Córdoba, T. II, Barcelona, 1962, pág. 87).

(10) "El principio del *versari in re illicita* informa de tal manera nuestro derecho positivo, que sólo teniéndole en cuenta es posible llegar a comprender la especial índole de la culpabilidad en nuestro Código" (RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas cit.*, pág. 35-36). A. HUERTA FERRER, *La relación de causalidad en la teoría del delito*, Madrid 1948, pág. 321 y sgs. ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, pág. 230-231. DEL ROSAL, *Derecho penal cit.*, pág. 438. Del mismo, *Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Madrid, 1961, págs. 17, 222 y 361 y sgs. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, T. I, Murcia, 1946, pág. 30. CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, T. II, 12 ed. Barcelona, 1956, pág. 424.

(11) P. JULIÁN PEREDA, *El versari in re illicita en la doctrina y en el Código penal* (Solución Suareciana), impreso en San Sebastián (ed. Reus), 1948, página 189. Del mismo, *Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva*, en ADPCP, 1956, pág. 219 y sgs. J. CEREZO, *El versari in re illicita en el Código penal español*, en ADPCP, 1962, pág. 57 y sgs. CÓRDOBA, *Notas*, a la trad. cit., página 86-87. JIMÉNEZ DE ASÚA, *ob. cit.*, pág. 284-391 G. R. MOURULLO, *Hacia una nueva interpretación de la eximente de caso fortuito*, en ADPCP, 1963, página 287 y sgs.

(12) "Ha prevalecido en la doctrina la interpretación propuesta por Silvela" (CEREZO, *art. cit.*, pág. 48). "La solución no es satisfactoria, pero es la única" (ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, pág. 231).

50) y al artículo 9, tercera (actualmente cuarta), Silvela planteaba la cuestión de saber “cuándo se considerará que hay delito distinto del que el autor se había propuesto ejecutar, y cuándo puede decirse que no ha tenido intención de causar un mal de tanta gravedad como el producido. Y, decididamente—continuaba Silvela—, parece que la primera de las disposiciones se aplicará cuando los dos hechos—el intentado y el ejecutado—sean dos delitos diversos, y la segunda en el caso de que no haya más que uno, que sea el realizado, pero respecto del que sea el daño producido mayor que el que se propuso llevar a cabo, como sucede a menudo en las lesiones y puede acontecer en el robo” (13). De acuerdo con la tesis de Silvela, queda obviado el desmedido rigor del *versari*—aunque no por ello se salve totalmente el principio de culpabilidad en el artículo 50 (14)—, resultando, en consecuencia, que:

a) En el caso de que el delito que se proponía realizar el agente fuera de lesiones *leves*, y se produjeran lesiones *graves*, se aplicaría la atenuante cuarta del artículo 9, en relación con el tipo específico (por ejemplo, artículo 420 del Código penal) del Libro II del Código.

b) Por el contrario, cuando queriendo verificar un delito de *lesiones* se produce la *muerte* del sujeto pasivo, debiera emplearse el artículo 50, con lo que se aplicaría la “pena correspondiente al delito de menor gravedad (lesiones) en su grado máximo”.

Ambas reglas generales serán tenidas muy en cuenta en el desarrollo de los próximos apartados, referidas a la distinta función que puede desempeñar la preterintencionalidad. No obstante, debe ponerse de manifiesto que la virtualidad de la circunstancia cuarta del artículo 9, en atención a esa restrictiva interpretación, se reduce, conforme se ha apuntado, a “aquellos delitos cuyos resultados sean susceptibles de graduación” (15), o más precisamente, opera en determinados delitos con resultado graduable, y, en el caso concreto, se ha de referir inexcusablemente al *mismo* delito. La afirmación de que, en principio, dada su situación sistemática, podía ser aplicada a todos los delitos, queda de esa suerte restringida.

(13) LUIS SILVELA, *El Derecho penal estudiado en Principios y en la Legislación vigente en España*, 2.^a ed. Parte Segunda, Madrid, 1903, pág. 116. Generalmente se olvidan las agudas críticas de Dorado Montero al entonces artículo 65 en relación con el párrafo tercero del art. 1 y art. 9 tercera, y las incongruencias que, radicadas en el juego de la voluntariedad y de la intención referidas a las reglas que preceptuaban, le hicieron concluir afirmando que se trataba de “un verdadero inextricable embrollo”. (DORADO MONTERO, *La psicología criminal en nuestro derecho legislado*, 2.^a ed. Madrid, 1910, pág. 73).

(14) Para Cerezo el párrafo tercero del artículo 1 y el artículo 50, deben aplicarse “solamente cuando se trate de un supuesto de *error in persona* o un caso de *aberratio ictus*, en que éste dé lugar a que la víctima sea una persona distinta” (art. cit., pág. 58).

(15) Así, CEREZO, art. cit., pág. 48. JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., págs. 98-99. FERRER-SAMA, ob. cit., págs. 32-33, entre otros. De interés las observaciones acerca de la extensión de la preterintencionalidad a otros delitos, además de la figura legal del homicidio en la legislación italiana, en VITALE, ob. cit., pág. 103 y ss. Una tesis extensiva se mantiene por ZUCCALÁ, ob. cit., pág. 52.

4. Las dos reglas ofrecidas por Silvela implican supuestos de preterintencionalidad—en sentido amplio, y más adelante estudiaremos su distinta función—, desde el momento que en ambas se observa que lo realizado no concuerda con los límites de la intención del sujeto activo, o sea, ésta tiende a la verificación de un resultado diferente del efectivamente producido.

En la primera (*a*), se inscribe la conducta, con criterio objetivo, en el tipo más grave; pero la circunstancia cuarta del artículo 9 atempera ese objetivismo, con fundamento en la culpabilidad, en la determinación de la pena de acuerdo con la regla primera del artículo 61 del Código penal, o de aceptarse como "muy calificada", en atención a la regla quinta del mismo artículo.

En la segunda (*b*), con fundamento en el artículo 50, se inscribe en el tipo correspondiente al delito (menos grave), ordenándose que la pena será la que a éste corresponda en su grado máximo.

De esa forma, comentando el artículo 65 del Código de 1870, se afirma por Cerezo que, en realidad, "implican un abandono del principio del *versari* y su sustitución por un criterio ecléctico, en que se pondera el resultado y la intención para la medición de la pena" (16).

El mismo criterio preside la solución deparada por la circunstancia cuarta del artículo 9, desde el momento que en consonancia con el *resultado* más grave se traza el límite de la pena (mayor), y, posteriormente, de acuerdo con la *falta* de intención de ocasionarlo, se reduce a su grado mínimo o (regla 5.^a del artículo 61) se impone la inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada, concretándola en el que los tribunales estimen pertinente.

Con independencia del variado casuismo que el juego de dichas reglas presenta, interesa ahora precisar genéricamente la función desempeñada por esa inexistencia de concordancia entre el plano objetivo y subjetivo:

En la hipótesis (*a*), el *resultado* fija el tipo (máximo) de pena, que no se aplicará, merced a la reducción de la circunstancia cuarta del artículo 9. En la hipótesis (*b*), la consideración de que el resultado *no* se corresponde con la intención, fija el tipo de pena, que se determinará en su grado máximo, precisamente por haberse verificado un delito distinto. Aun cuando pudiera parecer que, en definitiva, desempeña idéntico papel, sin embargo, el criterio primario, por decir así, en referencia con la pena, es en el primer caso el resultado, y en el segundo la intención referida al delito que se pretendía cometer. En (*a*) la ausencia de intención conectada al resultado más grave, produce una atenuación; en (*b*), el resultado conseguido, una agravación. Pero en ambos casos, al menos inicialmente, entran consideraciones ajenas al principio de culpabilidad, que será necesario tener presentes, con la finalidad de que la pena se acomode, lo más posible, a este último.

(16) CEREZO, *art. cit.*, pág. 56. Una crítica al citado precepto en DORADO MONTERO, *ob. cit.*, págs. 70 y ss.

5. Una interpretación extremadamente amplia del párrafo tercero del artículo 1 y del artículo 50 anuncian la inminencia del *versari*, y de la “afirmación de la existencia de una figura genérica de delito preterintencional en nuestro derecho” (17), y el mismo riesgo, puesto de manifiesto por Rodríguez Muñoz, se corre de no entender “restringidamente” el artículo 9 cuarta, como sugirió Silvela (18). Por esas razones se han pretendido interpretar restrictivamente los primeros preceptos, concretándolos a determinado error, como ya se ha dicho, al objeto de salvar los anteriores obstáculos (19). Desplazado de esa forma el problema, la cuestión de la preterintencionalidad se plantearía, en su más genuina acepción, en la circunstancia cuarta del artículo 9, y en las hipótesis que Silvela apuntaba, es decir, interpretándola de forma restrictiva, para aquellos casos en que, sin salirse del mismo delito, tengan un resultado gaduable (20).

Ahora bien: limitado el ámbito de aplicación del artículo 50 y del párrafo tercero del artículo 1 a específicos supuestos de error, y solamente a ellos, no podría mantenerse plenamente la regla (b) de Silvela, puesto que en aquellos casos, por ejemplo, en que sólo se quisiera lesionar a una persona y, sin embargo, se le causara la muerte, no se está a presencia de error *in persona*, ni *aberratio ictus*, determinante de que el sujeto pasivo sea distinto, y ello comporte diferente delito. Por tanto: el artículo 50 sería inaplicable cuando queriendo solamente lesionar se mata, y no podría utilizarse el expediente de la pena del delito de menor gravedad (lesiones) en su grado máximo. Pero si seguimos el razonamiento, tampoco la regla (a) de Silvela mantiene entonces su consistencia, en la medida que ya no existe una base firme para deducir que necesariamente la circunstancia cuarta del artículo 9 tenga eficacia *exclusivamente* para los supuestos en que el daño causado fuera mayor que el que se pretendía ejecutar, dentro del mismo delito, puesto que ella se extrae, en última instancia, de la interpretación que el autor ofrecía del artículo 50, como regulador del caso general en que los delitos fuesen *distintos*. Si se niega la interpretación de Silvela y se restringe hasta tales extremos el entendimiento del artículo 50, no se derivará la concepción restrictiva de la circuns-

(17) HUERTA FERRER, *ob. cit.*, págs. 331-332. Vid. la opinión de los comentaristas del párrafo tercero del artículo 1 y su evolución en PEREDA, *El versari cit.*, pág. 167 y ss. y CEREZO, *art. cit.*, págs. 53-57.

(18) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas cit.*, pág. 38.

(19) Vid. HUERTA FERRER, *ob. cit.*, pág. 333, y también la opinión recogida en la nota (14) de este trabajo. JIMÉNEZ DE ASÚA, entiende que el párrafo tercero del artículo 1, en referencia con el artículo 50, contempla casos de error, en tanto que la atenuante cuarta del artículo 9 “finca de modo directo, en la culpabilidad mixta de dolo y culpa” (*ob. cit.*, pág. 100). Vid. para el planteamiento del problema RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas cit.*, pág. 40 y ss., y la interpretación del párrafo tercero del artículo 1 en páginas 118-125. La opinión se recoge también por DEL ROSAL, *Derecho penal cit.*, págs. 45-47. Sobre el *versari*, en inmediata referencia con la preterintencionalidad, GALLI, *ob. cit.*, págs. 43 y ss.

(20) “Tal solución, doctrinal y prácticamente insuperable” (RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas cit.*, pág. 42). Para FERRER-SAMA es “plenamente aceptable” la tesis de SILVELA (*ob. cit.*, pág. 32).

tancia cuarta del artículo 9, pues de la misma forma podrá decirse que también es aplicable a aquellos casos en que no se trate del mismo delito (lesiones-homicidio), que ya no se encontrarán dentro, inexcusablemente, del artículo 50 (21). La anterior objeción es advertida por Huerta Ferrer, cuando afirma que "tan sólo podía hacerse uso de la disposición aquí señalada por Silvela, la del actual artículo 50, en los limitados casos en que se tratase de persona distinta" (22), pero a continuación no ofrece una solución satisfactoria, limitándose a llevar a cabo una crítica de la posición del Tribunal Supremo acerca del denominado "homicidio preterintencional".

Las reglas de Silvela son entre sí complementarias: rectificadas una no puede mantenerse la otra, siempre que una de ellas sea aceptada. Guardan, pues, una íntima relación y coherencia, en la medida que constituyen un criterio diferenciador que afecta tanto al artículo 50 como a la atenuante cuarta del artículo 9. La corrección de dicho criterio, sobre todo si se refiere al artículo 50, obliga a encontrar otro que ofrezca solución viable en nuestro derecho positivo, en su caso, y de no encontrar alguno mejor, procurar se acomode hasta el máximo el primero al principio de culpabilidad (23).

6. Un desarrollo histórico dogmático de la preterintencionalidad, del delito preterintencional —por lo que a la técnica italiana se refiere—, o de los delitos cualificados por el resultado, de la doctrina alemana, revela un deseo inquietante, por parte de los autores, en explicar si y hasta qué medida el principio de culpabilidad se ve o no respetado o, en el peor de los casos, es tenido como punto de referencia para afirmar o negar su virtualidad en estos supuestos. En definitiva, no sería más que expresión de esa tendencia, cada día más acusada, a una profunda penetración en el elemento subjetivo, que caracteriza el Derecho penal moderno, como una y otra vez se ha puesto de manifiesto (24). El dogma de que no hay pena sin culpabilidad, constituye piedra angular de todo Derecho penal evolucionista.

(21) La correlación la expresa ANTON ONECA de la siguiente forma: "la solución de SILVELA es el único medio de encontrar una función a la atenuante cuarta sin menoscabo de la correspondiente al artículo 50, y logra salvar lo que de otro modo sería contradicción entre ambos preceptos" (*ob. cit.*, pág. 336, nota 1).

(22) HUERTA FERRER, *ob. cit.*, pág. 335.

(23) Para DEL ROSAL, las soluciones "son insatisfactorias, contempladas desde el ángulo de lo culpable" (*Derecho penal cit.*, pág. 438).

(24) SCIPIONE PIACENZA, *Errore ed ignoranza di diritto in materia penale*, Torino, 1960, pág. 1, expresamente sobre dicho extremo. El dogma no hay pena sin culpabilidad cristaliza de forma explícita en los modernos proyectos de Código penal. Vid., J. BAUMANN, *Entwurf eines Strafgesetzbuchs (Allgemeiner Teil)*, Tübingen, 1963, pág. 9. Es obvio que el tema del delito preterintencional se vincule a la culpabilidad (SPASARI, *art. cit.*, pág. 229). Vid. en la literatura española, M. SERRANO RODRÍGUEZ, *Culpabilidad y Pena*, Santiago de Compostela, 1945, págs. 11 y ss.

do (25). Su negación o, si se quiere, su presunción, haciendo generar responsabilidad criminal por la simple comisión material del hecho (presumiendo nada menos que el dolo), remonta a épocas ya superadas, o por mejor decir: “hablar en este sentido de presunción de dolo parece equivocado, en cuanto la conciencia jurídica de aquellos tiempos no se había planteado críticamente ni siquiera el problema de la relevancia del elemento subjetivo. El surgir de esta problemática implica una conciencia jurídica más evolucionada, como era la de los juristas romanos” (26).

En nuestro derecho positivo existen motivos, más que suficientes, para sentirse pesimista, en el sentido de la presente consideración (27). La verdad es que el principio de culpabilidad queda malparado, y de esa forma se acierta con la afirmación de que “la culpabilidad como elemento esencial del delito ocupa una situación muy comprometida en la dogmática española” (28).

No se pretende llevar a cabo en este lugar una historia de las ideas y doctrinas penales sobre el tema, que, por lo demás, ha sido tratado con detalle y detenimiento, siendo muy abundante la literatura al respecto (29). Pero una ojeada de conjunto revela esa constante a la que antes se aludía: la preocupación por conservar, hasta donde sea posible, el principio de culpabilidad. Sin embargo, que participemos de esa misma preocupación no significará *forzar* nuestro derecho positivo, y reconducirlo al principio de culpabilidad, sino que aceptaremos como un hecho su actitud, que quizá muestre, aunque sea lamentable, su negación y abandono.

Ahora bien: ¿Qué sucede en el derecho español cuando el resultado producido no coincide con el deseado, en referencia con el principio de culpabilidad? ¿Qué función desempeña éste si se emplean las reglas de Silvela? ¿En qué situación queda? Como es natural, las preguntas se centran en la tesis que, como se ha reseñado, es aceptada por la doctrina dominante, dada la finalidad del presente apartado.

La cuestión debe examinarse de forma analítica:

(25) Vid. J. DEL ROSAL, *Esquema de un Anteproyecto del Código penal español* (Discurso), Madrid, 1964, pág. 64.

(26) FRANCO BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960, pág. 9.

(27) Vid. nota 10 de este trabajo.

(28) G. R. MOURULLO, *art. cit.*, pág. 288.

(29) Gran extensión le dedica JIMÉNEZ DE ASÚA, *ob. cit.*, págs. 21 y ss. Una exposición resumida, pero bastante completa de la literatura italiana en GALLI, *ob. cit.*, págs. 43 y ss. ZUCALÁ, *ob. cit.*, págs. 28-48. VITALE, *ob. cit.*, págs. 45-103, extensamente. SPASARI, pág. 232 y ss., con críticas agudas. Una visión de conjunto de la reciente actitud de la doctrina alemana en ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip* (Eine strafrechtlichrechtsphilosophische Untersuchung). Heidelberg, 1961, págs. 240-247. E. GIMBERNAT, *Die innere und die äussere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik* (tesis doct. en ciclost.), 1962, págs. 150-163, para una contemplación general del problema en referencia con la relación de causalidad. (Un resumen del mismo, *La causalidad en Derecho penal*, en ADPCP, 1963, págs. 573-579.) Vid. también BECCARI, *ob. cit.*, pág. 1 y ss. y la bibliografía por ellos citada.

Regla (q):

Sometida la primera tesis de Silvela a la consideración del principio de culpabilidad, se tiene:

a) Que inicialmente se opera con un tipo en el que *no* se puede dar el dolo, por la propia naturaleza de lo acontecido (se tenía intención de causar lesiones *leves*, y se producen, *sin* intención, *graves*). Es decir: la conducta, referida al resultado más grave, no es dolosa. Es más: justamente por ello, se intenta el correctivo de la atenuante cuarta del artículo 9 (*no* haber tenido intención de causar un mal de tanta gravedad).

b) Sin embargo, a pesar de lo expuesto en a), se *parte* de la pena establecida por el tipo más grave. Lo anterior significa: o que, en principio, basta con la simple causación del resultado más grave, y puesto que se está versando en cosa penalmente ilícita, se le aplicará la pena como si hubiese sido cometida con dolo; o que se admite, *cuando menos* (30), que podrá existir la posibilidad de culpa (previsibilidad), siempre, por supuesto, moviéndose en un estricto Derecho penal de culpabilidad. La primera solución, afortunadamente, no se produce: o bien se aplica la pena del delito mayor en su grado mínimo (regla primera del artículo 61), o bien se hace uso de la regla quinta del artículo 61, si se estima la cuarta del artículo 9 como "muy calificada". Una conclusión cabe extraer, conforme ha puesto de manifiesto la doctrina: el *versari* no despliega su *total* eficacia en este caso. Pero, sin duda, pudiera pensarse: admitido que se opera con la pena correspondiente al resultado más grave, siendo así que se afirma su producción *no* dolosa, únicamente quedaría a salvo el principio de culpabilidad, en la medida que aquél se haya realizado *culposamente*. Si esto último no pudiera fundamentarse, ¿en base a qué consideración, dentro de la culpabilidad, se tiene en cuenta la pena del resultado más grave? Tendría que contestarse que ningún apoyo encuentra en la culpabilidad, y sería por fuera de ésta donde habría de hallarse el fundamento de la solución comentada. Ahora bien: si en referencia con el resultado mayor se exigiera, al menos, su previsibilidad, podía considerarse incluido dentro de la culpabilidad, en parecida forma a como sucede en el Código penal alemán a partir de la modificación

(30) Como se exige por la ley tercera (4 de agosto de 1953) que modificó el Código penal alemán, dejando redactado el parágrafo 56 en el sentido de que cuando la ley vincula a una especial consecuencia del hecho pena más grave, ésta última sólo le será impuesta al autor, únicamente, si ha producido la consecuencia *al menos culposamente*. La mayoría de los autores entendieron que con la anterior modificación se salvaguardaba el principio de culpabilidad y quedaba resuelto el problema de los delitos cualificados por el resultado. A juicio de KAUFMANN ese "optimismo es injustificado" (*Das Schuldprinzip cit.*, pág. 241). Bibliografía al respecto en GIMBERNAT, *Die innere, cit.*, págs. 157 y ss. Para MAURACH la expresión "*wenigsten fahrlässig*", empleada por el parágrafo 56, no sólo es medida mínima, sino también *máxima*, ya que no estarán dentro del texto legal las hipótesis en que al resultado más grave se le conectara el dolo eventual (*Tratado cit.*, T. II, pág. 88).

introducida en 1953 (31). La anterior afirmación tampoco aceptaría una "culpa presunta", traducida en que cuando se pretende ocasionar, por ejemplo, lesiones leves, siempre debe entenderse que se prevé la producción de lesiones graves, como se ha dicho por un sector de la doctrina italiana, pues no estaría en concordancia con el principio de culpabilidad, correctamente concebido, ya que habrá que deducir, frente al caso concreto, si efectivamente aquélla existió o no (32).

c) En el ámbito, pues, de la culpabilidad, la preterintencionalidad estaría constituida en esa línea, y referida al resultado más grave, por la culpa, como denonadamente ha indicado Jiménez de Asúa (33).

(31) Sin embargo, KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, cit., págs. 241 y ss., no acepta la "combinación" de un delito doloso y otro culposo, que no supone solución, pues aunque externamente aparezcan enlazados, no existe entre ellos una interna relación (pág. 241). A su juicio el recto camino sólo puede encontrarse en la teoría de la adecuación, para explicar los delitos cualificados por el resultado (págs. 245-246). Incluso afirma que la solución ofrecida por la adecuación no debe postergarse por la del parágrafo 56, por creer que éste satisface más el principio de culpabilidad, pues ello es un grave error: el parágrafo 56 no ha suprimido completamente el castigo por el *versari* en los delitos cualificados por el resultado (pág. 246). A pesar de lo anterior y de la alusión que verifica a los "fanáticos del principio de culpabilidad" (pág. 246), deja insatisfacción su tesis, aunque no sea el momento para desarrollar una crítica total a la misma. Para MAURACH, por el contrario, el parágrafo 56 ha conseguida la "plena realización" del principio de culpabilidad (*Tratado* cit., tomo II, pág. 86).

(32) Acertadamente SPASARI, cuando recogiendo la opinión de ANTOLISEI sobre este extremo, afirma que su admisión quebranta radicalmente el principio de culpabilidad, puesto que "presumir la previsibilidad del resultado con base a criterios absolutos y objetivos significa vaciar de todo efectivo contenido la categoría de la culpa y atribuir un hecho a su autor con el patrón del simple nexo de causalidad" (*art. cit.*, pág. 236). Una crítica a la tesis de FINZI de que la preterintencionalidad se constituye por el dolo más la culpa más la *previsión presunta* en VITALE, *ob. cit.*, págs. 81-84. Para ZUCCALÁ, la culpa presunta es, en definitiva, una categoría contradictoria, que va en contra del derecho positivo italiano (*ob. cit.*, pág. 38). Vid. también GALLI, *ob. cit.*, págs. 63 y ss.

(33) JIMÉNEZ DE ASÚA, *ob. cit.*, pág. 149: "no nos cabe duda alguna de que la *praeter intentionem* es un caso mixto de dolo y culpa". SPASARI admite el desdoblamiento, por tratarse de un título subjetivo complejo, aunque disiente sea un mixto de dolo y culpa (*art. cit.*, pág. 234), si bien ello puede ser útil para ulteriores desarrollos en la investigación. Una crítica en VITALE, *ob. cit.*, pág. 69, pues a su juicio no recoge ni justifica todas las hipótesis preterintencionales. De interés la extensa bibliografía citada en las páginas 45-47 de la anterior obra. También en actitud crítica ZUCCALÁ, *ob. cit.*, págs. 33 y ss. Para GALLI se satisfacen las exigencias con la afirmación del nexo causal entre la conducta dolosa y las consecuencias no queridas, aunque ello no significa que la responsabilidad se fundamente en la simple relación objetiva, si bien se ve obligado a emplear el *versari* (*ob. cit.*, pág. 79). DELITALA defiende la tesis del mixto entre dolo y culpa. Pero cuando se cita la opinión de DELITALA se suele olvidar el párrafo que a continuación aclara su posición: "y en verdad, que para constituir la culpa basta una conducta genéricamente contraria a la policía o a la disciplina... no se ve por qué no deba ser suficiente una conducta causal específicamente contraria a una norma de Derecho penal" (*Il fatto nella teoria generale del reato*. Padova, 1930, pág. 98). Como se observa, en definitiva, poco se distingue de aquéllos (opinión dominante en Italia) que aceptan el dolo para el resultado menos grave y la responsabilidad objetiva para el mayor. A esta conclusión se llega, generalmente, por la siguiente razón: porque el Có-

No afirmándose ésta, solamente se estará ante el delito básico doloso, puesto que el segundo (resultado más grave) no es comprendido por la culpabilidad y, por tanto, no debería ser tenido en cuenta. Conclusión a la que, definitivamente, no se llega sin más con la regla de Silvela aun cuando a ella se aproxime, pues en realidad desplaza el problema a la fundamentación, en nuestro derecho positivo, de esa inexcusable exigencia referida a la previsibilidad, incluso dando por admitida la interpretación restrictiva de la circunstancia cuarta del artículo 9. No obstante, la regla de Silvela significa una notable aportación, si se compara con cuanto expondremos en el próximo título, puesto que el problema queda ciertamente reducido tanto en su extensión como en la posibilidad de admitir y exigir la culpa, ya que se mueve dentro del área de un *mismo* delito.

d) Quizá un paso hacia adelante sea el esquema con el que ha operado un sector de nuestra doctrina: en los casos en que el resultado más grave no sea previsible ciertamente, o bien se niega la existencia de *nexo causal*, o bien se niega la *voluntariedad*, de acuerdo con el artículo primero, párrafo primero, y, en consecuencia, "no podría hacerse responsable al sujeto del resultado causado sin culpa" (34), evitando así las consecuencias del *versari*. En esa misma línea, la posición del profesor Jiménez de Asúa es por demás encomiable.

Regla (b):

Mayor complejidad encierra someter la solución de Silvela, en su segunda vertiente, al contraste del principio de culpabilidad. La doctrina se ha encargado de poner de manifiesto los inconvenientes que pueden presentarse (35), y es obligado realizar una breve revisión, tanto del párrafo primero del artículo 50 como del segundo del mismo precepto:

digio italiano expresamente no exige la culpa para el evento más grave (así MARIO SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*. Milano, 1959, pág. 216). También se critica por KAUFMANN, que estima el mixto de dolo y culpa como un "cuerpo extraño" en el derecho positivo y en el nuevo proyecto de Código penal alemán (*Das Schuldprinzip* cit., pág. 243). En la literatura española, QUINTANO RIPOLLÉS ha propuesto sean reconducidos al homicidio por imprudencia los supuestos de *praeter-intentionem*, lesiones o muerte, y en el mismo sentido algunas sentencias. (De una de ellas nos ocuparemos más adelante.) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, Barcelona, 1958, págs. 305 y ss. *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, t. I. Madrid, 1962, páginas 89 y ss. *Curso de Derecho penal*, t. II, Madrid, 1963, págs. 18 y ss., especialmente.

(34) G. R. MOURULLO, *art. cit.*, pág. 295. P. PEREDA afirma: "ha de entenderse la voluntariedad, por lo menos indirecta, impuesta, como regla general, por el párrafo primero del mismo artículo, y aun por el concepto mismo de la causalidad que lleva consigo responsabilidad criminal" (*El versari* cit., pág. 189). Dentro de esta línea, CÓRDOBA, *Notas cit.*, pág. 86, dice: "nada impide que circunstancias distintas a las del artículo 8 eximan de la responsabilidad criminal, por provocar la exclusión de alguna de las características del artículo 1, párrafo primero del Código penal".

(35) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas cit.*, págs. 118 y ss. CEREZO, *art. cit.*, páginas 55-56.

a) La hipótesis más generalizada sería la de quien habiéndose propuesto ejecutar lesiones, produce muerte, conforme se señaló en su lugar. En este caso se impondrá la pena del delito menos grave (lesiones) en su grado máximo, con lo que el resultado no querido funciona como agravatorio de la pena en particular. El módulo que rige, sin embargo, es principalmente el de la culpabilidad, ya que ésta se refiere a las lesiones, y es la pena de las lesiones la que se impone dentro de los límites legalmente señalados, aunque la *agravación* se produzca por la simple realización del *resultado* muerte, pues éste no necesita ser comprendido por la culpabilidad del agente.

Si se hablara de culpa referida al resultado muerte, se daría el caso de que igualmente se infringiría el principio de culpabilidad, ya que aquél puede suponer más pena que la derivada del artículo 50: las lesiones dolosas que se pretendían ejecutar pudieran tener menos pena que el primero, y dado que debe aplicarse la correspondiente al delito menos grave, sería inconsecuente hacer uso del artículo 50, que comportaría una no adecuación a la culpabilidad (homicidio culposo), que debiera aparejar la pena de este último, pero no otra menor. El supuesto inverso tampoco comporta solución satisfactoria, dentro de la presente consideración. El principio de culpabilidad tanto puede verse quebrantado por exceso como por defecto: tan injusta es la pena que le sobrepasa como la que supone un *minus*. Ni una ni otra se acomodan justamente al citado dogma. En consecuencia, se tiene que, precisamente de acuerdo con el artículo 50, no puede referirse la culpabilidad a la muerte producida, que funciona tan sólo como mera agravación *objetiva* de la pena correspondiente al delito de lesiones doloso. La doctrina no ha dejado de mostrar su simpatía por esta solución (36), como mal menor, a la vista de la actitud de nuestra práctica jurisprudencial, que, como veremos más adelante, deja mucho que desear en este sentido.

b) Pero la interpretación de Silvela es también susceptible de otras consideraciones, desveladas por la posterior doctrina científica (37), y que se encuentran también en la línea *praeter intentionem*. Se piensa, pues, que quien se propuso ejecutar un delito de daños, y ocasiona la muerte de una persona, sería castigado, en atención a la regla de Silvela, como autor doloso de un delito de daños consumado a la pena señalada para éste en su grado máximo... siendo así que aquéllos no se habían realizado efectivamente. Quizá una forma de salvar el anterior absurdo resolviendo el presente supuesto más justamente... con lo realmente sucedido, se sugiera a continuación:

En el caso de A, decidido a causar unos daños, dispara y mata a B. *sin* que se hable de culpa, se castigaba, como veíamos, al sujeto activo como autor doloso de un delito de daños consumado; pero no

(36) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español* (P. Esp.), t. I, Valladolid, 1963, págs. 34-35, también acepta las tesis de SILVELA.

(37) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas cit.*, págs. 41 y ss. CEREZO, *art. cit.*, página 56.

debe olvidarse que puede tener cierto valor interpretativo el párrafo segundo del artículo 50: "lo dispuesto en el párrafo anterior no tendrá lugar cuando los actos ejecutados por el culpable constituyeran tentativa a frustración de otro hecho, si la ley castigare estos actos con mayor pena, en cuyo caso se impondrá la correspondiente a la tentativa o al delito frustrado". Es decir: admitida por el legislador la posibilidad de que lo *ejecutado* pueda calificarse de frustración (o tentativa), necesariamente dolosa, por supuesto, no cabe decir que no haya de conectarse con el delito que se había propuesto ejecutar (también si se verificara, doloso), y únicamente en aquellos casos en que la primera tenga *mayor pena* que la correspondiente al resultado producido, existirá una excepción a lo ordenado por el párrafo primero del artículo 50, del que se deducirá la obligación de señalar la de este último (la del realmente ocasionado). Ahora bien: si lo ejecutado ha tenido relevancia para constituir frustración (o tentativa) en aquellos casos en que tenga pena más grave que lo efectivamente producido, pudiera admitirse el proceso inverso, dentro del párrafo primero del artículo 50, o sea, que lo ya verificado pueda ser susceptible de calificarse como frustración o tentativa cuando tenga *menor pena*, aunque haya producido un resultado más grave. De esa forma, cuando la tentativa o frustración (daños) tenga menor pena (que homicidio), de acuerdo con el párrafo primero del artículo 50, se aplicaría la primera, pero no la referente al delito de daños consumado, que no se realizó (38): frustración (o tentativa) de daños, calificación que se ajusta al principio de culpabilidad, con el límite máximo de la pena correspondiente

Existen, sin embargo, algunos obstáculos en su admisión y dificultades para que sea compartida, pero ofrece la posibilidad de una mejor calificación del caso examinado. Especialmente si se contempla desde otra perspectiva, precisamente la que pudiéramos denominar inversa a la preterintencionalidad: con dolo de producir muerte, se verifican daños. En este caso se llegaría a una abierta incompatibilidad con el principio de culpabilidad, como pone de manifiesto Cerezo (39): "se le aplica la pena del delito doloso de daños en grado de consumación, siendo así que falta el dolo de daños". Por el contrario, dentro del esquema fáctico comentado, la presente hipótesis no estaría en desacuerdo con el artículo 50 y con la regla de Silvela, si se resolviera, de manera más concorde con la culpabilidad, entendiéndose como homicidio frustrado, que según el párrafo segundo del artículo 50, y en

(38) Para RODRÍGUEZ MUÑOZ, en los citados casos "la realidad es que se imponen las penas correspondientes a los delitos dolosos en unos casos con falta evidente del dolo (el sujeto, verbigracia, quiere cometer un homicidio y causa daños), y en otros, con falta no menos indudable de la realidad objetiva del delito (el sujeto, verbigracia, quiere causar daños y produce la muerte de un hombre). Pero lo cierto es que mediante este artículo o, mejor dicho, mediante sus dos primeras reglas, se dulcifican en sumo grado las en otro caso inadmisibles consecuencias del *versari*" (*Notas cit.*, pág. 41).

(39) CEREZO, *art. cit.*, pág. 16. RODRÍGUEZ MUÑOZ, en la nota 38 de este trabajo.

atención a que pudiera tener mayor pena que los daños causados, se le aplicaría aquélla y no la de éstos.

c) La cuestión se complica todavía más si el resultado más grave (por ejemplo, homicidio) es culposo, y el propuesto, pero no acontecido, se califica de delito de daños frustrado. Desde el punto de vista de la culpabilidad, se tendría: delito culposo y delito frustrado, naturalmente, doloso. Se aplicaría, sin embargo, de acuerdo con el artículo 50, la pena del delito menos grave (daños frustrados). ¿Y qué sucede con el homicidio culposo? ¿Cabe decir que en este caso se respeta el principio de culpabilidad? Parece claro que no. Pero la verdad es que tales supuestos difícilmente pueden encajarse dentro del artículo 50, como tampoco la hipótesis inversa (delito frustrado de homicidio y delito culposo menos grave, al que corresponde menos pena que al primero), puesto que se corre el riesgo de afirmar la impunidad del delito culposo, como deduce Cerezo (40). Las absurdas e inadmisibles conclusiones a las que se llegaría, a pesar de la mejor intención por hacer viables las soluciones ofrecidas por el artículo 50 —como se sugiere en el apartado b)—, conducen a la siguiente afirmación: dichos supuestos no se encuentran regulados por el anterior texto legal, que en modo alguno los contiene y, por tanto, remiten al juego general de la culpabilidad, o incluso, como se ha apuntado por un sector de la doctrina, al concurso ideal, en su caso (41).

d) Las hipótesis de *error in persona* y *aberratio ictus* que afecten a que se trate de persona distinta, y que generen una diferente calificación jurídica, han sido estudiadas por la doctrina española, aceptando que pueden encontrarse dentro del artículo 50, aunque “la solución no es satisfactoria” (42), y destacando también las injustas consecuencias que engendran, pues tampoco quedan cubiertas las exigencias del principio de culpabilidad.

Reglas (a) y (b):

Un examen *comparativo* de ambas reglas conduce, entre otras, a la siguiente afirmación, según Antón Oneca: conforme a ellas, “el que con intención de causar lesiones menos graves ocasiona una muerte, incurrirá en la pena de las primeras en su grado máximo, por aplicación del artículo 50, mientras que si ocasiona lesiones graves ten-

(40) CEREZO, *art. cit.*, pág. 56.

(41) A juicio de SPASARI, están abocados al fracaso los intentos de reconducir el delito preterintencional a una estructura simple y unitaria, y por esta razón emplea el expediente del concurso ideal que, según el autor, se adapta “perfectamente a la figura del delito preterintencional” (*art. cit.*, pág. 255). En el “homicidio preterintencional”, no existe obstáculo, según GALLI, para la descomposición en lesiones dolosas y homicidio culposo, desde el momento que desaparece el concurso de normas (*ob. cit.*, pág. 75). De interés la tesis de JESCHECK acerca del concurso ideal en los delitos cualificados por el resultado, criticada por KAUFMANN, *Das Schuldprinzip cit.*, pág. 245.

(42) CEREZO, *art. cit.*, pág. 58. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas cit.*, pág. 123.

drá que responder de éstas con la atenuante cuarta" (43). Si se recuerda lo expuesto al comentar por separado las citadas reglas, efectivamente, puede suceder la anterior incongruencia, aun cuando en el estricto terreno de la culpabilidad y de la práctica, generalmente lo sea menos: no debe olvidarse que las lesiones menos graves y graves son lesiones, en tanto que en el homicidio se trata de *delito diferente*, operándose con una culpabilidad distinta, lo que significa que difícilmente quedará totalmente radiada la culpa del resultado de lesiones graves producido, y no querido, si bien teóricamente hayamos aceptado su delimitación y admisión como hipótesis al revisar la regla (a) de Silvela.

7. Del anterior examen puede afirmarse, en forma conclusiva, lo siguiente:

a) Que por lo que se refiere a la denominada atenuante de preterintencionalidad (cuarta del artículo 9), solamente podrá aplicarse a aquellos delitos con *resultado graduable*. Que, igualmente, como dejó expuesto Silvela, y se adhiere la doctrina dominante, deberá contraerse siempre al *mismo* delito.

b) Como ha destacado un sector de la doctrina española, una interpretación por demás *amplia* del párrafo tercero del artículo 1, y del artículo 50, no es aconsejable, pues conducirá a resultados manifiestamente contrarios con el principio de culpabilidad. Sin embargo, dentro de una visión *restrictiva*, debe precisarse:

a') Que la tesis *más* restringida (*error in persona o aberratio ictus*, que dé lugar a persona distinta, y que afecten a la índole del delito), hace peligrar la interpretación expuesta en a): no existirá base legal para, *contrario sensu*, extraer la limitación del artículo 9 cuarta, al mismo delito

b') Las reglas de Silvela son complementarias, y una condiciona la vigencia de la otra (44). Hasta tanto tengan vigencia, necesariamente habrá que interpretarlas de forma que exista concordancia entre ellas.

c') Sin embargo, la coherencia interpretativa entre las reglas citadas no se quebranta si se acepta que:

a'') Se aplicará el artículo 50 a los supuestos señalados en a') y *además*.

b'') A los casos en que, con dolo de lesiones, se produce un resultado de muerte. Delito *distinto*, sí, pero únicamente referido al binomio lesiones-homicidio, por lo que al párrafo primero del artículo 50 corresponde,

c'') A los casos en que, con dolo de homicidio se producen solamente lesiones, calificándose de tentativa o frustración de homicidio y la pena sea superior a las de las lesiones producidas por lo que al párrafo segundo del artículo 50 se refiere.

(43) ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, pág. 336, nota 1.

(44) Vid. nota 21 de este trabajo.

d') La anterior interpretación es *restringida*, desde el momento que sólo contempla lo expuesto en c'), y se evitan los absurdos ya apuntados por la doctrina (especialmente referidos al delito de daños, o cualquier otro que no se encuentre en la línea lesiones-homicidio). De otro lado, no invalida la afirmación, generalmente aceptada, de a). Mientras continúen en nuestro Código los artículos citados, no es fácil encontrar mejor solución a la hipótesis b''): sólo olvidando el artículo 9 cuarta, artículo 50 y párrafo tercero del artículo 1, y su respectiva interdependencia, puede hablarse de solución más satisfactoria de acuerdo con el principio de culpabilidad. Ni que decir tiene que de *lege ferenda* la cuestión puede resolverse de forma distinta, con fundamento en un correcto entendimiento de la acción y, sobre todo, de la culpa, como ha sido puesto de relieve por la doctrina extranjera.

e') La presente interpretación satisface, igualmente, la lógica interna de los dos párrafos del artículo 50, que inducen a pensar en su alcance limitado solamente a los supuestos recogidos en c'): se ha operado con ese esquema en la confección del precepto.

c) El principio de culpabilidad puede quedar salvado, en la medida de lo posible y, por lo que se refiere a a), planteando la cuestión como ha hecho un sector de la doctrina:

a') Negando la existencia de relación causal, por ser objetivamente imprevisible (45).

b') Afirmando la previsibilidad por parte del sujeto activo (culpa).

c') Negando, con un sector doctrinal, y como ya se expuso, se diera la voluntariedad del párrafo primero del artículo 1 del Código penal, que no queda invalidado en estos casos.

d) El principio de culpabilidad en b), queda como sigue:

a') Insatisfactoriamente cumplimentado, como vimos expresaba la doctrina española en los casos de b), a').

b') Insatisfactoriamente cumplimentado también en los casos de b), b') b''), en que puede quebrantarse por el párrafo primero del artículo 50, tanto por exceso como por defecto: coloca, por consiguiente, en la situación de afirmar que el resultado muerte agrava las lesiones, sin necesidad de que sea comprendido por la culpabilidad del autor. Sólo, por tanto, podrá entrar en juego la posibilidad de negar la relación de causalidad, cuando esto sea factible, y efectivamente estemos a presencia de un proceso causal anormal, como ya quedó indicado en c), a').

8. Una vez desarrollado el anterior esquema expositivo, en el ámbito de la interpretación técnica del articulado del Código penal, debe centrarse la atención en la actitud de nuestra jurisprudencia, especialmente referida a algunas decisiones que han adoptado determinada posición ante el problema que estudiamos. La cuestión, sin embargo, ha sido ya examinada, con detenimiento, por la doctrina

(45) Solución que antes de 1953 le parecía la más correcta a MAURACH, *Tratado cit.*, t. II, pág. 87.

científica española, en su aspecto más general: delitos contra las personas, y especialmente, el debatido problema de las lesiones de las que resulta muerte (46). No obstante, es conveniente recordar la crítica constante que se ha dirigido a la jurisprudencia. El procedimiento seguido como regla general por el Tribunal Supremo se describe y censura por Rodríguez Muñoz en los siguientes términos: "se afirma primero la responsabilidad con arreglo al Libro II del Código a cuya descripción corresponda el resultado material objetivo, verbigracia, el artículo 419 (hoy 407, homicidio), lo que implícitamente encierra la afirmación de que el sujeto ha procedido dolosamente, siendo así que falta el dolo (primer error); y después, en ciertos casos, y al objeto de paliar en alguna medida las consecuencias injustas de la primera afirmación, se admite la circunstancia atenuante "de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo", siendo así que esta segunda afirmación es terminantemente incompatible con la primera, ya que, como quiera que en la privación de la vida no hay gradaciones, ni un más o menos, es indudable que si el sujeto activo tenía *dolo de matar*, según empieza afirmando, no es posible decir acto seguido que *no quería matar tanto como mató*, que no otra cosa supone el reconocimiento en este caso de la preterintencionalidad (segundo error). En este proceder, a mi juicio equivocado y contrario a la ley, el Supremo tan sólo niega las consecuencias durísimas a que conduce este modo de entender el *versari*, en el caso en que no proceda afirmar la relación de causalidad. Pero el correctivo es débil en demasía, y sería de desear que el Supremo rectificara su punto de vista, ampliando a sus justos y verdaderos límites la esfera de aplicación del actual artículo 50" (47).

Como puede verse, la actitud del Tribunal Supremo dista mucho de aceptar los principios anteriormente afirmados por la doctrina científica, que sin cesar reproduce la crítica a la interpretación dada de la atenuante cuarta del artículo 9, párrafo tercero del artículo 1 y el artículo 50. Así, pues, dentro de la figura jurisprudencial del llamado "homicidio preterintencional", se afirma:

a) La existencia de una "intención" de causar lesiones, "propósito" de lesionar, "*ánimus vulnerandi*", "dolo inicial de lesiones", que constituye la referencia subjetiva (48).

b) Ausencia de intención de causar la muerte, inexcusable para la aplicación de la atenuante cuarta del artículo 9. Dicho requisito, entendido negativamente, se deduce:

(46) Vid. por ejemplo, DEL ROSAL, COBO, MOURULLO, *Derecho penal español* (parte especial), T. I., Madrid, 1962, págs. 146 y ss.

(47) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas cit.*, págs. 42-43. Vid. también, DEL ROSAL, *Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Madrid, 1961, págs. 10, 13, 220-227 y 358-366. Con anterioridad, del mismo, *Lesiones y no homicidio*, en *Rev. de Derecho Público*, Madrid, 1933, pág. 376.

(48) S. S. 22-11-1873, 29-1-1915, 27-5-1929, 17-6-1932, 13-3-1945, 6-10-1947, 30-4-1948, 26-3-1953, 5-6-1962, etc.

a') De la desproporción existente entre el medio empleado y el resultado producido.

b') Del lugar de los golpes fundamentalmente, y

c') De otras circunstancias (49).

c) Desde el momento que se requiere la *notoria desproporción* entre los medios, golpes, etc., y el resultado producido, justamente por ello se coloca el Tribunal Supremo en abierta negativa a admitir que el resultado muerte haya sido previsto, ni previsible, por el sujeto activo, ni, por tanto, se comprenda por la culpabilidad. Es más: en tales casos no se acepta tampoco el correctivo de la "adecuación", pues se reitera que basta con una "simple relación lógica", "que no es necesario que se sepa la concreta relación causal"... , pues de darse "adecuación perfecta y objetiva entre medio y efecto", no podría aplicarse la atenuante cuarta del artículo 9, ya que habría que entender que existió propósito homicida (50).

El problema, como se ve, se ofrece en nuestra práctica jurisprudencial de forma muy distinta, ciertamente insatisfactoria, a como viene resolviéndose por la doctrina, ya se aluda a la imprevisión objetiva o a la ausencia de previsibilidad por el autor, conforme se ha apuntado. La monotonía de las sentencias en esta materia, que inciden en el mismo error, se ve rota rara vez, y también rara vez ofrece algunos horizontes. Así, por ejemplo, sucedió con la tan citada sentencia de 8 de julio de 1933, y con algunas otras, que en cierta medida han venido a satisfacer exigencias reclamadas y sentidas perentoriamente desde hace tiempo. Por lo que concretamente afecta a nuestro estudio, vale la pena hacer un comentario de la sentencia de 17 de diciembre de 1958, cuyo contenido significa un corte transversal de los distintos problemas que antes se han desarrollado. La citada decisión ha sido estudiada en referencia con la culpa y su pretendido arranque lícito (51); pero también, acerca de la preterintencionalidad, y dentro de esa línea, ofrece variantes a la persistente actitud de nuestra jurisprudencia. Se afirman en ella las siguientes premisas:

a) Que con motivo de la Ley de 9 de marzo de 1950, se atempera la licitud del acto inicial para la existencia de imprudencia temeraria.

b) Que el "homicidio preterintencional" exige:

a') "Un medio normalmente incapaz para causar la muerte".

b') Que sea "empleado de modo que la previsión humana excluya la posibilidad de un resultado mortal, conforme a la experiencia de la vida diaria".

(49) S. S. 17-6-1948, 26-3-1953, 9-5-1953, 16-6-1954, 29-12-1960, 8-5-1961, 2-1-1962, 14-3-1962, 27-6-1962, 13-6-1962, etc.

(50) Así entre otras las S. S. 2-2-1947, 28-3-1947, 12-4-1947, 30-4-1948, 17-6-1948, 16-7-1949, 11-2-1950, 26-2-1951, 12-12-1951, etc. Entre las más recientes vid. S. S. 8-5-1961, 23-11-1962, 10-4-1962, 3-10-1962, 1-6-1962, 5-6-1962, 4-1-1962, 12-3-1962, etc.

(51) CERZO, *art. cit.*, pág. 50. JIMÉNEZ DE ASÚA, *ob. cit.*, pág. 289.

c) Pero que ha de estar "siempre en relación directa y próxima con dicho resultado" (muerte).

d) Igualmente, requiere un "dolo inicial", referido en este caso a *maltratar a una persona*.

El "considerando" decisivo para nuestro examen afirma textualmente: "el acto inicial, de indudable lesividad, *sólo permite valorar como consecuencia posible y previsible*, la de unas lesiones corporales de escasa entidad, ya que se trata de una agresión sin armas y sin especiales condiciones de gravedad, y el *resultado mortal se encuentra tan alejado del propósito y de la actuación de los agresores*, como que el lanzamiento de la contendiente que, lógicamente debía ser contenida por la barandilla, se convirtió en consecuencia mortal, por el desprendimiento de esta barandilla, cuyas malas condiciones y la posterior declaración de finca ruinosa, *no permiten prever en el momento de la lucha que muera la persona lanzada*, ya que en el curso ordinario de la vida los sucesos que tienen un desarrollo como el que es objeto de este procedimiento, *no autorizan como lógica la posibilidad de enlazar el acto de los procesados con la muerte de la ofendida, más que desde el punto de vista de la causalidad material, pero no*, como exige el proceso penal, *desde el punto de vista de la causalidad jurídica*, porque si se da intención agresora y "*animus laedendi*", *no existe "animus necandi"*, como sería preciso para hablar de homicidio en *cualquiera de sus formas, incluso en la preterintencional, que en ningún modo se presenta a la inteligencia; ni a la voluntad de los agresores, como efecto necesario y ni siquiera posible de su acto*, y, en consecuencia, procede acoger el recurso en el sentido *no* de tratarse de un homicidio preterintencional con arreglo a los artículos 407, 9, número 4 del Código penal, *sino* de un delito de *imprudencia temeraria*, del que resulta la muerte de una persona, conforme al párrafo primero del 565 del Código penal, en relación con el 407 del mismo Código" (52). El anterior "considerando" puede ser examinado desde distintos puntos de vista:

a) Con la noción que hasta ahora había ofrecido la jurisprudencia del homicidio preterintencional, la sentencia comentada supone sin duda una negación de las líneas generales con que aquélla había trazado su contorno. En este sentido sorprende que genéricamente sean aceptadas en el presente fallo y, posteriormente, en el "considerando" donde se observa el caso concreto, se contradigan. De esta forma los "considerandos" no dejan de ser entre sí incongruentes: parecía que después de lo afirmado en b), se concluiría calificando los hechos de "homicidio preterintencional".

b) Prescindiendo, pues, de la lógica interna del razonamiento, se lleva a efecto una comprensión más ajustada del nexo causal que la

(52) Hemos subrayado. Con posterioridad a la redacción de este trabajo vid., abundando en la misma línea de la sentencia comentada, los interesantes fallos de 28-9-1964 y 17-12-1964, el primero comentado por DEL ROSAL, *Del paricidio culposo*, en ADPCP, 1964, págs. 272-277.

usualmente empleada por el Tribunal Supremo. Así, se afirma que aunque *materialmente* no puede negarse su existencia, sin embargo, su “anormal” conformación determina que ni *lógica* ni *juridicamente* sea atendido. El “curso ordinario de la vida” (*id quod plerumque accidit*), enseña que de las conductas sometidas a casación no se deriva, en modo alguno, un resultado tan grave como el de la muerte. Objetivamente, en consecuencia, no cabía prever, a juicio del Tribunal Supremo, el desarrollo causal habido. Mucho más si se tiene en cuenta la expresa alusión del “considerando” a las malas condiciones de la barandilla que “lógicamente” debía contener el “lanzamiento de la contendiente”, lo que no sucede por encontrarse en mal estado, por si no fuese dato suficiente, aunque general, “la posterior declaración de finca ruinosa”. Es decir: ha existido una interrupción, una causa extraña, que precipitó los acontecimientos hasta el fatal resultado muerte. Se está, por tanto, negando la relación de causalidad, en atención a que el nexo que supone se ha desarrollado anormalmente. La argumentación desplegada, por consiguiente, pudiera atenderse para, en este caso, negar la existencia de homicidio... preterintencional. Sin duda, dentro de la dialéctica jurisprudencial, supondría un paso hacia adelante, un mayor perfeccionamiento en relación con la tesis que pudiéramos calificar de dominante.

c) Si se observa ahora el otro argumento empleado para descartar el “homicidio preterintencional”, es decir, el de la concreta *previsibilidad* por el sujeto activo, la negación de los principios que han sostenido la anterior figura jurisprudencial, aparece todavía más clara. De esa suerte se razona en el sentido de que el resultado mortal se encontraba por demás “alejado del propósito y de la actuación de los agresores”, que de ninguna forma fue tenido por ellos ni como previsible ni como posible. Y todavía menos, continúa la sentencia, pues si bien “se da intención agresora y “*animus laedendi*,” no existe “*animus necandi*”, como sería *preciso* para hablar de homicidio en cualquiera de sus formas, *incluso en la preterintencional*”; y por si se albergara alguna duda, termina afirmando: “que en ningún momento se presenta a la inteligencia ni a la voluntad de los agresores, como efecto necesario, ni siquiera *posible* de su acto”. Con tales consideraciones la sentencia comentada se distancia en extremo de la doctrina jurisprudencial más generalizada: no sólo estima debe exigirse en el homicidio preterintencional la previsibilidad del resultado muerte, sino que requiere también para aquél un *animus necandi*, que, desde luego, va en contra de la propia configuración de la circunstancia cuarta del artículo 9, que, por imperativo legal, determina la ausencia de intención referida al evento de mayor entidad. Una cosa es que aceptando el *versari* se castigue como si fuese doloso el homicidio, y otra que realmente lo sea, pues si esto último sucede, no tendría sentido la menor crítica: existía el dolo y, por tanto, la calificación de homicidio doloso era correcta.

Si el Tribunal Supremo hubiese sido tan riguroso en su concepción del homicidio preterintencional, exigiendo como mínimo la simple *pre-*

visibilidad de la muerte, la doctrina científica no le habría criticado en la forma ya expuesta, aunque, en efecto, proclamaría, sin duda, la conveniencia de emplear, sencillamente, la fórmula de la culpa (*). Por el contrario, la sentencia de 17 de diciembre de 1958, declara — en contradicción con una constante jurisprudencial — que se requiere *animus necandi* (!), o, cuando menos, la previsión del resultando por parte de los agentes, y no deja de sorprender ese cambio radical.

d) El resultado muerte acontecido es, por tanto, para los procesados, en el caso estudiado, *imprevisible*: ni objetiva ni subjetivamente puede decirse que se hubiese podido prever, conforme se afirma en los "considerandos". Pero quizá por un afanoso deseo de descartar el homicidio preterintencional, la propia sentencia se ha ido cerrando el paso a la solución por la que, definitivamente, se decide: la imprudencia temeraria del párrafo primero del artículo 565 en relación con el 407. Resulta que la muerte es totalmente imprevisible, que no puede ser referida psicológicamente a los agentes, que sólo mediante el concurso de una causa extraña y anormal se produce materialmente, que son las malas condiciones de la barandilla las que, en suma, precipitan el suceso... y entonces se castiga por la forma más grave de imprudencia del número 1 del artículo 565. No se llega a comprender cómo, habiendo negado la previsibilidad del resultado, la relación de causalidad "normal", y toda referencia subjetiva, puede afirmarse acto seguido que se trata de un homicidio por imprudencia; tampoco cómo una sentencia que descarta el arranque lícito de la imprudencia, y se muestra extremadamente rigurosa en la configuración del homicidio preterintencional finaliza aceptando una concepción puramente causal material, sumamente genérica, de la primera; ni menos cómo, habiéndose negado la operatividad del *versari* (necesariamente la culpa no necesita un arranque lícito), se emplea el mismo argumento implícitamente para, en definitiva, construir la imprudencia, y no afirmar *la falta también de esta última*, calificando el hecho de acuerdo con la estricta culpabilidad de los agentes.

e) Un resumen crítico de tan interesante decisión puede concretarse de la siguiente forma:

a') Puesta en relación con la dirección dominante en nuestra jurisprudencia, lleva a cabo un nuevo (?) entendimiento del homicidio preterintencional: exige no sólo la existencia de previsibilidad, sino también *animus necandi*. Ahora parece que se peca por exceso, en lo que a este último se refiere: que se afirmara, como consecuencia del *versari*, el homicidio *como si* fuese doloso, no significa que ciertamente lo fuera. Igualmente alude a que el proceso causal sea objetivamente previsible, para que pueda hablarse de homicidio preterintencional.

b') Por supuesto, que es encomiable la negación del inexorable

(*) Estando en prensa este trabajo se lee la tesis de E. GIMBERNAT, *Causalidad y responsabilidad por el resultado en Derecho penal español*, Univ. Madrid, 1965, en la que se adhiere a la tesis de QUINTANO RIPOLLÉS (vid. nota 33, *ut supra*), sobre la conversión del homicidio preterintencional en homicidio imprudente (pág. 174).

arranque lícito en el párrafo primero del artículo 565. Pero, en el presente caso, no ha significado el total abandono de una mentalidad fundada en el *versari* y en la reponsabilidad objetiva: en el fondo se ha castigado, en este supuesto, y, de esa forma, sólo por conservar una idea errónea que va en contra del principio de culpabilidad. No tiene el menor sentido negar toda referencia subjetiva, en forma muy amplia, conectada al resultado muerte, para descartar el homicidio preterintencional, y a continuación condenar por el párrafo primero del 565 en relación con el 407. Si lo anterior era cierto para que no se afirmara el homicidio preterintencional, no existe justificación alguna para que no se elimine, de la misma manera, el homicidio culposo, salvo que este último requiera solamente, como parece confesar el fallo en cuestión, la más genérica relación de simple causalidad material. Si fuese así, poco habríamos conseguido con destinar un “considerando” a la negación del arranque lícito en la imprudencia y con ser ahora tan exigentes, en el ámbito de la causalidad y la culpabilidad, con el homicidio preterintencional.

c') ¿Cómo es posible negar que el homicidio haya sido cometido culposamente, para descartar el “homicidio preterintencional”, y a continuación calificar los hechos como homicidio por imprudencia (culposo)? ¿Y por qué no se ha utilizado para no aceptar esta última el mismo razonamiento empleado para abandonar la tesis del homicidio preterintencional? ¿Por qué no se ha negado, igualmente, la relación de causalidad, la previsibilidad objetiva de la misma, o la previsibilidad por parte de los agentes? ¿Por qué, en definitiva, no se han tenido en cuenta los diferentes procedimientos apuntados por la doctrina científica para salvar el principio de culpabilidad? ¿Por qué, finalmente, no se han valorado los hechos de acuerdo con la estricta culpabilidad, que únicamente se refiere, como la propia sentencia admite, a maltratar de obra a otro?

c') Ni la figura jurisprudencial del homicidio preterintencional, como hemos dicho, parece correcta, ni tampoco la forma de entender la culpa de acuerdo con criterios absolutamente objetivos. Existe un peligro, sobre el que debe llamarse la atención, en la citada sentencia: cuando dentro de la estimación del Tribunal Supremo no pueda hablarse de homicidio preterintencional, por no verificarse las exigencias de causalidad o culpabilidad que el mismo pudiera comportar, *necesariamente* no se tendrá que aplicar el párrafo primero del artículo 565, a pesar de que el terreno se prepare afirmando la inexigencia de licitud inicial del acto, sino que forzosamente deberán darse los requisitos para que pueda hablarse de culpa, pues pudiera suceder que ni ésta ni aquél se den efectivamente, por no encontrarse el suceso comprendido por la culpabilidad del sujeto activo.

En el caso comentado, cuando parecía que se iba a negar el homicidio preterintencional, aun cuando se sentaban unas bases para su afirmación, y también la culpa, resulta que se afirma ésta, cuya aplicación había quedado invalidada al descartar el primero. A pesar, pues, de la expresa declaración de que aquélla no exige irremediabilmente el

arranque lícito, sin embargo, no se ha exonerado de toda responsabilidad criminal por homicidio... precisamente porque pesaba todavía en la decisión que quien versa en cosa ilícita debe ser de alguna forma castigado por las consecuencias que ocasione su comportamiento, con independencia de que encuentre cabida o no en la culpabilidad, aunque en este caso se utilice la *imprudencia* y se desarte la hipótesis del dolo.

9. El esquema de la llamada "preterintencionalidad", como el de tantas instituciones penales, se ha concebido fundamentalmente para los delitos "contra las personas", por emplear la terminología de nuestro Código, y específicamente para el supuesto lesiones-homicidio. No obstante, conforme expusimos, la atenuante cuarta del artículo 9 es susceptible de aplicación a aquellas figuras delictivas que tengan un "resultado graduable", y por supuesto, sin salirse del mismo delito.

El problema de su posible extensión a los delitos contra la propiedad, y concretamente al *hurto*, ha ofrecido una evolución interesante en nuestra jurisprudencia. La doctrina española (recuérdese que el propio Silvela expresamente aludió a las lesiones y al *robo*), no se ha opuesto a su aplicación a determinados delitos contra la propiedad, propugnando por su extensión o, al menos, admitiendo su posibilidad (53). La verdad es que en el ámbito doctrinal no ha existido un clima desfavorable para su aceptación, puesto que, en principio, se daban los requisitos que se venían exigiendo: resultado graduable dentro de un mismo delito y posibilidad de que excediera de la intención del agente.

La jurisprudencia, por el contrario, no mostró mucha simpatía por su admisión en los delitos contra la propiedad (54). De forma concreta acerca del hurto, se negaba, en atención a que el ánimo de lucro, la intención desplegada en su comisión, según otros fallos, era suficiente y alcanzaba todos los efectos que se derivaran de la conducta del sujeto activo (55). Esa actitud de nuestra jurisprudencia no debía sorprender, pues en diferentes ocasiones había declarado que no era necesario se probara específicamente el ánimo de lucro, sino que se "presumía de los hechos", que más bien había que probar lo contrario, su inexistencia, que bastaba el apoceramamiento para que se estimara con ánimo de lucro, o que éste se expresaba por la cuantía de lo hurtado (56). En definitiva, venía a decirse que quien sustrae una cosa

(53) ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, pág. 337, para quien es difícil justificar su no aplicación a los delitos contra la propiedad. Favorable a su admisión también, JIMÉNEZ DE ASÚA, *ob. cit.*, págs. 98-99. RODRÍGUEZ DEVESA, al tratar del hurto, dice: "El error sobre el valor de la cosa habrá de apreciarse como fundamento en su caso de la preterintencionalidad" (*ob. cit.*, pág. 321).

(54) S. S. 2-7-1877, 30-4-1910, 21-11-1914, 16-3-1928, 2-10-1944, 31-3-1948, 2-2-1956, por sólo citar algunas.

(55) S. S. 13-10-1900, 29-11-1943, 19-11-1949, 20-12-1950, 2-3-1953, 2-2-1956, etcétera.

(56) S. S. 20-4-1917, 30-6-1906, 10-1-1928, 22-1-1932, 7-3-1935, 20-4-1917,

mueble ajena sin la voluntad de su dueño, difícilmente podía haberlo hecho sin perseguir alguna finalidad lucrativa. Afirmación que, sin duda, encierra una cómoda generalidad que naturalmente no tiene valor para todos los casos. De esa forma, toscamente valorada e incluso ignorada la dimensión psicológica en estos delitos, llegar a decir que no se había tenido intención de hurtar tanto como se había tomado efectivamente, no dejaba de ser una exquisitez, que no podía correr buen resultado.

No obstante, algunas sentencias —con mejor acuerdo— se limitaron a expresar las dificultades, y el carácter excepcional con que pudiera presentarse, pero no negaron rotundamente la imposibilidad material de que, en ciertas ocasiones, existiera fundamento para traer a colación la circunstancia cuarta del artículo 9 (57). En esta misma línea, la sentencia de 20 de diciembre de 1950 supone una apertura a la extensión, aunque en el caso enjuiciado no se llegase a estimar la atenuante, pues en realidad la procesada deseaba apoderarse de una joya, y sólo de ella se adueñó, sin que, por consiguiente, hubiera lugar ni siquiera a la discusión. Pero ya se señalan una serie de principios que, por decirlo así, van a preparar el camino para que, en su caso, se admita: “la posibilidad de un daño resultante más grave bajo el aspecto jurídico que el deseado, *es muy difícil* se dé en los delitos contra la propiedad por los caracteres de esta circunstancia, porque sus autores *conocen* de ordinario, al momento de la apreciación, *cuáles sean las cosas ajenas sustraídas*, cuando se enteran después de la presencia de algo que al instante de sustraerse pasara inadvertido, *extienden a ello su propósito delictivo*. si en vez de apropiárselo también se *siguieran actos reveladores de una voluntad distinta*, y apenas se conciben casos de *claro desacuerdo entre el afán lucrativo de los sustractores y la realidad de estos hechos ejecutados*” (58).

El anterior pasaje dibuja ya un supuesto que realmente sería acogido por la atenuante cuarta del artículo 9, de acuerdo con nuestra jurisprudencia. El problema era entonces esperar a que se presentara un hecho con determinadas características, pero ya no se niega de plano la imposibilidad de aplicación o su incompatibilidad con determinados delitos contra la propiedad, y especialmente con el hurto. De acuerdo con la decisión citada, para que pudiera acogerse la llamada preterintencionalidad, el caso particular debería reunir los siguientes requisitos:

- a) Que no se conozcan, en el momento de la sustracción, cuáles sean las cosas ajenas sustraídas, o el valor que las mismas encierran.
- b) Que una vez conocido lo anterior, no se extienda a ellas el propósito delictivo (ánimo de lucro).

5-12-1947, 9-12-1958, 7-11-1960, etc. Vid. sobre ello, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tra-tado cit.*, T. II, Madrid, 1964, págs. 137 y ss.

(57) S. S. 19-11-1949, 21-12-1942, 20-12-1950, etc.

(58) Hemos subrayado. Sobre este extremo, QUINTANO RIPOLLÉS, *ob. cit.*, página 140.

c) Que de los actos posteriores quepa deducir una voluntad distinta y que ésta muestre un claro desacuerdo entre el afán lucrativo del sujeto activo y la realidad de los hechos ejecutados.

d) En el caso de que se diera lo expuesto en a), b) y c), no existirá inconveniente por parte del Tribunal Supremo en admitir la cuestionada atenuante para el hurto, si bien no se desconocía que su concurrencia era por demás difícil y excepcional.

10. Los anteriores requisitos no dejarían de presentarse, y de ahí que aquellas decisiones que admitieron como *posibilidad* su aplicación al delito de hurto no anduvieran faltas de razón. La ocasión se ofreció, y el Tribunal Supremo, en sentencia de 27 de diciembre de 1962, aplica la atenuante cuarta del artículo 9 al delito de hurto, a la vista de los hechos siguientes:

“Se declara probado que los procesados Alvaro L. T. y Jaime B. P., éste primo carnal de Jaime N. B., y el primero amigo íntimo de los dos, frecuentaban a diario el domicilio del padre de Jaime N., don Casto N. O., por cuyo motivo conocían las costumbres de la casa, así como que don Casto, en un armario que siempre tenía la llave puesta por fuera, guardaba algún dinero para las atenciones diarias de la familia, que, en general, no sobrepasaba la suma de 2.000 pesetas, lo que no ocurrió en la ocasión de autos, por estar en preparativos de la boda de una hija; y, pensando realizar una excursión a la sierra y careciendo momentáneamente de numerario bastante para realizarla, el día 1 de mayo de 1959, se pusieron de acuerdo previamente para sustraer de dicho armario, en beneficio propio, una pequeña cifra con la que poder sufragar los gastos del viaje, repartiéndose posteriormente lo que se apoderaran por mitad y con intención de reintegrarla al sitio precisado cuando dispusieran de fondos bastantes para ello; a ese fin, de plena conformidad, pusieron en marcha su proyecto, y, resueltos a ejecutarlo, acudió al lugar el Alvaro L., y aprovechando quedarse solos en el cuarto, por haber salido momentos antes el otro procesado, intencionadamente, con su primo Jaime, se fue derecho al aludido armario y sin emplear fuerza ni violencia, levantando el entrechapado de los cajones, tomó dos sobres sin examinarlos, despreciando otros, así como estuches con alhajas de gran valor crematístico, marchándose acto seguido; al abrir los sobres comprobó que contenían en total 74.400 pesetas en billetes y 1.600 dólares, y enterado el otro procesado de esto, asustados ante la elevada cantidad cogida, entregaron la mayor parte de ella a un amigo para que la guardase hasta el día siguiente, en que pensaban devolverla a su dueño, antes de que notase su falta, quedándose el amigo con 50.000 pesetas y 1.000 dólares, y el resto quedó en poder de Alvaro L., y aquella misma noche, y ante denuncia del perjudicado, fue recuperado todo por la Policía.”

Tan singulares hechos, incluso desde el estricto terreno fáctico, son susceptibles de las precisiones siguientes:

a) Que en ningún momento deben olvidarse, con independencia del problema central que plantea este fallo, pero con interés para su total valoración, las circunstancias que el resultado describe, relativas a la confianza e intimidad que existía entre los sujetos activos y el hijo del sujeto pasivo, hasta el punto de que “frecuentaban a diario el domicilio” de este último, y “por cuyo motivo conocían perfectamente las costumbres de la casa, así como que don Casto, en un armario que siempre tenía la llave puesta por fuera, guardaba algún dinero, etcétera”.

b) Debe destacarse, asimismo, que en el presente supuesto se matiza y recoge, expresamente, la actitud subjetiva de los procesados referida a su propósito de lucro *limitado*, y su deseo de reintegración de la cantidad que tomaron: “con intención de reintegrarla al sitio precisado cuando dispusieran de fondos bastantes para ello”; “despreciando otros (sobres), así como estuches de alhajas de gran valor crematístico”; “asustados ante la elevada cantidad cogida”...

c) Por último, es de reseñar que entregaron a “un amigo” —guiados de ese propósito de reintegración— la cantidad de 50.000 pesetas y 1.000 dólares, con lo que la suma definitiva que quedó en poder de Alvaro L. fue la de 20.000 pesetas y 600 dólares, que excede con algo de 50.000 pesetas, límite objetivo mínimo en la determinación de la cuantía establecido por el número 1 del artículo 515, que recoge la mayor penalidad correspondiente a presidio mayor.

d) Por fuera ya de los hechos, en la sentencia no se alude a que se recurriera por la acusación privada, ni que se personara ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ni siquiera, en la transcripción que hemos utilizado, se dice si existió o no en la primera instancia, lo que induce a pensar que ésta no hizo uso de su derecho, al menos en casación. Quizá este extremo quede explicado en razón a la relación parental que unía a uno de los sujetos activos con don Casto, y a la amistad existente con el otro procesado.

Con fundamento en los hechos descritos, el Tribunal Supremo resume en dos “considerandos” los fundamentos de su decisión, descartando el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal que entendía había existido infracción de Ley (núm. 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), por indebida aplicación de la circunstancia cuarta del artículo 9, y el del mismo carácter de la defensa por inaplicación de la novena del artículo 9 (arrepentimiento espontáneo).

Textualmente dicen:

“CONSIDERANDO: Que se plantea en el presente recurso el problema de si la circunstancia atenuante de preterintencionalidad del núm. 4 del artículo 9 del Código penal puede ser aplicada a los delitos contra la propiedad, dada la especial característica de éstos, en los que el ánimo de lucro llena, por lo general de la mayor satisfacción a los que se encuentran con un

resultado de su acción dolosa superior al que preveían, y si bien por dichos motivos, difícilmente y rara vez se puede tomar en consideración dicha circunstancia, en los mencionados delitos, la conducta observada por los culpables y su reacción ante el resultado, puede ser reveladora del propósito que animaba a los mismos, del límite de su codicia, y del examen detenido de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, se desprende que los procesados sabían que en el armario se guardaba algún dinero para las atenciones diarias de la familia, que en general no sobrepasaba de las 2.000 pesetas, que su pensamiento era sustraer una pequeña cifra para sufragar los gastos que les ocasionara una excursión a la sierra, tomando dos sobres sin examinarlos, despreciando otros, así como estuches de alhajas de gran valor crematístico, quedando asustados ante la elevada cantidad cogida, que les determinó a entregar a un amigo gran parte de lo sustraído para su devolución, lo que demuestra que se hallaban pesarosos por la entidad del daño que causaban, prueba clara de su falta de intención de causar un mal de tanta gravedad, elemento de atenuación excepcionalmente apreciado en el presente caso, por las especiales circunstancias que lo rodearon, que permiten establecer la correspondiente adecuación entre el propósito de los culpables y su resultado.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal del núm. 9 del artículo 9 del Código punitivo, alegada por la representación de los procesados, ya que si bien aparece de la declaración fáctica que depositaron en poder de un amigo la mayor parte de lo sustraído para reponer al día siguiente numerario, conservaron en su poder todavía una elevada cantidad, que daba realidad al delito e indica que el arrepentimiento no era total, como no lo era la reparación, que pudo y debió ser completa y no tuvo lugar hasta que, denunciado el hecho, se vieron obligados a devolverlo" (59).

Ambos considerandos pueden ser objeto de las reflexiones que a continuación se expresan:

a) Nuestra legislación ha operado con un esquema dispar en la estructuración del hurto: de un lado, con criterio subjetivo, exigiendo normativamente, de forma expresa, en los dos primeros números del artículo 514, el ánimo de lucro; de otro, con criterio objetivo, estableciendo como módulo de la pena la cuantía del objeto material en el artículo 515 (60). Esta diferente mentalidad, que se radicaliza en

(59) Transcripción de ARANZADI, T. XXIX, Vol. 2, 1962, pág. 3407.

(60) Históricamente pudiera explicarse, como indica RODRÍGUEZ DEVESA, afirmando que "del Derecho romano procede el concepto legal de hurto. Del germánico el fraccionamiento de las penas en función del valor de la cosa hurtada" (*ob. cit.*, pág. 214).

algunos concretos supuestos, conduce, sin duda, a una serie de paradojas e incorrecciones. La doble vertiente que de esa forma ofrece el hurto no debe perderse de vista en el caso presente, pues proporciona el fundamento para que puedan concebirse hipótesis en las que sean antagónicas, o cuando menos, no coincidentes la dimensión objetiva y la subjetiva del delito. Dentro de esa falta de armonía entre una y otra, del mismo modo que sucedía en algunos “delitos contra las personas”, ha de moverse el estudio de la circunstancia cuarta del artículo 9 en referencia con el hurto: en definitiva, siempre se tratará de no haber tenido intención de causar un mal tan grave como el que se produjo. En este sentido, es innecesario repetir aquí cuanto ya ha sido dicho en anteriores apartados, debiendo centrar la atención en la citada sentencia y en la extensión que ella supone.

b) La primera observación que cabe hacer a la vista de los hechos probados, y de los correspondientes “considerandos”, se refiere a los distintos límites objetivos (cuantía del objeto material), que son utilizados por el Tribunal Supremo, y su lógica relevancia en orden a la inscripción de la conducta en el artículo 515 del Código penal.

El primero, entendido hipotéticamente, y concretado en una cifra que no sobrepasaba las dos mil pesetas, que, según creencia de los procesados, generalmente contenía el armario de don Casto. El segundo, que supone la cantidad efectivamente sustraída (74.400 pesetas y 1.600 dólares), que excede del límite legal de 50.000 pesetas del número 1 del artículo 515. El tercero, la cantidad con la que se quedaron en definitiva, que sumaba 20.000 pesetas y 600 dólares, que también sobrepasaba la anterior determinación del número 1 del artículo 515.

¿Qué función ha desempeñado cada uno de ellos en la presente sentencia? ¿Qué valor le ha sido atribuido por el Tribunal Supremo dentro de la interna coherencia de los “considerandos”?

a) La primera cifra (dos mil pesetas), ha significado un dato, aunque imaginario, en virtud del cual se ha concretado y limitado el ánimo de lucro, teniendo una inmediata resonancia en la valoración de la esfera subjetiva, y por ende, en la culpabilidad de los sujetos activos. Inicialmente ha significado el límite hipotético máximo que aquellos habían impuesto a su propósito lucrativo: no esperaban encontrar más de 2.000 pesetas. Su intención, pues, se contraía a tomar, cuando más, la anterior cantidad. De aquí, por consiguiente, la importancia que a la misma debe ser concedida. Sin embargo, no se le ha dotado de tanta trascendencia como para fijar el número correspondiente del artículo 515 (el tercero), sino más bien para diagnosticar la existencia de un deseo... limitado, en principio, a dicha cifra.

b) El problema es más complejo por lo que a las dos últimas se refiere, ya que ambas tienen una nota común: pasan del límite legal de 50.000 pesetas. ¿Cuál de ellas ha determinado la aplicación del número 1 del artículo 515? ¿Existe alguna posibilidad de diferenciar su función?

Parece que, en principio, ha determinado la alusión al número 1 del 515 la suma más elevada que fue sustraída de la esfera de dominio del sujeto pasivo. Ahora bien: la propia sentencia, tanto en el "resultando" como en los "considerandos", afirma que el "resultado de su acción dolosa (era) superior al que preveían", que no la comprendía totalmente, que excedía con mucho del propósito de los autores. En consecuencia, se tiene que la cantidad global sólo ha desempeñado una función delimitadora: ha ofrecido el dato para que pueda hablarse del número 1 del artículo 515, pero sin que haya sido comprendida por la culpabilidad de los sujetos activos.

La cuestión no aparece tan clara en la sentencia, referida a la culpabilidad, por lo que corresponde a la cuantía con que, en última instancia, se quedaron, y que se extrae de la deducción del dinero entregado al amigo para que lo reintegrara al sujeto pasivo, que todavía es superior a 50.000 pesetas. Objetivamente no ha desempeñado función alguna, pero como reveladora de la situación subjetiva adquiere una especial importancia, que quizá haya pasado inadvertida.

c) La primera indicación que cabe verificar en orden al elemento subjetivo del delito es la admisión por el Tribunal Supremo de la proposición siguiente: puede tenerse intención de hurtar no tanto como se hurtó. A diferencia de lo que sucedía con la intención de matar, que no era graduable, la de hurtar, al poderse referir a una escala fijada en atención a la cuantía, se conecta a una serie de gradaciones. Así, puede quererse hurtar una determinada cantidad, pero no más, y por tanto, existir un desacuerdo entre lo efectivamente "hurtado" y lo que se pretendía hurtar, que se genera, en su caso: por el desconocimiento o error sobre el valor del objeto material o sobre la cosa misma. Sin embargo, esa limitación ofrece en su determinación una serie de problemas, como sucedía con el delito de lesiones o con el homicidio. El Tribunal Supremo, por la propia naturaleza del hurto, ha parado su atención, sobre todo, como también hace en la presente sentencia, en la *reacción* de los sujetos activos ante el resultado obtenido: "su reacción ante el resultado puede ser reveladora del propósito que animaba a los mismos y del límite de su codicia". Dicha reacción, en la medida que ofrezca datos *objetivos*, podrá ser apreciada para afirmar que no se tuvo intención de sustraer tanto como se sustrajo realmente, o por el contrario, para que se extienda el propósito a aquello que si bien inicialmente no se pretendía hurtar, a continuación queda cubierto ampliando éste al valor total de lo que ya se encontraba en poder de los sujetos activos, y en este último caso, *no* podrá hacerse uso de la circunstancia cuarta del artículo 9.

Planteada en los anteriores términos la cuestión, el problema se centra en la siguiente pregunta: ¿De la reacción ante el resultado conseguido, se deduce que el dolo comprendía y se correspondía con cantidad superior a 50.000 pesetas o, por el contrario, no? La sentencia contesta afirmando que, en definitiva, puede establecerse una adecuación entre el propósito y su resultado y que, desde luego, no se verificó el primero, ni antes ni después de la sustracción, para que com-

prendiera la anterior suma, por lo que al primer "considerando" se refiere. No obstante, surgen serias dudas acerca de la bondad de dicha tesis, provenientes de la lectura del segundo "considerando": para descartar la atenuante novena del artículo 9 (61) (arrepentimiento espontáneo), textualmente se dice: "si bien aparece de la declaración fáctica que depositaron en poder de un amigo la mayor parte de lo sustraído para reponer al día siguiente el numerario, *conservaron en su poder todavía una elevada cantidad que daba realidad al delito que...* se vieron obligados a devolver". El Tribunal Supremo se coloca ahora en una situación comprometida, ya que debe tenerse muy en cuenta que esa "elevada cantidad", precisamente, sobrepasa las 50.000 pesetas fijadas por el número 1 del artículo 515. Y, entonces, cabe preguntarse, de forma aún más concreta: ¿Existió o no intención de sustraer la cantidad que retuvieron? La sentencia contesta negativamente, pero al mismo tiempo se observará: ¿Qué sentido tenía entonces conservar en su poder cantidad superior a 50.000 pesetas? ¿No es un dato que puede ser entendido negativamente, en contra de la tesis que afirmaba la inexistencia de propósito de hurtar por valor de más de 50.000 pesetas? ¿No es una forma de *reaccionar* reveladora de que aquél no era tan limitado como se dice? ¿No se extendió también a la cantidad retenida? A juicio del Tribunal Supremo, las anteriores reflexiones fueron suficientes para descartar la atenuante novena del artículo 9, pero no para eliminar la cuarta del mismo artículo. Se llega, pues, a la conclusión de que para la Sala Segunda sólo tenía un valor equívoco, y que no fue comprendida por el dolo cifra superior a 2.000 pesetas.

d) Una vez desarrolladas las anteriores consideraciones puede llevarse a cabo un resumen de la valoración crítica de la sentencia comentada. En primer lugar, se refiere concretamente a la calificación jurídica de los hechos que aquélla recoge. En segundo lugar, a las consecuencias que la doctrina sentada pueda tener en el ámbito de la llamada preterintencionalidad en los "delitos contra la propiedad".

a') Dentro de la actitud jurisprudencial favorable a la admisión de la atenuante cuarta del artículo 9 al delito de hurto, la sentencia de 27 de diciembre de 1962, que tan generosamente se ha mostrado, realiza la valoración de un hecho en sede a la atenuante novena del artículo 9, siendo así que también tenía virtualidad para la primera. Ha tenido en cuenta la cantidad que conservaron en su poder para descartar la segunda, aunque también podía tener eficacia en orden a la cuarta del artículo 9. La interpretación más racional y lógica de cuanto se exponía al finalizar el anterior apartado c) era la comprobación en los sujetos activos de una extensión de su deseo de lucro a una cifra superior a 50.000 pesetas, si bien no coincidía con la canti-

(61) La atenuante novena del artículo 9, es como sigue: "la de haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las Autoridades la infracción".

dad total sustraída. De acuerdo, por tanto, con las líneas generales que el Tribunal Supremo había marcado para aceptar la llamada preterintencionalidad en estos delitos, se ponía de relieve que a pesar de que la intención se proyectaba inicialmente sobre una pequeña cantidad que cubriera los gastos de una "excursión a la sierra", y que se aventuraba en menos de 2.000 pesetas, en atención al previo conocimiento que tenían los autores, posteriormente, y a la vista de lo conseguido, aquélla se extiende y comprende la suma que reservaron y no entregaron al amigo encargado de reintegrar al sujeto pasivo parte del dinero. Ni racional ni lógicamente se llega a comprender cómo manteniéndose la finalidad (hurtar *para* ir de excursión a la sierra), se quedaron con numerario superior a 50.000 pesetas, si no es a base de que haya sufrido un mayor refuerzo y extensión la codicia —dentro de la dialéctica jurisprudencial—, aunque no llegue a la cantidad global: al observar lo obtenido, se ha ampliado, sin duda, en cierta medida, y ha comprendido el límite de más de 50.000 pesetas, que fatalmente preceptúa el número 1 del artículo 515. Aceptado lo anterior, se comprueba la existencia, sin más, del número 1 del 515, pues tanto la cantidad como el denominado "afán lucrativo", a tenor de la extensión verificada, caen dentro de sus contornos, en relación con el número 1 del artículo 514. No ha existido, en consecuencia, intención de hurtar tanto como se tomó realmente, pero aquélla, con posterioridad, comprende una suma superior a 50.000 pesetas, aun cuando no la totalidad de lo sustraído, y esto último pudiera ser relevante, tanto para la aplicación de la atenuante cuarta del artículo 9 como para la novena del mismo texto legal. Razonando de esta forma, y siempre dentro de los principios admitidos por la jurisprudencia, la devolución de determinada cantidad (50.000 pesetas y 1.000 dólares) —que no afecta al momento consumativo del hurto— a un tercero para que las reintegre, pudiera no operar en el terreno de la preterintencionalidad, sino quizá en el del arrepentimiento espontáneo. En este sentido, la argumentación explanada en el segundo considerando es válida sólo para descartar un extremo de la última, referido a "reparar" —si se entiende ésta como reparación completa—, pero es discutible para la acepción más limitada de "disminuir los efectos del delito", que conectada al arrepentimiento espontáneo, no obliga a que sea *total*, sino que movido por éste se tienda a la disminución del perjuicio ocasionado, entregando la citada cantidad antes de que interviniese directamente la Policía y de que tuvieran noticia de ello. Sin embargo, es explicable que el Tribunal Supremo haya aceptado en este caso *sólomente* una de las dos que se le proponían: en realidad hubiera significado la simultánea admisión de ambas la verificación de una doble valoración de la misma situación psicológica, que ya despliega su eficacia atenuante, bien en una, bien en otra, pero no en ambas, conforme se ha reiterado por la jurisprudencia (62).

Por último, es cuando menos discutible se aplique o no el núme-

(62) Vid. S. S. 29-12-1917, 23-9-1948, 20-3-1956, etc.

ro 2 del artículo 516, relativo al "abuso de confianza", pues al inicio de la relación fáctica se describe una situación de intimidad y parentesco de la que, según se confiesa en el "resultando", obtuvieron una mayor facilidad que, sin duda, emplearon en la comisión del hecho (63). Quizá, en el mejor de los casos, la presente consideración hubiese podido inhabilitar la apreciación de la circunstancia cuarta del artículo 9 como "muy cualificada" a tenor de la regla quinta del artículo 61.

b') Con independencia del anterior estudio, directamente referido al caso concreto de la sentencia de 27 de diciembre de 1962, la aplicación de la preterintencionalidad comporta algunas consideraciones de índole general, parte de ellas puestas de manifiesto en el presente comentario. La admisión por el Tribunal Supremo de una intención graduable, y que cabe referir a la escala del artículo 515, que simultáneamente significa una expresa gradación del resultado en el delito de hurto, parece que es un hecho. Consecuentemente, implica una detallada valoración del elemento subjetivo del delito que se contrae al ánimo de lucro. En este sentido debe significarse que el ánimo de lucro, como "momento psicológico" (64), se dará inexorablemente, por expreso imperativo del número 1 del artículo 514, y también se ha de afirmar aceptando la preterintencionalidad. Sin embargo, ésta supone que no se haya tenido intención de hurtar tanto como se hurtó, y que aquélla es graduable, pero partiendo de la existencia de un específico *animus* inexcusable en el delito de hurto. Comprobado, en consecuencia, aquél y la sustracción de la cosa, el Tribunal Supremo atiende al artículo 515 en orden a la penalidad con el criterio del valor del objeto material. Ahora bien: si se prueba que el dolo no ha comprendido todo lo tomado o su valor, por la razón que fuese, con fundamento en los datos que la instrucción ofrezca, reducirá la pena estimando la existencia de la atenuante cuarta del artículo 9. Esta, por consiguiente, funciona como un correctivo de la pena, fundado en el principio de culpabilidad, y sin que existan las contradicciones (65) apuntadas para la figura del homicidio preterintencional: se inscribe en el hurto, por supuesto, doloso (porque se ha tenido intención de hurtar; cosa que no sucedía en el homicidio preterintencional, porque no se tenía intención de matar), y posteriormente, se acepta la atenuante de no haber tenido intención de hurtar tanto como se hizo (corrigiendo el esquema objetivo del artículo 515, que se presta a ello por ser graduable, lo que no sucedía con el homicidio).

(63) Como se requiere reiteradamente por la jurisprudencia, vid. por ejemplo S. S. 2-2-1954, 29-3-1956, 18-4-1959.

(64) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 318.

(65) También se muestra favorable a su admisión en el hurto, QUINTANO RIPOLLÉS, afirmando que cuando "se acreditara sin lugar alguno a dudas, por actos anteriores, y sobre todo, por el ulterior de la espontánea devolución del resto de la suma que no se quería sustraer, tengo por incuestionable la procedencia de la atenuante de preterintencionalidad" (*ob. cit.*, pág. 278), aludiendo asimismo a la Sentencia de 27-12-1962.

La aceptación de la preterintencionalidad en el hurto, dentro de esa línea, supone una salida fundada en el dogma de la culpabilidad, al dilema objetivo-subjetivo que en diferentes ocasiones se plantea en el capítulo II del Título XIII del Libro II del Código penal, hasta tanto no se lleve a cabo una revisión de los delitos contra la propiedad que abandone la arcaica estructura objetivista que les informa.

SECCION LEGISLATIVA

Ley belga referente a la suspensión y remisión condicionales y sumisión a prueba de 29 de junio de 1964 (*)

DOMINGO TERUEL CARRALERO

Bélgica ha modernizado y actualizado su sistema de condena condicional en esta ley de 21 artículos, que apenas ha empezado a regir, pues dejó su entrada en vigor a la publicación de un Real Decreto posterior, que fue sancionado, por cierto en Zarauz, el 29 de Agosto de 1964, fijándola en 1.º de Septiembre siguiente. La ley ha tenido cuidado de dejar camino libre a su desarrollo, derogando expresamente el párrafo 5.º del artículo 2.º de la ley de 1888, que la establecía, y ordenando que esta antigua ley se denominase en lo sucesivo solamente Ley, estableciendo la liberación condicional en el sistema penal.

Responde a la tendencia fácilmente observable de judicializar la aplicación de las instituciones que regula, despegándose de la herencia del sistema napoleónico de predominio del Ministerio Fiscal y de la Administración en el cumplimiento de las penas, a impulso o bajo el ejemplo de los sistemas francés o italianos, no confesados, y del inglés y americano, que si confiesa, aunque sean menos notorios.

Esta judicialización no es sólo la loable de dar mayor intervención en su concesión y cumplimiento al Juez, sino en la ya arcaica de establecer una serie de recursos ante los diversos Tribunales, con la doble mira que informó la legislación represiva de la época en que se dieron en Europa los primeros códigos de procedimiento, de garantizar al individuo de las demasías del poder, aunque fuese judicial, por medio de garantías que se hacían valer en los recursos, y defender a la sociedad de los delinquentes, cuando ni aun por intuición se había llegado a pensar que la mejor defensa de la sociedad es defender al delincuente de sí mismo, protegiéndole, protección en la cual son supérfluos los recursos e inconveniente la intervención del Ministerio Fiscal.

Es su característica buscar el compromiso o equilibrio entre los diversos elementos o tendencias en que se informa y desarrolla. Así, en la duda de si la suspensión se debe acordar antes que la sentencia se pronuncie o después de pronunciada, establece las dos formas, y en la duda de si debe bastar la palabra o promesa de no volver a delinquir o es necesario, ade-

(*) Traducimos "sursise" empleado en el texto por remisión, por parecernos más apropiado que condena condicional, que es la institución española más parecida y probation por sometimiento a prueba, que aún no siendo exactamente equivalente son los más parecidos.

más, la prueba de adaptación, sometiéndose a la dirección de organismos de guía, vigilancia y protección, establece también las dos formas en cada una de las anteriores. Así, puede haber suspensión de sentencia o remisión del cumplimiento de la pena impuesta, y en los dos casos puede ser la concesión simple o sin más condición que no volver a delinquir, o estar sujeto a determinadas condiciones, cuyo incumplimiento lleva consigo la revocación.

En la duda de si su concesión corresponde al Tribunal sin excitación o petición alguna, como medio de lograr la readaptación del delincuente, empezando con la suspensión del pronunciamiento de la pena para evitar el desprestigio social, función protectora que corresponde al Juez, o como en el sistema clásico de partes del juicio, poderse conceder a petición del Ministerio Fiscal y de la Defensa, que en determinados casos llegan a sostener debates con examen de testigos, opta por las tres formas de concesión, de oficio o a instancia de los que fueron partes en el juicio o lo serian si su celebración no se hubiese suspendido.

En lo que no hay duda es en el respeto a la personalidad humana, que supone la continua exigencia de consentimiento del beneficiado o probable beneficiario, con la suspensión o la remisión a la adopción y a las medidas que la preparan en vez de suponerlo siempre como medida beneficiosa que es.

* * *

Situada, o al menos intentada situar la ley, en el centro de las influencias que animaron su creación, que es tanto como fijar o intentar fijar su orientación, debe ya transcribirse su articulado.

Hélo aquí:

I. *Definiciones.*

Art. 1.º —El sometimiento a prueba de un delincuente se realiza:

- 1.º Por suspensión del pronunciamiento de la condena;
- 2.º Por remisión en la ejecución de las penas.

Estas medidas pueden ser acompañadas de condiciones especiales, en este caso se llaman, respectivamente, «suspensión probatoria» y «remisión probatoria»; en ausencia de condiciones especiales se llaman «suspensión simple» y «remisión simple».

II. *Encuesta social.*

Art. 2.º—Con vista a la aplicación eventual de los artículos 3.º y 8.º, el Ministerio público —con excepción del Tribunal de Policía— el Juez de instrucción, los Tribunales de instrucción y sancionadores, con excepción de los de corrección y de los Tribunales de policía, pueden ordenar que un asistente de prueba, proceda, a petición del inculcado o con su consentimiento, a una encuesta social sobre su conducta y medio social.

III. *Suspensión del pronunciamiento de la condena.*

Art. 3.º.—La suspensión puede ser acordada con consentimiento del inculcado por los tribunales sentenciadores —con excepción de los correccionables y de policía— en favor del inculcado que no haya incurrido anteriormente en pena aflictiva (***) o en prisión correccional de más de un mes, cuando el hecho no parezca llevar consigo una pena de prisión superior a dos años o una pena más grave.

Igualmente la suspensión puede ser ordenada por los Tribunales de instrucción cuando estimen que la publicidad de los debates pudiera provocar el desmerecimiento social del inculcado o comprometer su reintegración social.

La suspensión puede ser ordenada de oficio, requerida por el Ministerio Público o pedida por el inculcado.

Las decisiones que acuerden la suspensión determinarán su duración, que no puede ser inferior a un año ni superior a cinco a contar desde la fecha de la decisión, así como, si se presenta el caso, las condiciones de prueba impuestas. Estas decisiones serán motivadas; y ponen fin a la acción si no se revocan.

La suspensión no es aplicable en caso de infracción de las disposiciones establecidas para asegurar la percepción de los derechos fiscales.

Atr. 4.º Ap. 1.º—La suspensión puede ser decidida por la Sala del Tribunal en el momento en que haya de decidir sobre el informe del Juez de Instrucción, según las formas y condiciones previstas en los dos primeros párrafos del artículo único, número XV, de la ley de 25 de octubre de 1919, modificada por el artículo 1.º de la ley de 22 de julio de 1927.

En caso de citación directa por la parte civil, el Ministerio Público puede, si estima que es posible, conceder la suspensión, requerir al Juez de instrucción para que le informe. La notificación de esta requisitoria se hace al secretario del tribunal ante el que se ha hecho la citación directa, a la parte citante, al citado y a sus asesores. Lleva consigo la inhibición del Tribunal.

Cuando por aplicación de los dos párrafos precedentes, el Juez que preside la Sala del Tribunal entienda de una petición de suspensión, fija el lugar, día y hora de la comparecencia, conforme al artículo único, número XV, de la ley de 25 de octubre de 1919, pero por derogación de los dos primeros párrafos de esta disposición, procede a esta fijación y el secretario da aviso por carta certificada a la parte civil o al demandante y al inculcado o citado y a sus asesores, si fueron nombrados en el procedi-

(**) Traducimos "peine criminelle" literalmente pena criminal por pena aflictiva, pues si son impropias todas estas designaciones, ya que todas las penas son aflictivas, son criminales y buscan a veces, consignada esta exigencia en la propia Constitución como en Italia, la corrección del reo, la contraposición en el sistema belga de penas correccionales para los delitos y penas criminales para los crímenes, se corresponde mejor con la de penas correccionales para los delitos menos graves y aflictivas para las graves y aflictivas para los graves del antiguo sistema español del C. P. del 70.

miento, al menos diez días antes de la comparencia. Durante este plazo los autos se depositan en Secretaría, a disposición de las partes.

La suspensión puede, igualmente, ser decidida por el Tribunal de acusación, en los casos previstos en el párrafo primero del artículo 230 del Código de instrucción criminal y según las modalidades prescritas por los artículos 218, 219, y 22 a 225 del mismo Código.

Si el juez de Instrucción estima que no ha lugar a pronunciar la suspensión, dicta un mandamiento de no haber lugar o reenvío ante la jurisdicción competente.

Ap. 2.º—El Procurador del Rey y el inculcado pueden oponerse a la orden de la Sala del Tribunal que acuerde la suspensión, basándose en que no se dan las condiciones necesarias para su concesión.

La oposición debe formularse antes de las veinticuatro horas.

Ap. 3.º—La Sala del Tribunal y la de la acusación pueden, bien de oficio o bien por requisitoria del Ministerio Público o a petición del inculcado ordenar que los testigos sean oídos.

Art. 5.º Ap. 1.º—Cuando el asunto es remitido al Tribunal por el instructor o cuando el Tribunal entiende por vía de citación directa, la suspensión puede ser decidida por los Tribunales que han de sentenciar.

Ap. 2.º—Para la aplicación de las medidas previstas en el apartado 1.º anterior los Tribunales que han de juzgar pueden, a requerimientos escrito del Ministerio Público o a petición escrita del inculcado decidir conocer de la suspensión en Sala del Tribunal, cuando se reúnan las condiciones requeridas por el artículo 3.º, párrafo 2.º.

La requisitoria o la petición se depositan en la secretaría del Tribunal, llamado a decidir antes de la apertura de la audiencia fijada para la comparencia. Se decide en la sala de Justicia, oídos el Ministerio público y el inculcado o su abogado. En caso de desestimación de la petición, el asunto se continúa en Audiencia pública.

Art. 6.º—Las decisiones judiciales que ordenen la suspensión se pronuncian en audiencia pública.

En caso de que se ordene la suspensión, se condena al inculcado a las costas, y si ha lugar, a las restituciones, acordándose la confiscación especial.

En el mismo caso, los Tribunales sentenciadores, y, eventualmente, en el caso previsto en el artículo 3.º, párrafo 2.º, los Tribunales de instrucción, que entienden al mismo tiempo de la acción civil, son competentes para decidir a este respecto, y sobre las costas.

La sala de acusación conoce las apelaciones de los acuerdos de las salas de la Audiencia que regulan los intereses civiles. Esta apelación se interpone en los mismos plazos, condiciones y formas que la apelación a las decisiones en material correccional.

Art. 7.º—Las decisiones judiciales que ordenan la suspensión no pueden ser mencionadas en los informes suministrados por las autoridades administrativas.

Sin embargo se ponen en conocimiento de la autoridad judicial en caso de nuevas denuncias durante el período de prueba.

IV *Remisión en la ejecución de la pena.*

Art. 8.º Ap. 1.º—Cuando el condenado no lo haya sido anteriormente a pena aflictiva o a encarcelamiento como pena principal de más de seis meses, los Tribunales pueden, al condenar a una o varias penas que no sean de tres años, ordenar por decisión motivada, que hay remisión en la ejecución, sea de la sentencia, o del decreto, sea de todo o parte de las penas principales o subsidiarias.

El plazo de la remisión no puede ser inferior a un año ni exceder de cinco a partir de la sentencia o decreto.

Ap. 2.º—Los mismos Tribunales —con excepción de los de policía y de los correccionales que conozcan en apelación—, pueden, en las condiciones previstas en el apartado 1.º del presente artículo, ordenar la remisión probatoria mediante compromisos del condenado de respetar las condiciones de prueba que el Tribunal determine.

Ap. 3.º—Cuando el Juez excluya de la remisión la multa, concediéndola para el encarcelamiento subsidiario, éste no puede ser ejecutado cuando la de multa deja de ser exigible.

Ap. 4.º—La condena con remisión de la pena no es aplicable a las penas pecuniarias establecidas para asegurar la percepción de los derechos fiscales.

V. *Sumisión a prueba.*

Art. 9.º—Los inculcados y los condenados a los que se imponga una medida probatoria en virtud de los artículos 3.º y 8.º, son dirigidos por asistentes de prueba, cuyas funciones y estatutos están determinados por el Rey.

La ejecución de las medidas probatorias es controlada por las comisiones probatorias, a las que informan los asistentes.

Art. 10.—Se establece una Comisión de prueba en cada Tribunal de Primera Instancia.

Cuando las necesidades del servicio lo exijan, el Ministro de Justicia puede dividir las Comisiones en varias salas.

Las Comisiones de prueba están compuestas de un Presidente Magistrado efectivo u honorario, designado por el Presidente del Tribunal de apelación y de dos miembros:

Un abogado, escogido por el Ministro de Justicia de dos listas de dos nombres redactadas, respectivamente, por el Procurador del Rey y el Decano del Colegio de Abogados;

un funcionario, designado por el Ministro de Justicia.

El Presidente y cada uno de estos miembros tiene uno o varios suplente, designados de la misma manera.

El Procurador del Rey asiste a las sesiones con voz consultiva.

El Ministro de Justicia nombra a uno o varios secretarios.

El Rey regula el funcionamiento de estas Comisiones.

El Rey puede conceder a los miembros y a los suplentes dietas cuyas modalidades y cuantía fija.

Salvo las derogaciones establecidas por el Rey, la competencia territorial está determinada por la residencia del inculpado o del condenado.

Art. 11.—Cuando la decisión judicial establece una medida probatoria tiene fuerza de cosa juzgada; el secretario la envía dentro de las veinticuatro horas al Presidente de la Comisión de prueba competente.

La Comisión designa al asistente de prueba encargado de velar por la ejecución de las condiciones fijadas por la decisión judicial e informar de ello, por carta certificada a la persona sometida a prueba.

Siempre que el asistente de prueba, lo estime útil o sea requerido para ello, y al menos cada tres meses, hacen un informe a la Comisión sobre la conducta de la persona sometida a prueba y le propondrá las medidas que juzgue apropiadas.

Art. 12. Ap. 1.º—La Comisión puede suspender en todo o parte las condiciones fijadas por la decisión judicial, precisarlas o adaptarlas a las circunstancias. No puede, sin embargo, imponer condiciones más severas.

Si la Comisión estima que debe examinarse una de las medidas previstas en el párrafo precedente, el Presidente convoca al interesado por carta certificada en Correos, con más de diez días antes de la fecha fijada para el examen del caso. Los autos de la comisión son puestos durante diez días a disposición del interesado y de su eventual asesor.

La decisión de la Comisión es motivada. Se notifica al interesado y al Ministerio Público. La notificación se hace por carta certificada en Correos, en un plazo de tres días, no comprendidos sábados, domingos y días de fiesta.

Ap. 2.º—El Ministerio Público y la persona sometida a prueba pueden, el primero, por requisitoria, y la segunda, por petición, interponer, ante el Tribunal de Primera Instancia en el que está constituida la Comisión, recurso contra las decisiones pronunciadas por ésta en virtud del párrafo 1.º del presente artículo.

La requisitoria y la petición deben ser escritas y motivadas. El recurso debe ser interpuesto dentro de los diez días a contar desde la notificación de la decisión de la Comisión. Es suspensivo, a menos que la Comisión no decida otra cosa.

El Presidente del Tribunal llamado a decidir hace que se indique con más de diez días de anticipación, en un registro especial llevado en secretaría, el lugar, día y hora de la comparecencia. El secretario da aviso de ello por carta certificada, a la persona sometida a prueba, al menos diez días antes de la comparecencia. Durante este tiempo, los autos se depositan en secretaría a disposición del interesado y de su eventual asesor. El Tribunal conoce y decide en sala de justicia.

Si el Tribunal admite el recurso, puede reformar la decisión de la Comisión.

La decisión dictada sobre este recurso no es susceptible ni de apelación ni de oposición.

VI. *Revocaciones y prescripciones.*

Art. 13. Ap. 1.º—La revocación de la suspensión tiene lugar de pleno derecho en caso de nueva infracción cometida durante el plazo de la prueba y que hubiera acarreado condena a pena criminal o a prisión correccional principal de más de seis meses sin remisión.

Ap. 2.—La revocación de la suspensión es facultativa si la nueva infracción cometida durante el plazo de la prueba ha acarreado condena a prisión correccional principal sin remisión de al menos un mes y que no pasara de seis meses. Si el Tribunal no revoca la suspensión, puede reemplazarla la simple por la probatoria o añadir a esta nuevas condiciones.

Ap. 3.º—La suspensión probatoria puede igualmente revocarse si la persona objeto de esta medida no observa las condiciones impuestas y si esta inobservancia ha parecido suficientemente grave a la Comisión de prueba para que fuera indicada al Ministerio Público. En este caso puede también el Tribunal, en lugar de revocar la suspensión probatoria, añadirle nuevas condiciones.

Ap. 4.—En el caso previsto en el apartado 1.º anterior, si lo estima oportuno en los casos previstos en los apartados 2.º y 3.º, el Ministerio Público cita al interesado ante el Tribunal de Primera Instancia de su residencia con los mismos plazos, condiciones y formas que en materia correccional. Si se revoca la suspensión o se hace constar su revocación, la pena principal de prisión pronunciada según los hechos que han dado lugar a ella no puede pasar de dos años.

Para examen de las demandas de revocación, interpuestas en los casos previstos en los apartados 2.º y 3.º anteriores, los Tribunales a que conocen del asunto pueden aplicar el procedimiento previsto en el apartado 2.º del artículo 5.º de la presente ley. Las condenas se pronuncian siempre en audiencia pública.

Ap. 5.º—Las decisiones dictadas en virtud de los apartados 1.º, 2.º y 3.º, más arriba indicadas, son susceptibles de los recursos previstos en el Código de instrucción criminal.

Ap. 6.º—En caso de nueva infracción, la acción dirigida a la revocación o al pronunciamiento de la condena por los hechos que han dado lugar a la suspensión prescribe después de tres años cumplidos, a contar desde el día en que la condena pronunciada por la nueva infracción ha adquirido fuerza de cosa juzgada.

En caso de inobservancia de las condiciones impuestas, esta acción debe intentarse, a más tardar, en el año que sigue a la expiración del plazo señalado en el artículo 3.º. Prescribe a partir del año cumplido, a contar desde el día en que la jurisdicción competente ha conocido del asunto.

Art. 14. Ap. 1.º—Se revoca de pleno derecho la remisión en caso de nueva infracción durante el plazo de prueba y que haya acarreado condena a pena aflictiva o a prisión correccional principal de más de dos meses sin remisión.

Ap. 2.º—La remisión probatoria puede revocarse si la persona objeto de esta medida no observa las condiciones impuestas.

En este caso, el Ministerio Público, sobre el informe de la Comisión di-

rigido a la revocación, cita al interesado a fin de revocar la remisión ante el Tribunal de Primera Instancia de su residencia, en los mismos plazos que en materia correccional. Igualmente, incluso si se trata de la revocación de una remisión pronunciada por el Tribunal criminal. Si el Tribunal sentenciador no revoca la remisión, puede añadir nuevas condiciones a la remisión probatoria ordenada cuando la primera condena.

Estas decisiones son susceptibles de los recursos previstos en el Código de instrucción criminal.

Ap. 3.º—La acción de revocación por inobservancia de las condiciones impuestas debe intentarse, a más tardar dentro del año que sigue a la expiración del plazo señalado en el artículo 8.º. Prescribe a partir del año, a contar del día en que el Tribunal competente ha conocido del asunto.

Art. 15.—El Ministerio Público puede hacer encarcelar al condenado que se haya beneficiado de la remisión probatoria en la ejecución de la pena, en caso de inobservancia de las condiciones probatorias, a condición de dar aviso a la Comisión de prueba y de ponerlo en conocimiento del Tribunal de Primera Instancia de la residencia del condenado.

Este Tribunal decide, conforme al apartado 2.º del artículo 14, en un plazo de diez días a partir de este arresto. Si decide que no hay motivo para revocar la remisión, el interesado será puesto inmediatamente en libertad, no obstante la apelación.

Art. 16.—Las penas pronunciadas después de la revocación de la suspensión del pronunciamiento de la condena o las que se hagan ejecutorias a consecuencia de la revocación de la remisión en la ejecución de las penas, se acumulan sin límite con las pronunciadas como consecuencia de la nueva infracción.

Art. 17.—En todos los casos en que una persona sometida a una medida de suspensión o de remisión por aplicación de los artículos 3.º y 8.º, es objeto de nuevas acusaciones o no observa las condiciones impuestas, los procedimientos relativos a las infracciones que han dado lugar a la remisión se unen a los autos de las nuevas acusaciones, y si fuera el caso, al auto de las acusaciones dirigidas a la revocación de la suspensión o de la remisión. En caso de suspensión probatoria o de remisión probatoria, se une igualmente un informe de la Comisión probatoria sobre la conducta de la persona sometida a prueba.

Art. 18. Ap. 1.º—La prescripción de la acción pública resultante de una infracción que haya dado lugar a una decisión de suspensión del pronunciamiento de la condena, deja de correr a partir del día en que la decisión que señala las medidas previstas en el artículo 3.º ha adquirido fuerza de cosa juzgada.

La acción pública expira con el plazo señalado en este artículo si la suspensión del pronunciamiento de la condena no es revocado por aplicación del artículo 13.

Ap. 2.º—La prescripción de las penas pronunciadas con remisión en aplicación del artículo 8.º, comienza a correr en las fechas indicadas a continuación:

si la remisión es revocada de pleno derecho por aplicación del apar-

tado 1.º del artículo 14, la prescripción empieza a correr al mismo tiempo que las de las penas pronunciada con motivo de la nueva infracción,

si se revoca por aplicación del apartado 2.º del artículo 14, la prescripción empieza a contar desde la fecha del acuerdo de revocación o desde el día en que la sentencia de revocación no puede ser atacada por vía de apelación.

VII. Disposiciones generales transitorias y derogatorias.

Art. 19.—Para la aplicación de la presente ley, una pena de servidumbre penal, pronunciada por un Tribunal del Congo belga o de un territorio bajo tutela, es considerada como pena correccional, cuando es de ocho días a cinco años, y como pena aflictiva, cuando pasa de cinco días.

Art. 20. Ap. 1.º—El artículo 4.º del párrafo 5.º, de la ley de 31 de marzo de 1888, que establecía la libertad condicional y las condenas condicionales en el sistema penal, modificada por ley de 2 de julio de 1962, y el artículo 9.º de la misma ley, modificado por ley de 14 de noviembre de 1947, son derogados.

Dicha ley tendrá en lo sucesivo como título: «Ley estableciendo la liberación condicional en el sistema penal».

Ap. 2.º—La condena con remisión es aplicable a todas las penas que, antes de la entrada en vigor de la presente ley, no pedían, en virtud de leyes particulares, ser pronunciadas con remisión, con excepción de las penas señaladas por los artículos 143 de la ley de 15 de abril de 1896, 27 de la ley de 12 de diciembre de 1912, 16 de la ley de 29 de agosto de 1919, y modificada por el artículo 5.º del decreto-ley de 14 de noviembre de 1939, y 41 de las disposiciones legales concernientes al despacho de bebidas fermentadas coordinadas el 3 de abril de 1953.

La suspensión del pronunciamiento de la condena es igualmente aplicable, con reserva de las excepciones más arriba mencionadas, en los casos en que, antes de la entrada en vigor de la presente ley, la aplicación del artículo 9.º de la ley de 31 de mayo de 1888, modificada por la ley de 14 de noviembre de 1947, estaba excluida para la prisión o para la multa.

Art. 21.—El Rey fijará la fecha de entrada en vigor de la presente ley.

* * *

Sólo queda ya hacer algunos comentarios que fijen el alcance del texto de la ley aunque se abunde en observaciones hechas antes de su transcripción.

Uno de ellos es sobre la urgencia de la encuesta o información social exigida ya en el artículo 2.º sobre conducta y medio social en que se ha desenvuelto el delincuente antes de su delito, conocimiento necesario aunque insuficiente, para un pronóstico o prognosis de la oportunidad de su concesión.

Otro, la diferente y natural distinción de la duración de las penas a que pueden aplicarse a las de un mes a dos años para la suspensión y de seis meses a tres años para la remisión, aunque el periodo de suspensión o remisión sea igual para ambas de uno a cinco años (arts. 3.º y 8.º).

Mayor interés ofrece el comentario del artículo 10 creando la sumisión de prueba, en el que sin vacilación alguna elimina toda intervención policial, desconoce el sistema italiano de un Juez de sorveglianza sin Comité alguno, mejora el sistema francés de Comité de aprobación, reduciéndolo a tres miembros, que hará su actuación más agil y eficaz que el similar francés, apareciendo en su composición el equilibrio y orientaciones características de la ley, puramente judicial en la presidencia y en la designación, del Presidente intervención de las clásicas partes del juicio en la elección de un miembro entre las listas formadas por el Ministerio Fiscal y el Colegio de Abogados e intervención de la Administración con el miembro que ella nombra. Recuerda la preponderancia del Ministerio Fiscal, la asistencia de uno de sus miembros a sus sesiones con voz y sin voto. Aún queda la interpretación legal del precepto, que puede variar el tono de su aplicación, pues la actuación, de esta Comisión será regulada por un Reglamento que aún, por lo menos en noviembre, que el informador visitó Bélgica, no se había dictado.

Siendo, tanto la suspensión del juicio como la remisión cumplimiento de la pena, beneficios concedidos con la esperanza de que el delincuente primario no vuelva a delinquir, el beneficio se revoca sin falta esa esperanza (art. 13). Concedida condicionalmente una y otra en la forma probatoria, si el beneficiario de la medida no cumple las condiciones probatorias con que se le otorgó puede serlo igualmente (art. 13, párrafo 3.º y párrafo 2.º del 14).

Finalmente, la institución de la prescripción no deja de jugar su papel en esta materia y uno de los últimos artículos de la ley están destinados, como hemos visto en el texto transcrito, a regularlas y a señalar los momentos en que empieza a contarse (art. 18).

SECCION DE JURISPRUDENCIA

De la excusa absolutoria del art. 226 del Código penal

JUAN DEL ROSAL

Catedrático de Derecho Penal de la Facultad
de Derecho de Madrid y de la Escuela Judicial

SUMARIO: 1.º Relación facticia.—2.º Sentencia dictada por el Tribunal *a quo*.—3.º Impugnación de la Sentencia.—4.º Incidencias en la tramitación.—5.º Breve examen de la Sentencia de la Sala II del T. S.: A) En cuanto al documento auténtico. B) Interpretación del artículo 224 del Código penal vigente. C) Distinción de la autoría especial del artículo 223. D) De la excusa absolutoria del artículo 226.

1.º RELACIÓN FACTICIA.

A) Con ocasión de la alteración laboral que se produjo en distintas empresas de las zonas mineras de Asturias durante los meses de abril y mayo del corriente año, el 28 de este último mes y en las inmediaciones del pueblo de R., del concejo de M., se reunieron unos cincuenta o sesenta obreros pertenecientes a los grupos mineros de B., P. del B. y P.S.N. todos ellos de Fábrica de S.S.A., en cuya reunión acordaron que los obreros de mina B., que ya se hallaban en huelga con anterioridad se presentasen al trabajo al día siguiente con el fin de permanecer en el interior sin trabajar y lograr así que la empresa accediese a las pretensiones de orden laboral que tenían planteadas y que al plante habían de sumar los demás obreros pertenecientes a los otros grupos mineros anteriormente referidos. Al día siguiente, 29 de mayo, gran número de obreros de la mina B., entre los que se había divulgado el acuerdo tomado el día anterior, se presentaron al trabajo, pero una vez en el interior de la mina en vez de ocupar sus respectivos puestos de labor se fueron concentrando en distintas galerías y en actitud de brazos caídos permanecieron en el interior hasta el día siguiente, 30 de mayo, en cuyo día, hacia las trece horas y quince minutos empezaron a salir al exterior. Entre estos obreros que desde hacía tiempo se hallaban en situación de paro voluntario y que el día 29 de mayo produjeron el plante, se encontraban los procesados A. A. V., mayor de edad y de mala conducta, S. L. F., mayor de edad y de mala conducta, J. A. F. C., mayor de edad y de mala conducta, O. A. G., mayor de edad y de buena conducta, A. F. Z., mayor de edad y de mala conducta, E. A. T., mayor de edad y de buena conducta, C. C. M. G., mayor de edad y de buena conducta, y A. R. N. C., mayor de edad y de buena conducta, P. O. N., mayor de edad y de buena conducta, y A. G. V., mayor de edad y de buena conducta. El procesado A. A. V. se significó en la divulgación entre sus compañeros de trabajo del acuerdo del plante que había sido tomado en la mencionada

reunión del día 28 de mayo. No quedó acreditado que los hechos relatados hubiesen influido en la intensidad del paro que en días sucesivos fue decreciendo paulatinamente hasta llegar a una situación de completa normalidad a partir del día 8 de junio, ni producido otra alteración de orden público que la inherente al hecho en si mismo considerado, ni tampoco que hubiesen obstaculizado de manera importante el ejercicio de la autoridad pública. Fábrica de M.S.A., renunció expresamente a las acciones civiles y penales que pudieran corresponderle. B) El día 29 de mayo citado, cuando el vigilante de seguridad E.P.M., en el cumplimiento de su cargo se hallaba recorriendo las galerías de la mina B., al llegar a la galería segunda, un grupo numeroso de obreros de los que allí se encontraban, que no fueron identificados y que no quedó acreditado que entre ellos se encontrase ninguno de los procesados, robaron al E. y sin ejercer sobre él ninguna clase de fuerza material le manifestaron que tenía que quedarse con ellos y le impidieron que saliese, como era su deseo hasta las primeras horas de la madrugada del día 30 en que le permitieron salir por hallarse algo indispuerto.

2.º SENTENCIA DICTADA POR EL TRIBUNAL «A QUO».

Que en la Sentencia dictada por el Tribunal *a quo*, se estima que: los hechos probados eran legalmente constitutivos de un delito de sedición del artículo 222 número 3.º en relación con el 223 número 2.º y 224 del Código penal, y los del apartado B), de un delito de coacción del artículo 496 de dicho código, y reputándose autores del primer delito a los procesados, sin circunstancias, se dictó el siguiente pronunciamiento: *Fallamos*: que debemos condenar y condenamos a los procesados A. V. V., M. L. L. F., J. A. F. C., C. S. P., O. A. G., J. B. M., A. F. Z., E. A. T., P. V. G., C. C. M. G., G. I. F., J. R. N. C., P. O. N. y A. G. V., como autores criminalmente responsable de un delito ya definido de sedición, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cuatro meses y un día de arresto mayor al procesado A. y a la de tres meses de arresto mayor a cada uno de los demás procesados. con la accesoria para todos ellos de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y al pago a cada uno de la decimocuarta parte de la mitad de las costas procesales. Y debemos absolver y absolvemos a todos los procesados del delito de coacción por el que venían siendo acusados en la presente causa declarando de oficio la otra mitad de las costas. Les será de abono para el cumplimiento de la condena todo el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa. Y aprobamos, por sus propios fundamentos y con las reservas que contiene, el auto de insolvencia consultado por el Instructor.

3.º IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA.

Que el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal se basa en los siguientes motivos: *Primero*. Con fundamento legal en el número 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Error de hecho en la

apreciación de la prueba evidenciado por documento auténtico como es el informe del Gobierno Civil de Asturias obrante al folio 67 del sumario y que determinó la aplicación indebida del artículo 224 del Código penal, en cuanto faculta a los Tribunales para reducir las penas establecidas en los artículos 222 y 223 del mismo Cuerpo legal, en uno o dos grados. *Segundo.* Con fundamento legal en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Infracción de Ley por aplicación indebida del artículo 224 del Código penal en cuanto faculta a los Tribunales para reducir las penas establecidas en el artículo 223 del mismo Cuerpo legal, en uno o dos grados. *Tercero.* Con fundamento legal en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Infracción de Ley, en los hechos imputados a A. A. V., por falta de aplicación del número 1.º del artículo 223 del Código penal y aplicación indebida del número 2.º del mismo precepto legal. *Cuarto.* Para el supuesto de ser estimado el anterior y al amparo del número 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Infracción de Ley por falta de aplicación al procesado A. A. V., del artículo 227 en relación con el artículo 496 ambos del Código penal, en cuanto dispone que en los casos de delitos particulares cometidos en una sedición y no se descubrieron los autores, serán penados como tales los jefes principales de esta última.

4.º INCIDENCIA EN LA TRAMITACIÓN.

Que en el trámite respectivo ambas partes evacuaron el traslado de instrucción recíproca, oponiéndose la representación de los procesados recurrentes a la admisión del motivo primero del recurso del Ministerio Fiscal por incidir en la causa de inadmisión 6.ª del artículo 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y dicho Ministerio evacuó el traslado del artículo 882 de la referida ley rituaría, impugnando dicha oposición. Designados Letrado y Procurador en turno de oficio a los recurridos G. I. F., P. O. N., y A. G. V., dejaron sin evacuar el traslado de instrucción. RESULTANDO: que en el acto de la vista el Ministerio Fiscal sostuvo su recurso que fue impugnado por el Letrado recurrente; este sostuvo su recurso desistiendo del primer motivo y el Ministerio Fiscal lo impugnó, y el Letrado recurrido impugnó el recurso del Ministerio Fiscal y apoyó el del Letrado de los procesados.

5.º BREVE EXAMEN DE LA SENTENCIA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO:

A) *En cuanto al documento auténtico.*

Reitera una vez más, la conocida doctrina de la Excma. SALA, si bien conviene subrayar el párrafo con que sale al paso del supuesto documento «auténtico», aducido por el Ministerio público, y cuyo razonamiento dice así: «Que el primer motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal no puede ser acogido: a) Porque la autenticidad intrínseca, material o de fondo de los documentos públicos no se extiende a las deducciones, apreciaciones, consecuencias, ingerencias, opiniones hipótesis, juicios o con-

clusiones que sobre los hechos pretéritos formule la autoridad o funcionario público que los expida, ya que ninguna Ley concede a esas manifestaciones, por muy autorizadas que sean, carácter privilegiado ni las reconoce plenos efectos probatorios, pues sólo representan el criterio subjetivo de quien las admite, que no está obligado a compartir al juzgador, al que compete, con arreglo al artículo 471 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, apreciar libre y definitivamente tales manifestaciones y deducir del examen conjunto de las pruebas los elementos precisos para forzar su convicción y dictar, en consecuencia, el fallo que corresponde. b) Porque respecto a los datos de hecho, únicos que pueden constituir el objeto propio de aquella autenticidad intrínseca, no cabe atribuir valor probatorio de naturaleza privilegiada a los informes oficiales que se limitan a aludir o a relacionar dichos datos, sino que es menester que de la certeza de los mismos de fé el funcionario competente para ello, con referencia a los libros, registros, actas o antecedentes administrativos concretos que obran en el correspondiente archivo u oficina, y que la dación de fé se haga con las solemnidades propias de los certificados o certificaciones. c) Porque aún prescindiendo de la doctrina recordada en los dos apartados precedentes, reiteradamente invocada, por cierto, en otros recursos por el propio Ministerio Fiscal y aplicada repetidamente por este Tribunal, también es jurisprudencia constante que para que pueda prosperar un motivo amparado en el número 2.º del artículo 849 de la Ley citada es requisito absolutamente indispensable que el documento aducido muestre un hecho que se halle en abierta, manifiesta y flagrante oposición con alguno de los declarados probados, requisito ausente del informe del Gobierno Civil de Asturias, que se invoca en este motivo, dado que ni en su conjunto ni en los detalles evidencia que la huelga a que se contrae obstaculizadora de manera importante el ejercicio de la autoridad pública.»

Quizá cabría pensar que la traída a colación del artículo 741, en que con una mentalidad decimonónica el Tribunal se considera soberano, en punto a la concreción definitiva de la prueba, la valoración del contenido «intrínseco» del llamado documento «auténtico» no sea excesivamente pertinente, no ya solo en atención a que se refiere en concreto al «juicio», sino que además su colación sistemática le libera de su manipulación en orden a la casación.

Estamos, pues, ante un problema procesal, de superlativa importancia, sobre todo, si se piensa en que la Jurisprudencia limita demasiado la pertinencia del documento «auténtico» ¿Por qué la Autoridad, en el ejercicio de su competencia y sobre materias que conciernen a la misma, no va a sentar la autenticidad del *facto*? De no seguir esta orientación quiere decir que con la alusión al artículo 741, realidad huelga cualquiera otra apreciación que confiera rango de «auténtico» a un documento, que no sea la judicial. Incluso creo recordar que allá por el año 1957 se planteó por nosotros la «autenticidad» del acuerdo recaído por un Tribunal de Menores sobre los hechos, por los que absolvió este último y que la Sala 2.ª del Tribunal Supremo desestimó, apreciando el homicidio y descartando el carácter de auténtico al susodicho «acuerdo», en sentencia precedente de la Audiencia Provincial de Oviedo.

B) Interpretación del art.º 224 del Código penal vigente.

El segundo de los «considerandos» puntualiza, con la agudeza a que nos tiene acostumbrado el actual ponente una serie de requisitos o ingredientes típicos, dignos de consideración, sobre todo, si no se olvida que con ello sitúa el problema de «núcleo» típico en su justo lugar.

«Que en el motivo segundo apotándose el recurrente en la sentencia de esta Sala, fecha 22 de octubre de 1935, sostiene que la impugnada ha infringido por aplicación indebida el artículo 224 del Código penal ya que, dice, la aplicación de este precepto requiere inexclusivamente la presencia de la Autoridad pública en el lugar del suceso y que ésta haya iniciado el empleo de los medios legales para la represión; tesis que no puede ser aceptada en primer lugar, porque la resolución no refleja con exactitud y fidelidad la verdadera doctrina de este Tribunal, como es de ver en las sentencias posteriores de 21 de diciembre de 1935, 3 de junio de 1955 y 7 de mayo de 1960; en segundo término, porque la finalidad del precepto contenido en el artículo 224 es graduar la muy distinta gravedad de la medición, tomando en cuenta para ello, no la mayor o menor resistencia, que encuentran los *agentes de la autoridad* al emplear la fuerza necesaria para imponer o restablecer el orden público, factor silenciado totalmente en tal precepto, sino la entidad del resultado producido por los actos sediciosos en el ejercicio de la *autoridad pública*, esto es, en el funcionamiento de los órganos individuales o colegiados que tienen mando o ejercen jurisdicción propia (art. 119 del mismo Código), por lo que la aplicación del repetido precepto no está subordinada a circunstancias contingentes y meramente accidentales, como pudieran serlo la existencia de fuerza pública en el lugar de la sedición o su efectiva intervención en vista de la perturbación temida o consumada de la paz social, sino que depende de un factor que, en mayor o menor grado, no puede dejar de estar presente en todo fenómeno sedicioso, cual es, el obstáculo, embarazo, impedimento o estorbo opuestos al normal ejercicio de las funciones peculiares de los órganos de la comunidad política, y, en último lugar, porque la interpretación que se propugna supondría la irritante desigualdad de castigar con menor pena a los que se alzaren pública o tumultuariamente para conseguir por la fuerza o fuera de las vías legales, cualquiera de los objetos señalados en el artículo 218, cuando no hubieren llegado a embarazar de modo grave a la fuerza pública que en el cumplimiento de su cometido hubiese intervenido para restablecer el orden, que a quienes, estando comprendidos en las previsiones del artículo 222, ni siquiera hubieran motivado la actuación de las fuerzas de seguridad, por no haber alterado materialmente la tranquilidad ciudadana.»

De otro lado, no se olvide que estamos a presencia de una atenuación específica, o por mejor decir, de una medición de la pena especial, que con tanto acierto ha prodigado el Legislador del año 1944 y que ha mantenido y ampliado el del año 1963, y cuyo cuño data de la primera de las reformas citadas. Rodríguez Deresa designa este tipo como «privilegiado», si

bien no matiza la estructura técnica del mismo y se limita a señalar su procedencia, el artículo 256 del Código Penal de 1870 (1).

Interesa resaltar, de modo especial, cómo el «considerando» discrimina, con una corrección absoluta, la naturaleza del delito, previsto y penado en el artículo 224, sobre todo, cuando argumenta del modo que sigue: «no la mayor o menor resistencia que encuentren los *agentes de la autoridad* al emplear la fuerza necesaria para imponer o restablecer el orden público *factor silenciado totalmente en tal precepto, sino la entidad del resultado producido por los actos sediciosos en el ejercicio de la autoridad pública, esto es, en el funcionamiento de los órganos individuales o colegiados que tiene mando o ejercen jurisdicción propia* (art. 119 del mismo Código)».

Argumento acertado, una vez que se penetra, como hace el mencionado «considerando», en la textura técnica-dogmática del precepto.

Nada extraña, por tanto, que la consecuencia lógica esté concretada en el razonamiento que a renglón seguido nos expone, el cual dice así: «por lo que la aplicación del repetido precepto no está subordinada a circunstancias contingentes y meramente accidentales, como pudieran serlo la existencia de la fuerza pública en el lugar de la sedición o su efectiva intervención en vista de la perturbación temida o consumada de la paz social, *sino que depende de un factor que, en mayor o menor grado, no puede dejar de estar presente en todo fenómeno sedicioso, cual es, el obstáculo, embarazo, impedimento o estorbo opuestos al normal ejercicio de las funciones peculiares de los órganos de la comunidad política*», etc., etc.

Y, efectivamente, los párrafos transcriptos ponen de puntos sobre las íes en cuanto a la naturaleza del comportamiento delictivo, denominado «sedición». En el supuesto penal inscrito en el tan repetido artículo 224 del Código Penal Vigente se está a presencia, como es sabido, de una sedición; textualmente principia el artículo: «En el caso de que la sedición», etcétera, con lo que adquieren plena vigencia hermenéutica las alegaciones expuestas en la presente sentencia, ya que por tratarse de un delito, la integración del mismo está constituida por elementos esenciales, y *nunca* por simples contingencias que en nada afectan a la *esencia* del mismo.

Ahora bien, no debe olvidarse que el Legislador parte aquí de dos principios:

a) Que la sedición es «graduable», como acontece con la mayoría de las entidades penales; b) Que el entorpecimiento habrá de ser siempre grave; no basta, pues, cualquier clase de obstáculo. Quizá no esté suficientemente resaltado éste último extremo en el «considerando» como se debiera, aunque implícitamente se colige, con sólo echarse a la vista la abundancia de vocablos que se emplean en orden al normal desenvolvimiento de las funciones públicas.

A este respecto es acertada la expresión de nuestro colega claustral, Quintano Ripollés, cuando expone que: «En cambio, en atención a la menor entidad del delito de sedición, el artículo 224 prevé la rebaja de las penas en uno o dos grados cuando el hecho no hubiere llegado a emba-

(1) V. JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*. II. Valladolid, pág. 187, 1965.

razar de modo grave el ejercicio de la autoridad ni dado lugar a la perpetración de otro delito al que se señale penas superiores a las de presidio o prisión menores. Previsión atenuadora que en la rebelión no se conoce» (2).

Y se remacha la antedicha argumentación en el «considerando» en cuestión del modo siguiente. «Y, en último lugar, porque la interpretación que se propugna supondría la irritante desigualdad de castigar con menor pena a los que se alzaren pública o tumultuariamente para conseguir por la fuerza o fuera de las vías legales cualquiera de los objetos señalados en el artículo 218, cuando no hubieran llegado a embarazar de modo grave a la fuerza pública que, en el cumplimiento de su cometido, hubiese intervenido para restablecer el orden, que a quienes, estando comprendidos en las previsiones del artículo 222, ni siquiera hubieran motivado la actuación de las fuerzas de seguridad, por no haber alterado materialmente la tranquilidad ciudadana».

Argumento político-criminal, enfilado a la realización de la justicia, que reafirma y da sentido profundo a la interpretación, realizada por la más alta SALA de la Justicia Penal.

C) *Distinción de la autoría especial del artículo 223.*

El texto punitivo vigente sigue, en el artículo 223, una línea de orientación que prepondera más de lo que han pensado los comentaristas de su articulado, puesto que por consideraciones político-criminales que están al alcance de cualquier observador medianamente despierto, la explicación extensiva de la autoría del artículo 14, en sus tres números, no basta a las exigencias de los modos o formas con que se nos puede ofrecer la realización típica en determinadas figuras penales, sobre todo, cuando se piensa que la seriación penal, establecida en el Libro II del Código penal vigente se haya pensado abierta o larvadamente en la clase de autor material del «hecho», del número 1 del artículo 14. Con ello nos encontramos con que el estilo legislativo, implicado, quierase o no, en el llamado dogma de la causación esquema todavía, por desgracia, con resaltada influencia en la ordenación mental de los conocimientos humanos, se ve obligado en aras a la «relación de causalidad» y, de otra parte, con el deseo de ofrecer unas proposiciones sencillas y clara de autoría, a recurrir a concretos resaltes o destaques de ciertos comportamientos. Va'ga de ejemplo, el ofrecido por el artículo 223 y que en el «considerando» que copiamos de la Sentencia presente se ha interpretado con certera visión el término autor del que no lo es. Así, se razona: «Que contra la declaración contenida en el primer considerando de la sentencia recurrida, según la cual, ninguno de los procesados había sido promotor, organizador ni director de la huelga, se alza el tercer motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, en el que denuncia la infracción por falta de aplicación al procesado A. A. V. del número 1.º del artículo 223 del Código penal y, por aplicación indebida del número 2.º del mismo precepto legal, por entender que

(2) V. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho penal*. T. II. Ed. Rev. Dró. Privado. Madrid, 1958, pág. 54.

el A. ha de ser considerado como organizador de la huelga porque se significó en la divulgación entre sus compañeros de trabajo del acuerdo de plante que había sido tomado en la reunión obrera del día 28 de mayo de 1962: motivo que tampoco se dignó de ser estimado, porque la divulgación o comunicación de cualquier acuerdo es, por su propia índole, un acto accesorio o secundario, que si bien puede ser indispensable para la ejecución del concierto de voluntades por los que no tuvieron parte en su adopción, no participa de la naturaleza de los actos primarios y principales, como es el de organización, pues éste, por muy rudimentario que sea, requiere un planteamiento previo y cierta ordenación de los elementos mediales idóneos para la feliz consecución y mejor éxito de la finalidad perseguida, actividad distintiva de los cabecillas de los movimientos colectivos, ajena a la falta de diligente, nuncio o mensajero desplegada por dicho encausado. CONSIDERANDO: que la desestimación del motivo estudiado en el precedente fundamento lleva aparejada la del cuarto y último formulado por el Ministerio público para el único supuesto de ser estimado el anterior.»

D). *Del sentido y alcance del artículo 222 del Código penal vigente* (3).

La interpretación con que nos obsequia el «considerando» dedicado a este extremo es, por demás, justa, no sólo por la dimensión politicocriminal con que se contempla el artículo 222 del Código penal vigente, sino porque desentraña el alcance y denuncia, siempre dentro de un formalismo exigido por la vigencia del precepto, su carencia de consistencia real.

Y de esta guisa se pronuncia el razonamiento de la Sentencia presente: «Que cualquiera que pudiera ser el tino o desacierto del artículo 222 del Código penal, que al incorporar al texto refundido de 1944 los preceptos de los artículos 43 y 344 de la denominada «Ley de Seguridad del Estado» de 29 de marzo de 1941, mantuvo como requisito necesario para la punición de las huelgas de funcionarios, las más graves, indudablemente, dentro de los movimientos colectivos de paralización del trabajo, la existencia de una bien definida finalidad política, cual es la de atentar contra la seguridad del Estado, perturbar su normal actividad o perjudicar su autoridad y prestigio, y prescindió, en cambio, de tal requisito —perfectamente congruente con la naturaleza del delito de sedición— tratándose de las huelgas de obreros, no obstante haber enclavado éstas en uno de los capítulos de los delitos contra la seguridad interior del Estado, cuestión de oportunidad y armonía legislativas que escapa a la competencia, exclusivamente jurisdiccional, de esta Sala; lo que si aparece claro y evidente

(3) Estaba en el ánimo de cualquier lector del Código penal que la redacción del artículo 222 estaba por demás anticuada. Me atrevería a decir que era anacrónica. Ya Rodríguez Devesa, en una nota de la pág. 187, de su obra cit. *supra*, apoyándose en especialistas del Derecho del Trabajo, indica su carencia de sentido.

Ahora, hace tan solo unos días, previo dictamen de la Sección penal de la Comisión de Codificación, se ha remitido a las Cortes un moderno texto, congruente con la legislación laboral y con la finalidad del empleo de la huelga.

es que la voluntad de la Ley penal en vigor no es otra que la de asimilar al delito de sedición propia las huelgas de obreros, en todo caso, es decir, cualesquiera que sean los fines pretendidos por los productores con la suspensión o paralización del trabajo; razón insoslayable de tipo positivo que impide a este Tribunal acoger el segundo motivo del recurso interpuesto por la mayor parte de los condenados, el que ha sido examinado en primer lugar por haberse desistido en el acto de la vista del de quebrantamiento de forma que la antecedia.»

E) *De la correcta actitud del Tribunal.*

Por las razones anteriormente expuestas y pese a la crítica por excesivo reforzamiento del aparato punitivo, habida cuenta del origen del artículo 222, como ya indicó la actual decisión judicial, no cabe duda que la Sala se ve obligada al exacto cumplimiento del mandato jurídico-penal. Y en tal sentido no estará de sobra traer al primer plano de meditación, el «Considerando» que adopta tamaña postura: «Que la simulación legislativa de las huelgas de obreros a la sedición propiamente dicha ha de mostrarse con todas las consecuencias jurídicas que tal equiparación pueda llevar consigo, no solamente, pues, los susceptibles de redundar en perjuicio del reo, sino también las que acaso puedan favorecerle, entre estas últimas, la contenida en el artículo 226, incluido en el capítulo V, título III, Libro II, del Código penal, que articula las disposiciones comunes a la rebelión y sedición, siempre, claro es, que el texto y recto sentido de aquella norma, concebida y redactada originariamente para la sedición propia, sean conciliables con la naturaleza y tratamiento legal de la impropia.»

F) *De la excusa absolutoria del artículo 226.*

En este dilatado fallo, cuajado de complejidad y en que la SALA ha tenido que habérselas con una serie de problemas, la mayoría de los cuales descubren su autonomía externa e interna entre la realidad y la ficción jurídica o la verdad vivida y la captada en el precepto, el Excmo. Sr. Ponente hace gala, de continuo, del estudio agudo y profundo, en que no se na colocado al margen de la difícil problemática, sino que consciente del alto prestigio y de la naturaleza que imprime el juicio del Tribunal Supremo, se sitúa una y otra vez en el interno semillero de los problemas, y con ademán resolutivo, y llevado de unas lecturas pertinentes al caso, resuelve con imparcialidad una cuestión, cargada de justicia en práctica, si bien normalmente parece que no hubiese problema alguno.

Y así razona el «Considerando» del modo que sigue: «Que conforme al texto del citado artículo 226 y a la doctrina de este Tribunal que lo interpreta, los elementos de la excusa absolutoria que dicho artículo prevé son, en lo que ahora importa, los siguientes: 1.º *En cuanto al núcleo de la acción excusante*, que las sediciones se cometan a la autoridad legítima. 2.º *En cuanto al tiempo de la acción* indicada, que ésta se realice: a). Antes de haber logrado las sediciones la realidad de los objetivos propuestos. b) Antes también de haber mediado intimación por parte de la autoridad

gubernativa. 3.º En cuanto a los sujetos de la acción mencionada, que lo sean los meros ejecutores de la sedición».

De esta suerte, la interpretación de la excusa absolutoria, prevista en el artículo 226 del Código penal queda, sin alterar el texto de la Ley, dotada de una amplitud, digna de encomio, sobre todo, si se tiene en cuenta el riguroso sentido politicocriminal con que fue redactado, en su día, el artículo 222 del mismo texto punitivo.

Anora bien; ¿hasta qué punto entra en juego la excusa en el supuesto de hecho actual? Sin criticar el resultado final de la sentencia, que nos parece excelente, cabe pensar a la vista de la redacción del artículo 226 que se han incumplido los requisitos o «presupuestos», que dijera la técnica italiana, sin presencia de uno de ellos, no es posible traer a aplicación el meritado precepto taxativamente nos indica que la sumisión a la Ley, en una palabra, la de posición de su rebeldía se enerva, en virtud de que «los rebeldes o sediciosos se disolvieren o sometieren a la autoridad legítima antes de las intimidaciones o a consecuencia de ellas». Así, pues, se requiere una sumisión voluntaria o bien como consecuencia de la intimidación de la autoridad legítima. El delito, como es sabido, se ha cometido *plenamente*. Incluso el artículo 226 es expresivo al respecto, puesto que emplea los términos de «rebeldes o sediciosos», con lo que nos da a entender un comportamiento cualificativo típicamente de determinadas personas, incursas en uno u otra figura penal. Resultan, desde el plano dogmático, incompletos los requisitos de la excusa, o como dice el «Considerando» de la acción excusante, ya que no abarca un extremo, en este tipo alternativo, cual es el artículo 226, consistente en que se disolvieran sin que mediare intimidación alguna.

Además tampoco está, ni tan siquiera implícitamente sugerido, el requisito indicado en el «Considerando» presente, esto es, «antes de haber logrado los sediciosos la realidad de los objetivos propuestos», ya que: a) La excusa no libera del delito, únicamente *per utilitatem causae* no se pune, puesto que la eficacia de la pena está condicionada a determinadas actitudes humanas; b). Que para nada importa que se haya logrado o no el objetivo propuesto, pues la responsabilidad subsiste para los que no son meramente ejecutores, con lo dicho se está que únicamente abstrae del ámbito de la responsabilidad a los simples ejecutores: «Quedarán exentos de pena los meros ejecutores de cualquiera de aquellos delitos», subrayando, por segunda vez, que *todos* han cometido los delitos indicados o el de rebeldía o la sedición; c) Y todavía más: «y también los sediciosos comprendidos en el artículo 219, si no fueren funcionarios públicos». Obsérvese aquí, en el precepto del 219 cómo se han cubierto los objetivos de la rebelión o sedición.

Ahora bien, la Sentencia, agudamente trabajada, no se da por contenta con la explanación conocida, sino que llevado de un propósito encomiable, por todos conceptos, continúa ahondando en la excusa absolutoria, del artículo 226 y explana en el «Considerando» siguiente los ingredientes típicos:

«Que la sumisión a la autoridad legítima primero de los requisitos enunciados, no es menester que sea directa y expresa, esto es, que se con-

crete en palabras o actos realizados a presencia de la Autoridad o de sus agentes que tiendan inmediatamente a declarar la voluntad de los sediciosos de acatar el imperio de las Leyes y los futuros mandatos de aquélla, puesto que puede efectuarse también de modo indirecto o tácito, es decir, mediante palabras o acto que supongan necesariamente la voluntad de sumisión (*facta concludentia*), lo revela de modo incostestable la letra del artículo 226, que reconoce idénticos efectos a la sumisión que a la disolución o dispersión de los sublevados; y, sobre esta base, fuera de duda está que los condenados llenaron cumplidamente este primer requisito de la excusa absolutoria, toda vez que en los hechos fijados formalmente por el Tribunal *a quo* no se afirma que, tras el día de huelga de brazos caídos, los procesados persistieran en su actitud por tiempo indefinido, antes al contrario se dice que el paro asturiano fue decreciendo paulatinamente en los días sucesivos hasta llegar a una situación de plena normalidad en una fecha próxima; reanudación del trabajo por parte de los huelguistas que necesariamente implica su voluntad de acatar las normas jurídico-laborales y los mandatos o decisiones que en aplicación de ellas dictaran los órganos del Estado investidos de autoridad, entre cuyas normas sobresalen las del Decreto número T. 354-1962, promulgando no mucho tiempo después, que vino a proclamar la posibilidad jurídica de los conflictos colectivos de trabajo y a ordenar el procedimiento de formalización, conciliación y arbitraje de los mismos.»

Queda en pie, sin género de duda, la cuestión del *tiempo*. ¿Hasta cuando extiende su *tempus* la excusa? El artículo no concreta nada, como era de suponer, pero aún cuando no se tangencia en la Sentencia actual, cabría formularse la pregunta, ya que el motivo excusante es distinto, o debe ser valorado de forma diversa, según se disuelvan *inmediatamente* de cometido el delito que al cabo de cierto tiempo, cuando por fallidos propósitos la situación languidece y se disuelven por imposibilidad de obtener las cotas deseadas con sus ejecuciones penales.

En el razonamiento del «Considerando» se puntualiza que «fue decreciendo paulatinamente en los días sucesivos hasta llegar a una situación de plena normalidad en una fecha próxima», si bien no se determina la fecha, cosa de suyo importante, puesto que de lo contrario nos encontraríamos ante la paradoja de calificar el artículo 226 de un delito permanente, de un estado antijurídico prolongado a través del tiempo.

Continúa el «Considerando» subsiguiente remeditando, con acierto, sobre el requisito del tiempo, problema peliagudo y sobre el que han pasado los comentaristas recientes sin tocarlo en la forma debida, y que la presente sentencia ha salido al paso con inteligente ponderación del mismo, encajándolo dentro de la interna estructura de la excusa actual.

Así, dice el «Considerando»: «Que, igualmente, es indudable la concurrencia en el caso de autos del requisito de orden temporal antes enumerado, tanto en lo que afecta al no agotamiento del delito, a saber, que la sumisión se verifique antes de haber alcanzado los sediciosos la realidad de los objetivos laborales por ellos perseguidos, como en lo que concierne a la espontaneidad de la sumisión, o sea, que ésta tenga lugar antes de haber mediado intimación por parte de la Autoridad gubernativa, debiendo

anotarse, en relación con este subrequisito, que aún siendo meridiana la conexión existente entre las previsiones de los artículos 225 y 226, o por eso han de elevarse las del primero al rango de presupuesto o *conditio sine qua non* para la aplicación del segundo, porque, en primer término, la norma encerrada hoy en el artículo 226, vigente sin solución de continuidad desde 1848. (Artículos 182 del Código penal de este año, 253 del de 1870, 229 del Código de 1928, 253 del de 1932 y 226 del texto refundido en 1944 y del revisado en 1963), separándose de los antecedentes patrios (Pragmática-sanción dada en Aranjuez por Carlos III el 17 de abril de 1774; artículo 292 del Código penal de 1822 y de muchas legislaciones extrañas; no exige que, todo caso, la sumisión sea «intimidada», o sea, que se realice a consecuencia de las conminaciones de la Autoridad legítima, sino que, más lógica y comprensiva, extiende el perdón a los sediciosos que acataren la legalidad antes de las intimaciones de la Autoridad, esto es, antes de que la gubernativa haya desarrollado la actividad que describe y ordena el artículo 225 (completado actualmente por los artículos 13 y 14 de la Ley de Orden Pública) y, por consiguiente, lo mismo en el supuesto de que la Autoridad gubernativa y sus agentes hubiesen estado prontos a hacer públicas las intimaciones frente a los sublevados, que en la hipótesis, plasmada en el caso enjuiciado, de que la referida Autoridad no hubiera estado dispuesta a emplear los medios de conminación expresados, y, en segundo lugar, porque si otra solución interpretativa quizá podría atisbarse ante la sedición propia, única contemplada por el legislador hasta la publicación del texto refundido de 1944, ninguna distinta a la explicada anteriormente puede propugnarse con justicia una vez incorporada a dicho texto la impropia del artículo 222, pues injusto sería perdonar a los huelguistas que, después de alzarse pública y tumultuariamente para conseguir por la fuerza uno de los objetivos tipificados en el artículo 218, se disolvieron a consecuencia de las intimaciones que les dirigieran la Autoridad y los agentes encargados de velar por el orden público, y castigar, en cambio, como sediciosos a los huelguistas que, al margen por completo de aquellos objetivos y con el sólo fin de imponer determinadas condiciones a la empresa a la que todos ellos pertenecían, según reza el primer «Considerando» de la sentencia combatida, no se alzaron pública y tumultuariamente ni emplearon la fuerza, sino que se limitaron a adoptar una actitud ilícita de inactividad o pasividad: la suspensión o paralización del trabajo extractivo).

Nos parecen excelentes los razonamientos empleados en el «Considerando» transcrito, en que por vez primera se acomete, igualmente con acierto, la ardua tarea de precisar los antecedentes y el resalte del tiempo y, ante todo, el resultado injusto que resultaría del examen comparativo entre los preceptos sacados a relucir.

Todavía el presente fallo no elude contraer la problemática a la verdadera razón de la excusa, y para ello en el penúltimo de los «Considerandos» expone que: «Al ser los condenados-recurrentes, incluso el A. A. V., según ha quedado razonado anteriormente, meros ejecutores del delito de sedición impropia, inconcuso es que también se dá el tercero de los requisitos apuntados y, con él, el de todos los requeridos por el texto legal para

la estimación de la excusa absolutoria, estimación obligada, además, por la *ratio* inspiradora de la norma configurada en el artículo 226, pues si en la sedición propia la Ley perdona a los meros ejecutores de un delito, consumado más no agotado, con el fin de favorecer la restauración inmediata del orden público y de evitar que el derramamiento de sangre pueda llegar a imprimir una huella endeleble en el ánimo de los componentes de la comunidad, finalidad, pues, eminentemente política, semejante razón existe para perdonar a los meros ejecutores de la sedición impropia, dado que si la Ley penal ha acuñado como delito la huelga de obreros para hacerse eco de lo estatuido en la declaración XI del Fuero del Trabajo de 1938, según la cual, todo acto que turbe la normalidad de la producción deberá ser considerado como delito de lesa Patria, nada más lógico que la misma Ley penal estimule el inmediato restablecimiento de la normalidad de la producción, finalidad suprema de tipo económico-político pregonada por aquella Ley fundamental, prometiendo el perdón a la masa anónima de huelguistas que, antes de lograr sus objetivos profesionales por la vía ilegal utilizada, desisten de su actitud, reanudan sus faenas y vuelven a encuadrarse en el marco de las leyes que disciplinan la producción y reglamentan el trabajo».

Y el fallo acoge (4), por los fundamentos anteriores, el tercero y último motivo del recurso, interpuesto por la mayoría de los condenados, apreciando, por tanto, la excusa absolutoria, del artículo 226 del Código penal (5).

(4) Cfr. JUAN DEL ROSAL, *Comentarios a la doctrina penal del T. S.* Ed. Aguilar. Madrid, 1961.

(5) Ha sido Ponente el Excmo. Sr. D. Julio Calvillo Martínez.

A)

Jurisprudencia penal correspondiente a los cuatrimestres segundo y tercero de 1963

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Doctor en Derecho por las Universidades de Madrid y Hamburgo
Ayudante de Derecho penal de la Universidad de Madrid

LEY DE 16 DE MAYO DE 1902 DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

1. Art. 134. Por muy especial y genuina, que sea la naturaleza jurídica de la propiedad industrial, no lo es tanta para que, trascendiendo a lo punitivo, derogue los presupuestos esenciales de la estructura del delito, por lo que no es subsumible en este precepto el hecho de que el procesado utilizara y pusiera a la venta modelos de envases industriales patentados por sus propietarios, los señores C. y L., rellenándolos con la lejía elaborada por el procesado y etiquetándolos con su marca y cápsula, muy distinta a las de éstos, si ello no se realizó con el ánimo de perjudicar a los competidores (S. 25 de septiembre de 1963).

Excluye el dolo penal en esta clase de delitos el hecho de que el procesado esté en posesión de un título, por recusable que sea, en tanto este título no sea anulado (S. 28 de octubre de 1963).

Código Penal de 1944.

2. Art. 1.º *Omisión.*—Los actos de incumplimiento de sus obligaciones de vigilancia y celo por parte del guardia de la finca, que hacen posible la sustracción por otros de leñas, no pueden servir para fundamentar un delito de apropiación indebida por omisión, mientras él no se apodere de las cosas o consienta con sus actos que otros lo hagan para lucrarse (S. 5 de mayo de 1963).

3. *Relación de casualidad.*—Aunque el peatón cruzó la calzada por un sitio que no es paso de peatones, la posible infracción reglamentaria cometida por la víctima, no exonera al procesado de la culpa contraída por sus propios actos ni, por consiguiente, es bastante para romper el nexo causal (S. 8 de mayo de 1963).

La circunstancia de que el comportamiento de la víctima hubiese contribuido también a condicionar el resultado, no es suficiente para excluir, por sí sola, la co-casualidad de la acción del culpable (S. 3 de julio de 1963).

Cuando varias personas, sin mediar acuerdo, concurren en la producción de la muerte de una mujer a consecuencia de aborto, de modo tal que el fallecimiento tiene efecto por la suma de los actos de dichas personas, todas ellas han de reputarse causantes del evento, pues cada uno

de los agentes, de por sí, pone una condición que no puede suprimirse *in mente*, sin que el resultado desaparezca (S. 28 de noviembre de 1963).

4. *Voluntariedad*.—Toda acción u omisión delictiva requiere como ineludible sustrato, un comportamiento voluntario del que dimana la responsabilidad, malicioso en las infracciones dolosas y no malicioso en las culposas (S. 31 de mayo de 1963).

5. Art. 3.º *Frustración*.—Existe delito frustrado de hurto cuando el delincuente, que está apoderándose de prendas de ropa, es cogido *in fraganti*, sin completar la finalidad propuesta (S. 2 de mayo de 1963).

Existe homicidio frustrado al haber dolo de matar y causarse una lesión en el cuello con un instrumento tan idóneo como lo es un fragmento de guadaña, lo que implica en la conducta del autor el agotamiento de los medios ejecutivos (S. 17 de mayo de 1963).

6. Art. 8.º, núm. 1.º *Trastorno mental transitorio*.—Es de estimar la existencia de trastorno mental transitorio en el que, durante una riña, es cogido por los testículos, lo que le produce un agudo dolor, y reacciona instintivamente mordiendo en la frente al que le ataca y produciéndole lesiones de las que tarda en curar cuarenta y cuatro días (S. 16 de mayo de 1963).

Para que la embriaguez sea asimilable a la enajenación es preciso que anule el libre albedrío y produzca una incoscienza total y anulación absoluta de la voluntad (S. 18 de mayo de 1963).

Es imprescindible que la embriaguez haya privado en absoluto del discernimiento (S. 24 de octubre de 1963).

7. Art. 8.º núms. 4 a 6. *Legítima defensa*.—Esta circunstancia no es de apreciar en situaciones de reyerta (S. 4 de mayo de 1963). En igual sentido S. 27 de junio de 1963.

Tanto la persona como los derechos, entre ellos el honor, pueden ser objeto de legítima defensa (S. 20 de mayo de 1963).

Para que pueda apreciarse la legítima defensa, tanto completa como incompleta, es indispensable que exista una agresión ilegítima, y esta previa e inesperada agresión ha de consistir en un acto de fuerza injustificado que revele, de modo evidente, la intención de causar un mal a la persona atacada que ponga en peligro su honra, su vida o su integridad corporal (S. 7 de noviembre de 1963).

No es de apreciar, por no ser el ataque actual, si el que agredió primero se retira sin mostrar deseos de repetir el acometimiento y es entonces cuando el que acaba de ser atacado produce las lesiones (S. 8 de noviembre de 1963).

La agresión ilegítima se caracteriza por el empleo de un medio de fuerza actual, directo e inesperado que ponga en peligro inminente la vida o integridad personal del acometido, o que por el conjunto de medios empleados en la acción ofensiva o las circunstancias determinantes de la misma pueda deducirse fundamentadamente que producirán ese resultado (S. 12 de noviembre de 1963). En igual sentido S. 19 de diciembre de 1963.

Existe sólo legítima defensa incompleta, por desproporción del medio utilizado, si a la agresión con una escoba se responde con el ataque con una plancha caliente (S. 2 de diciembre de 1963).

8. Art. 8.º, núm. 7.º *Estado de necesidad*.—Concorre la eximente de estado de necesidad en la que falsifica una receta a fin de obtener un estupefaciente con el que aliviar los dolores que le produce una enfermedad cancerosa (S. 18 de diciembre de 1963).

9. Art. 8.º, núm. 8.º *Caso fortuito*.—Faltando la debida diligencia en la conducción de un vehículo de motor, la eximente 8.ª del artículo 8.º es, inaplicable (S. 27 de junio de 1963).

10. Art. 8.º, núm. 12. *Obediencia debida*.—Esta eximente presupone un mandato que por imperio de su incontrastable preponderancia anule la libre opción voluntaria del que debe obedecer. (S. 28 de mayo de 1963.)

La obediencia debida, para ser apreciada como eximente, tiene que ser legítima, lo que implica que la orden ha de proceder de quien tenga derecho a mandar, que lo haga dentro de sus facultades, que esté dirigida a quien incumbe el deber de obedecer y que la orden sea lícita y no contraria a la ley (S. 13 de diciembre de 1963).

11. Art. 9.º *Atenuantes*.—Sobre un mismo hecho no cabe sentar dos circunstancias modificativas (S. 5 de octubre de 1963).

12. Art. 9.º núm. 1.º *Eximentes incompletas*.—Para estimar una atenuante en base a este precepto es preciso que se haga constar cuál de las eximentes incompletas entra en juego (S. 27 de mayo de 1963).

13. Art. 9.º, núm. 3.º *Menores de dieciocho años*.—No es de apreciar esta eximente en un delito continuado de apropiación indebida, independientemente de la edad que se tuviese al comenzar el delito, si cuando se realiza la última apropiación se es mayor de dieciocho años (S. 29 de mayo de 1963).

14. Art. 9.º, núm. 4.º *Preterintencionalidad*.—La falta de ánimo de causar la muerte sólo puede inferirse de datos con objetividad externa (S. 4 de mayo de 1963).

No se puede estimar en el aborto con resultado de muerte (S. 10 de mayo de 1963).

Hay adecuación entre un empujón, la caída al suelo del agredido y la causación de lesiones que tardan en curar cincuenta y siete días, y al no destacar nada desproporcionado e insólito que permita deducir la ausencia de relación entre acto y voluntad no es posible apreciar la preterintencionalidad (S. 11 de junio de 1963).

Para que se dé esta circunstancia es preciso que conste la inadecuación entre la causa productora y el efecto surgido (S. 27 de septiembre de 1963).

La preterintencionalidad implica una desproporción entre la voluntad y el resultado lesivo que ha de determinarse por una evidente falta de idoneidad en los medios ejecutivos concebidos, tanto en la situación concreta como, sobre todo, en un plano abstracto de ordinarias posibilidades (S. 8 de octubre de 1963).

15. Art. 9.º, núm. 6.º *Vindicación de ofensa*.—La atenuante de vindicación es de ordinario incompatible con la de provocación y la de arrebatu o obcecación (S. 19 de junio de 1963).

16. Art. 9.º, núm. 8.º *Arrebato o obcecación*.—En esta circunstancia no se valoran las ofuscaciones y arrebatos surgidos entre quienes contienen mutua y recíprocamente, pues ese acaloramiento conjunto es el que

mantiene la lucha y no puede servir a uno de los comunes contendientes de causa específica de atenuación, por común, por su motivación subjetiva y no provocada, y por su ilegitimidad de origen (S. 4 de mayo de 1963).

Es de apreciar en el delito de inhumación ilegal cuando la madre da por sí misma enterramiento al hijo para ocultar su deshonra (S. 28 de mayo de 1963).

Para que esta atenuante pueda ser apreciada como muy calificada es menester que las ofensas hubieran producido en la psiquis del reo una perturbación extraordinaria, una conmoción tan intensa que disminuyera su inteligencia o delibitarse su voluntad por bajo del nivel al que normalmente las hace descender el simple arrebató u obcecación (S. 12 de junio de 1963).

Esta circunstancia ha de fundarse no en contrariedades o estímulos cualesquiera, sino en motivos graves, legítimos y poderosos que sean susceptibles en el orden natural y humano de excitar las pasiones del culpable (S. 20 de junio de 1963).

Esta circunstancia no debe confundirse con el mero apasionamiento, pues exige que el origen de los estímulos sea legítimo (S. 26 de junio de 1963). En parecido sentido S. 16 de diciembre de 1963.

Es de apreciar la atenuante muy calificada de arrebató u obcecación en el gitano que hace vida marital con una mujer a la que, dadas las costumbres de la raza, considera su legítima esposa, y mata a aquél con quien ésta le engaña (S. 22 de octubre de 1963).

17. Art. 9.º, núm. 9.º *Arrepentimiento espontáneo*.—Es de apreciar aunque no se manifestaran todos los delitos cometidos, si la confesión del delincuente bastó para que fuese detenido (S. 4 de mayo de 1963).

Para la estimación de esta circunstancia no basta que el culpable proceda a disminuir los efectos del delito antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, pues es menester que espontáneamente lo haga movido el arrepentimiento (S. 1 junio de 1963).

18. Art. 10, núm. 1.º *Alevosía*.—El empleo de un arma de fuego no determina la alevosía, conducta que supone un obrar traicionero, actuación con seguro resultado de éxito y carencia de todo riesgo para el que actúa; ninguno de estos elementos se evidencian en el relato, ya que la autora obra a pecho descubierto, dando la cara y ostentando el arma a la luz del día, cuando sus oponentes pueden aprestarse a toda reacción y defensa, muy lejos de la sorpresa, corriendo la agresora el riesgo de ser atacada (S. 27 de junio de 1963).

No hay alevosía, pues la víctima vió venir a su agresor, estaban ambos frente a frente, y el tiempo que el procesado, aunque fuera mínimo, tuvo que emplear en echarse el arma a la cara, levantar el cerrojo y hacer el disparo, pudo ser aprovechado por el interfecto para apercebirse a la defensa y evitar la agresión arrebatando el arma o simplemente desviándola, dada la corta distancia que les separaba (S. 27 de septiembre de 1963).

El ataque de frente es alevoso si es inesperado y súbito (S. 18 de noviembre de 1963).

19. Art. 10., núm. 6.º *Premeditación*.—La premeditación requiere la frialdad en el propósito, la deliberación serena para llevarle a cabo, incompa-

tibles ambas con el fondo pasional del amor propio herido (S. 11 de mayo de 1963).

La agravante de premeditación conocida, en cuanto implica aumento de la intensidad del dolo, requiere la notoriedad de estos dos elementos que la integran: la persistencia firme en el propósito y la inexistencia de factores personales con ímpetu suficiente para impedir o dificultar la reflexión (S. 5 de noviembre de 1963).

20. Art. 10., núm. 7.º *Astucia*.— La astucia no necesita premeditado planeamiento y consiste principalmente en la forma de ejecución para asegurar el resultado e incluso, a veces, deja a la confiada víctima incapaz de reaccionar (S. 11 de mayo de 1963).

21. Art. 10., núm. 8.º *Abuso de superioridad*.— Se da esta agravante cuando la agresora, de cuarenta años, ataca a una anciana de setenta, estando situada aquella en un plano superior y armada con un leño de más de 4 kilos de peso (S. 20 de junio de 1963).

Para estimar esta agravante es preciso el aprovechamiento consciente por parte del autor de la situación de superioridad, y, además, los hechos tienen que poner de manifiesto una mayor culpabilidad del sujeto activo; por ello no concurre en el que causa la muerte de un anciano si actúa mortificado por los gravísimos insultos proferidos contra la familia del culpable por la víctima (28 de octubre de 1963).

22. Art. 10., núm. 9.º *Abuso de confianza*.— No siempre se ha de estimar esta agravante, en un supuesto de robo, en los casos de convivencia en una habitación y casa de los sujetos activo y pasivo por ello no revela que entre ambos medien vínculos de relación personal, que es lo que puede engendrar una mutua confianza, pues si esa convivencia es forzada, bien por carencia de otra habitación adecuada o por imposición de la dueña de la pensión, no cabe hablar de confianza mutua (S. 26 de junio de 1963).

Obra con evidente abuso de confianza el médico de una clínica que realiza actos inmorales con una niña de ocho años, que ha ido a curarse, a quien su madre ha dejado sola con el médico por haberle dicho este que necesitaba vinagre para la cura, lo que la madre salió a comprar (S. 19 de diciembre de 1963).

23. Art. 10., núm. 13. *Nocturnidad*.— No es de estimar cuando no está probado que la elección de la hora nocturna obedeciese a la finalidad de facilitar la ejecución del propósito agresivo (S. 11 de mayo de 1963).

No es de estimar, pues la nocturnidad fue ocasional ya que de no realizar la perpetración del hurto en las horas de la noche no podía hacerlo en otras por ser las únicas en que, por olvido, dejaron abierta la puerta del establecimiento (S. 14 de diciembre de 1963).

24. Art. 10., núm. 14. *Reiteración*.— La reiteración es una circunstancia cuantitativa y no cualitativa que sólo exige para darle contenido una condena anterior por delito al que la Ley —cualquier Ley— señale igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que aquella señale pena menor (S. 4 de mayo de 1963).

Cuando no consta la cuantía de lo defraudado, apropiado o hurtado, ni tal dato puede inferirse de la pena impuesta, no cabe apreciar el ante-

cedente penal de fecha anterior a la de vigencia de la Ley de 30 de marzo de 1954 (SS. 18 mayo 1963, 4 octubre 1963 y 26 noviembre 1963).

La reiteración entra en funciones atendiendo solamente a la cuantía de la pena de los delitos cometidos con anterioridad, abstracción hecha de su naturaleza jurídica, de acuerdo con el concepto que de esa agravante se da en el número 14 del artículo 10 (S. 25 octubre 1963).

Las sentencias dictadas por la jurisdicción militar constituyen antecedente a los efectos de la repetición delictiva (S. 21 noviembre 1963).

Es indiferente que las condenas anteriores se hayan impuesto por delitos definidos y sancionados en el Código Penal o en leyes especiales (S. 20 diciembre 1963).

25. Art. 10, núm. 15. *Reincidencia*.—Para que pueda apreciarse la reincidencia han de constar con exacta precisión las fechas de la sentencia anterior que ha de producir el efecto de agravar la pena y la del hecho posterior y, además, que aquélla tenga el carácter de ejecutoria al tiempo de cometer el nuevo delito, que debe estar comprendido en el mismo título que el precedente (S. 26 septiembre 1963).

26. Art. 10, núm. 16. *Desprecio de sexo*.—No es de apreciar cuando la mujer víctima del delito provoca el hecho (S. 28 octubre 1963).

No puede reputarse provocación del suceso, el uso de la libertad de aceptar o romper el noviazgo (S. 18 noviembre 1963).

Por regla general, el ataque a una mujer, cuando ella no lo provoca ni el sexo es inherente al delito, determina la concurrencia de esta agravante (S. 22 noviembre 1963).

27. Art. 14. *Autoría*.—El previo concierto y actuación conjunta constituye a todos los sujetos en autores, cualquiera que fuese la participación material que cada uno tuviese (SS. 16 mayo y 14 diciembre 1963).

El requisito de la necesidad del acto no debe contemplarse como algo ineluctable en absoluto, sino en la perspectiva de las realidades en cada caso, y en el presente no cabe duda que sin el doble ofrecimiento de buscar la operadora y brindar el local para el aborto, el hecho no se hubiera llevado a cabo, al menos con las características con que se desarrolló (S. 28 junio 1963).

Con arreglo al número 3.º del artículo 14, merece la consideración de coautor de un delito el que coopera a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado, necesidad que ha de afirmarse cuando el reo se encontró en la situación real, por él percibida, de dejar correr o de detener o interrumpir, con su comportamiento, la realización de la acción típica materialmente ejecutada por los autores directos, y como el cooperador necesario pudo impedir materialmente la realización del delito por los autores directos con sólo haber prohibido que en su casa se infirieran los malos tratos, ello revela también que era cotitular del material dominio del hecho (S. 1 julio 1963).

Se considera autores a cuantas personas toman parte directa en la ejecución de un hecho punible, comprendiéndose en aquel concepto no sólo los materiales ejecutores del mismo, sino cuantos a él concurren con medios directos, personales y eficaces (S. 23 octubre 1963).

28. Art. 16. *Complicidad*.—La comadrona que facilita la dirección de

un médico para producir el aborto es cómplice y no autora del aborto, pues no coopera con actos necesarios, dado que la que quería abortar, teniendo en cuenta su perseverancia en el propósito de destruir el fruto de la concepción, hubiera podido obtener la información por otro conducto (S. 3 julio 1963).

Es cómplice y no autora de un delito de aborto la que remite a la abortada al domicilio de otra mujer para que la practicase el aborto (S. 10 diciembre 1963).

29. Art. 17. *Encubrimiento*.—No importa que el encubridor ignore que la sortija había sido sustraída y crea que la autora la había encontrado, pues también en tal caso habría conocido la perpetración de un hecho punible: el tipificado en el número 2.º del artículo 514 (S. 6 junio 1963).

30. Art. 22. *Responsabilidad civil*.—La responsabilidad civil que asienta este artículo descansa sobre las insoslayables y terminantes bases de dependencia en lo personal y de actuación de servicios en lo ocasional (S. 31 mayo 1963).

En la jurisdicción penal la responsabilidad civil tiene que nacer necesariamente de la existencia de un delito (S. 26 junio 1963).

Basta a los fines de este precepto que las personas responsables se hallen ligadas entre sí por vínculos derivados de acuerdo, conformidad o aquiescencia para asumir el uno, y autorizar el otro, las obligaciones en cuyo cumplimiento se dió ocasión al hecho perseguido (S. 10 julio 1963).

El dueño del bar responde civilmente por las lesiones causadas por un camarero a su servicio, quien, para ahuyentarlo, le da una bofetada a un niño que molestaba en la terraza, causándole lesiones graves (S. 10 noviembre 1963).

31. Art. 24. *Retroactividad de las leyes favorables al reo*.—Si con arreglo al artículo 24, las leyes penales tienen efectos retroactivos en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, igual eficacia habrá de otorgarse a los preceptos administrativos llamados a integrar una disposición penal incompleta, como es la contenida en el artículo 3.º de la Ley del Automóvil 1950 (S. 8 noviembre 1963).

32. Art. 48. *Comiso*.—Al ser pena el comiso, no debe imponerse al responsable civil subsidiario (S. 20 junio 1963).

33. Art. 51. *Pena del delito frustrado*.—Si la pena señalada al delito consumado es la de presidio menor y multa conjunta de 1.000 a 10.000 pesetas, al tener que rebajar un grado por ser delito frustrado, la sanción que corresponde imponer es la de arresto mayor en toda extensión y multa de 1.000 pesetas, y si la sentencia recurrida ha condenado sólo a la pena de tres meses de arresto mayor, ha omitido sancionar también con multa, como es imperativo, infringiendo el artículo 51 (S. 12 junio 1963).

34. Art. 61. *Determinación de la pena*.—La regla 3.ª del artículo 61 sólo entra en juego en los supuestos de concurso de las circunstancias ordinarias, pero nunca en el de las privilegiadas o cualificativas (S. 8 mayo 1963).

Si se trata de un delito del Código Penal de 1932, al que se señalaba la pena de presidio mayor en sus grados medio y máximo, no es posible imponer la de seis años y un día, pues la regla 4.ª del artículo 61 tiene la

limitación de la pena que la Ley señala y no es factible, por ello, bajar del mínimo de ocho años y un día (S. 17 mayo 1963).

Sobre el uso de las facultades discrecionales otorgadas por la regla 4.ª no cabe la casación (S. 18 mayo 1963).

Aunque la declaración de muy calificada es facultad de la Sala, es recurrible en casación, pues la regla 5.ª del artículo 61 es un modelo de individualización judicial que permite adaptar la pena a las circunstancias que concurren en la consumación del delito (SS. 22 y 25 junio 1963).

35. Art. 66. *Eximentes incompletas*.—A diferencia de lo que sucede con las atenuantes muy calificadas, una vez apreciada la semieximente nace un derecho del reo a la aplicación de la pena inferior, y, dentro de esta pena inferior, ha de ejercer su efecto propio cualquiera otra atenuante o agravante que se estime (S. 9 noviembre 1963).

36. Art. 69. *Delito continuado*.—La esencia del delito continuado estriba en fundir en una sola infracción penal, totalizadora si afecta a ataques contra la propiedad, lo que individualizado hubiera tenido vida penal autónoma, abstracción hecha de si integran delitos, faltas, o delitos y faltas (S. 6 noviembre 1963).

A la construcción jurídica del delito continuado sólo debe acudirse cuando haya imposibilidad de individualizar las acciones atribuidas al mismo sujeto que infringió el mismo precepto penal (S. 7 noviembre 1963).

37. Art. 71. *Concurso de delitos*.—Se infringe este artículo cuando, por el juego de las agravantes aplicadas a un delito de falsedad y a otro de estafa —cometida aquélla para realizar ésta—, se impone una pena que excede a la del delito más grave en su grado máximo (S. 16 mayo 1963).

38. Art. 94. *Condena condicional*.—Si concurre una eximente incompleta es obligatoria la aplicación de los beneficios de la condena condicional (S. 22 mayo 1963).

39. Art. 101. *Responsabilidad civil*.—El que es sólo autor de cohecho no responde civilmente de la malversación a la que el cohecho iba dirigida (SS. 7, 9 y 18 mayo, 22 octubre, 13 diciembre 1963).

No siendo las falsedades delitos de tipo matrimonial, y eliminado por prescripción el delito de fraude, no puede condenarse a reparaciones pecuniarias (S. 5 octubre 1963).

40. Art. 102. *Restitución*.—Si el autor solicita de un establecimiento un televisor y, sin título legal que le permita disponer de él, lo vende a un adquirente de buena fe, la restitución que postula el recurrente al comprador de buena fe es petición inadmisable ante el Tribunal de lo penal, obligado a ordenar la restitución de lo recuperado a la persona o entidad víctima del delito de estafa (S. 8 julio 1963).

41. Art. 104. *Responsabilidad civil*.—No son terceros, en el sentido de este precepto, las Compañías aseguradoras (SS. 19 junio, 8 julio, 23 septiembre, 23 octubre y 11 diciembre 1963).

Los abusos deshonestos con un niño de diez años significan quitar la inocencia a una criatura y, tal vez, producirle una deformidad sexual, constituyendo un perjuicio moral que debe indemnizarse, y aunque es cierta la dificultad de valoración, no es recurrible en ocasión cuando está comprendida dentro de los límites solicitados por la parte (S. 20 junio 1963).

Los principios más elementales de humanidad obligan a emplear con un herido cuantos medios sean necesarios para su curación, y, como es lógico, el importe de los mismos debe satisfacerse por el responsable criminal a la persona o entidad que los haya sufragado (S. 17 diciembre 1963).

42. Art. 107. *Responsabilidades solidaria y subsidiaria*.—No son solidarios los responsables civiles subsidiarios, respondiendo cada uno por sus dependientes, quienes vienen obligados, por su parte, a indemnizar al patrono por los daños causados en su vehículo (S. 2 junio 1963).

Los delitos culposos, coetáneos, concomitantes o concurrentes, individualizan la responsabilidad de cada agente, sin englobarse en una responsabilidad única y sin participación por coautoría de los diversos responsables; por tanto, no cabe establecer solidaridad entre los mismos para el pago de la indemnización de perjuicios como parte de la responsabilidad civil derivada de delito (S. 25 septiembre 1963).

43. Art. 109. *Costas*.—La vinculación con solidaridad 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 (S. 6 mayo 1963).

No es admisible la imposición de todas las costas causadas en el juicio a quien ha sido objeto de condena y absolución (S. 25 septiembre 1963). En igual sentido S. 30 noviembre 1963.

44. Art. 113. *Prescripción*.—La pena atendible no puede ser la ocasional a un hecho o la conveniente particularmente a un delincuente, sino la general de tipo, y esto supuesto, si según el artículo 528 párrafo 1.º del Código Penal el delito se castiga con presidio mayor, el plazo prescriptorio fue el de diez años (S. 22 junio 1963).

Toda prescripción supone un tope de la actividad delictiva para el cómputo del plazo; tope que si en los delitos de comisión instantánea es conocido fácilmente, no sucede así en los de tracto sucesivo, como en el de uso de nombre supuesto, porque precisamente el uso implica la repetición de actos, y es necesario determinar cuando éstos dejaron de cometerse para saber si están o no prescritos (S. 6 julio 1963).

45. Art. 114. *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, 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 de presunto culpable (S. 2 mayo 1963).

46. Art. 118. *Rehabilitación*.—Por imperio del último párrafo de este artículo queda sin efecto la cancelación concedida de antecedentes penales, sin necesidad de declaración especial, y recobra plena eficacia la inscripción cancelada respecto a los ya rehabilitados que cometieron un nuevo delito (S. 25 junio 1963).

47. Art. 119. *Funcionarios públicos*.—La cualidad de funcionario público a efectos penales no puede subordinarse a la vinculación de tipo ad-

administrativo que pueda existir entre el Estado y sus agentes o funcionarios, sino a la adscripción de éstos a una función pública y a la legitimidad de esa adscripción; por eso lo son los empleados que prestan sus servicios en el Instituto Español de Moneda Extranjera (SS. 7, 9 y 18 mayo, 3 julio, 22 octubre, 18 diciembre 1963).

Si el procesado estaba encargado de hacer las citaciones de testigos en causas criminales, realizando dicha gestión particularmente sin gozar de nombramiento oficial alguno para su cometido, no puede ser considerado funcionario público a efectos penales (S. 5 junio 1963).

48. Art. 147. *Injurias al Jefe del Estado*.—Hay publicidad al proferir la injuria en alta voz en la terraza de un bar y de madrugada, al punto de que fue oída por personas ajenas a los amigos reunidos (S. 9 julio 1963).

49. Art. 178. *Arrogación de atribuciones judiciales*.—Este delito se diferencia del artículo 378, en que este último ha de ser reservado para el funcionario del «orden administrativo» que en general se arroga funciones judiciales, llevando sus atribuciones específicamente administrativas a invadir las funciones judiciales, también en general, no sólo las punitivas; en cambio, el artículo 178, conviene al funcionario público, de cualquier adscripción, de irrogándose funciones judiciales imponga un concreto castigo equivalente a pena, incluso pecuniaria (S. 28 mayo 1963).

50. Art. 184. *Detención ilegal*.—El dolo específico del delito de detención lo constituye la conciencia plena, absoluta y segura que tiene el agente, que ha de ser funcionario público o tener este concepto, de que la detención que ordena o realiza es ilegal (S. 19 octubre 1963).

51. Art. 231. *Atentado*.—Al decirse en la sentencia que el procesado se lanzó a la agresión contra el Alcalde, «exasperado por lo que creyó ser una persecución a su familia», queda improbad el dolo específico de esta clase de delitos (S. 11 mayo 1963).

Si bien es cierto que en la tipificación del artículo 231, entra el ánimo de ofender a la Autoridad, éste debe presumirse, o más bien, como ha venido estimando esta Sala, va implícito en los actos de acometimiento (S. 18 junio 1963).

Basta el empleo de fuerza física contra el Agente de la Autoridad para que se cometa el delito de atentado, sin que sea necesario examinar la intimidación producida en el agredido (S. 27 junio 1963).

52. Art. 237. *Resistencia y desobediencia*.—De la embriaguez del procesado no puede deducirse un ánimo de rebeldía u oposición al principio de la Autoridad, sino la mera pasividad inhibitoria frente a los mandatos de los Agentes, hija de la situación en que se encontraba, y que por ausencia manifiesta de dolo grave reputarse falta (S. 10 junio 1963).

Mientras que este delito exige una conducta que implique oposición manifiesta y persistente al mandato de la Autoridad, o una actitud pasiva que demuestre la voluntad del culpable de colocarse abiertamente en oposición a la Autoridad, el delito del artículo 231, se caracteriza por el acometimiento o empleo de fuerza realizado por el culpable (S. 14 octubre 1963).

Cometen este delito los culpables, dada su obstinada y reiterada actitud de rebeldía a acatar el mandato de la Autoridad judicial, ocupando

repetidamente el inmueble del que habían sido lanzados varias veces virtud de sentencia firme dictada en el correspondiente procedimiento judicial (S. 15 octubre 1963).

53. Art. 240. *Desacato*.—Vista la unidad del objeto del delito, que en el desacato no es el honor privado de la persona destinataria de los conceptos injuriosos, sino el principio de Autoridad encarnado en las diversas personas que lo representan en la función pública de la Administración de Justicia, ha de entenderse que el perpetrado en los escritos del procesado constituyó un solo delito de desacato por injurias graves, en lugar de los tres estimados por la Sala sentenciadora, entendiéndose que el resto de los conceptos vertidos en otros escritos fueron secuela de los que lo fueron en el principal, y lesivos en todo caso al mismo interés jurídico (S. 13 noviembre 1963).

54. Art. 244. *Calumnias, injurias, insultos o amenazas a la Autoridad*.—Es perfectamente compatible el ánimo ofensivo denigratorio y el crítico, y se da este delito si se imputa al señor Juez el obrar con arreglo a recomendaciones y resolver los asuntos, injusta y parcialmente (S. 3 mayo 1963).

Este delito no se perpetra por la mera objetividad de los conceptos o expresiones vertidas, sino que es menester coordinar tal elemento con el propósito lesivo de vulnerar el principio de Autoridad que la persona ofendida encarna (S. 26 junio 1963).

55. Art. 245. *Injurias a Agente de la Autoridad*.—Este delito no precisa que el funcionario se encuentre dentro de su oficina o en el ejercicio de sus funciones; por ello se comete aunque el ofendido esté en una casa en visita particular si el insulto se produce, no en un incidente de carácter privado, sino exclusivamente como represalia por su actuación como Secretario de Ayuntamiento (S. 15 junio 1963).

56. Art. 256. *Tenencia ilícita de armas: penalidad*.—Ni aún concurriendo las circunstancias que en este precepto se determinan están obligados los Tribunales a la rebaja de la pena, sino que se trata de una facultad discrecional (S. 20 junio 1963).

57. Art. 280. *Propiedad industrial*.—Este precepto punitivo es una de las formas establecidas para proteger la propiedad industrial, a fin de evitar la creación de falsos signos distintivos de los productos industriales o comerciales, e impedir que con el nombre, sello o marca de una empresa determinada se lancen al mercado productos que no pertenezcan a ella, sembrando la confusión en el mercado; protección penal que no puede extenderse a ampliar la falsificación de las estampillas que se usan en las oficinas para la más rápida ejecución de los trabajos, en cuanto no sirven o sean destinadas a adherirse a las mercancías; la falsificación de dicha estampilla para dar apariencia de veracidad a las firmas falsas que se pusieron en los cheques, no tiene otra significación penal que la de ser acto preparatorio de la falsedad documental que se proyectaba para defraudar (S. 16 mayo 1963).

Constituye este delito el mero hecho de reproducir el nombre exacto de la marca de champagne, aún sin otros aditamentos tipográficos (S. 19 noviembre 1963).

El hecho de simular la contraseña que Fosforera Española pone en algunas cajas de cerillas para conceder 25 pesetas de premio a los que tienen la contraseña no puede encontrarse en el artículo 280, porque no se falsifica ningún sello, marca o signo de los usados por las empresas comerciales para distinguir sus productos (S. 27 diciembre 1963).

58. Art. 281. *Propiedad industrial*.—Para que se dé este delito es preciso que concorra en el autor un dolo finalista de querer alterar mediante su conducta la seguridad en el tráfico jurídico (S. 25 septiembre 1963).

59. Art. 284. *Falsificación de moneda*.—Los cheques de dólares norteamericanos no legítimos no son moneda propiamente dicha, ni papel moneda ni billetes, sino títulos de crédito regulados por el Código de Comercio; tampoco es posible encuadrar en este precepto cuatro billetes de libras esterlinas retirados de la circulación, por carecer de curso legal que es el requisito común exigido por el artículo 284 (S. 15 junio 1963).

60. Art. 302. *Falsedad*.—Este delito se comete siempre que el funcionario realiza maliciosamente, y en la forma especificada en el Código, cualquier modificación de la verdad, no siendo preciso que la alteración se verifique en documento que él tenga que firmar o entregar, porque entonces quedarían sin sancionar las mutilaciones, sustituciones y alteraciones en los libros que se llevan en las oficinas del Estado y los asientos inexactos que se hicieran en sus Registros esenciales para el servicio del mismo y de los intereses generales de la Nación (S. 7 y 9 mayo 1963).

Existe el delito del número 4.º del artículo 302, y no el del número 2.º, cuando el encargado de hacer las citaciones de testigos hace constar, mendazmente, en la diligencia extendida en la cédula de citación, que se había constituido en la casa en la que tenía su domicilio el testigo y que por el supuesto portero, que en realidad no existía, se le manifestó que no vivía allí el testigo que debía ser citado, siendo por el contrario lo cierto que habitaba a la sazón en aquel inmueble (S. 5 junio 1963).

Son documentos públicos, a efectos de punición, de acuerdo con el artículo 1.216 del Código Civil, además de los autorizados por un Notario, todos aquellos en los que en su otorgamiento, confección o expedición intervenga un funcionario público por razón de su oficio, quedando relegados a privados todos los demás, con la modalidad especial de los mercantiles, y sin que la naturaleza de unos y otros, una vez falsificados, varíe por su incorporación a expedientes oficiales o su archivo en oficinas públicas (S. 13 diciembre 1963).

61. Art. 303. *Falsedad*.—La ficción de personas y cualidades que se hizo constar en los contratos de compra con pago aplazados por parte de los procesados fue el medio falaz integrante del engaño de las subsiguientes estafas, y al ser así y no tener protección específica en sí tales documentos como los públicos, oficiales o mercantiles en sentido estricto, no debió haberse adicionado a la correcta calificación por estafa la de falsedad documental del artículo 303 (S. 18 mayo 1963).

Se comete el delito de falsedad del artículo 303, en relación con el artículo 302 número 4.º, si el agente otorga testamento abierto procediendo a reconocer como hija natural suya a una niña, siendo así que le constaba que era hija de un tercero desconocido, sin que sea bastante para la exen-

ción de responsabilidad la creencia que abrigara el procesado de que no existía inconveniente legal alguno en hacer el reconocimiento, pues, por una parte, la voluntariedad de las acciones punibles y, por tanto, la intención dolosa es una presunción «*iuris tantum*» a tenor del artículo 1.º del Código Penal, y, por otra, es principio general establecido en el artículo 2.º del Código Civil que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento (S. 12 junio 1963).

Desde la supresión por el Código de 1944 de la falsedad por lucro, el medio empleado para defraudar, si es delictivo, se castiga separadamente del delito patrimonial, y, por tanto, es correcta la punición por falsedad en concurso con estafa del contable de una empresa que extiende 22 cheques contra las cuentas corrientes de sus principales en un Banco, mediante calco de las firmas de los mismos, cobrando durante un año una cantidad superior a las 300.000 pesetas (S. 17 juni 1963). Afirman también el concurso de delitos las SS. 28 junio, 24 y 25 octubre 1963.

Al existir en el Código Penal una sección especial destinada a castigar la falsificación de documentos de identidad y certificados, todo cuanto atañe a estas falsedades debe ser encuadrado dentro de sus preceptos y no puede llevarse a las normas generales, como hace la sentencia recurrida aplicando el artículo 303, (S. 6 julio 1963).

Para la realización de la modalidad delictiva del artículo 303, en relación con el apartado 9.º del artículo 302, es innecesario que el documento falsificado aparezca adornado con todas aquellas solemnidades extrínsecas que suelen revestir los documentos auténticos, pues basta que las que reuna sean idóneas para inducir a error sobre su autenticidad (S. 4 octubre 1963).

El objeto del delito de falsedad documental es el documento, por ello es atípica la conducta de cambiar los números que figuraban sobre el motor y el chasis del vehículo para ajustarlos aparentemente a los que figuraban en la documentación legítima, pero referida a otro vehículo (S. 19 octubre 1963).

62. Art. 306. *Falsedad*.—Para el elemento subjetivo de este delito basta el ánimo de causar perjuicio a un tercero, siendo intrascendente en el aspecto de la perfección típica la eficacia real de la mutación de la verdad (S. 4 junio 1963).

Al haberse aplicado ya el elemento psicológico del ánimo de lucro a uno de los hechos perseguidos, cual lo es el delito de estafa, queda privado de aquel elemento el otro delito, o sea, la falsedad en documento privado, que carece de protección penal, por sí sola, so pena de infringir el principio «*ne bis in idem*» (S. 10 junio 1963). En el mismo sentido S. 23 septiembre 1963.

A efectos penales es documento privado aquel que sin intervención de funcionario público, en misión propia por su cargo u oficio, contiene o engendra una obligación civil que pueda ser incumplida en perjuicio de tercero (S. 9 noviembre 1963).

63. Art. 307. *Falsedad*.—La condición precisa que este precepto exige es que no se haya tomado parte en la falsificación (S. 24 junio 1963).

64. Art. 320. *Usurpación de funciones*.—El delito de usurpación de funciones públicas no requiere la exhibición de atributos o documentos

justificativos de la falsa condición, sino que puede perpetrarse por el mero hecho de atribuirse la y ejecutar actos propios de la misma (SS. 8 mayo y 17 octubre 1963).

Comete el delito del artículo 320 del Código Penal de 1944, vigente cuando el hecho se realizó, el que pide en un tren la documentación a los viajeros, haciéndose pasar por policía (S. 2 mayo 1963).

65. Art. 321. *Usurpación de título oficial*.—Existe usurpación de la cualidad de Médico, aunque se receten productos totalmente inofensivos, por el que carece de título facultativo (S. 17 mayo 1963).

66. Art. 322. *Uso público de nombre supuesto*.—Este delito no puede confundirse con el del artículo 571; el primero supone una actividad continuada o de ejercicio y el segundo es la mera negativa a facilitar el nombre ante un requerimiento de la autoridad o funcionario público (S. 6 julio 1963).

67. Art. 344. *Salud pública*.—La «griffa» es estupefaciente (S. 2 diciembre 1963).

Se consuma este delito por el mero hecho de adquirir «griffa» para revenderla en España (S. 16 diciembre 1963).

68. Art. 349. *Juegos ilícitos*.—El párrafo 2.º del artículo 349 no exige que los jugadores sean habituales, ni que concurren con frecuencia a una determinada casa de juego (S. 10 mayo 1963).

69. Art. 364. *Infidelidad en la custodia de documentos*.—Por no haber lesión del cuidado debido, no existe delito de infidelidad en la custodia de documentos por imprudencia temeraria, si al cartero le desapareció la correspondencia, no por abandonarla en lugar público o de libre acceso a extraños, sino que, conservándola durante unas horas en su propio domicilio —que es como una prolongación espacial de la personalidad—, le fue sustraída por su propia esposa, lo cual no puede ser previsto racionalmente (3 mayo 1963).

70. Art. 383.—*Solicitud*.—No basta la cualidad personal, sino que es menester, además, que haya asunto pendiente, por lo que se absuelve al médico del Seguro de Enfermedad que cohabitó con una cliente. (S. 1 julio 1963).

71. Art. 385. *Cohecho*.—El funcionario que recibe una dádiva, la haya o no exigido previamente, por realizar unos hechos referentes a sus funciones que constituyan hechos delictivos, comete este delito (S. 18 mayo 1963).

72. Art. 391. *Cohecho*.—No es admisible que el cohechado, por hallarse ya corrompido, no pueda ser objeto de nueva corrupción, pues la palabra cohecho tiene gramaticalmente varias acepciones, entre ellas la de «sobornar», y esto es lo que ha hecho el recurrente al entregar una importante dádiva a un funcionario del Instituto Español de Moneda Extranjera para que ocultase en dicho Instituto la falta de reintegro de divisas (S. 2 julio 1963).

73. Art. 394. *Malversación*.—Se da este delito cuando el funcionario público contribuye con su conducta a sustraer divisas, que constituyen una auténtica propiedad del Estado español cuando proceden de operaciones de exportación como en este caso, en que esos caudales tenían existencia real y constituían un derecho expectante a favor del Tesoro público (SS. 7, 9 y 18 mayo, 2 julio, 2 octubre, 12 diciembre 1963).

74. Art. 399. *Malversación*.—No se da este delito si el presidente de una Mancomunidad de vecinos, como tal, y prescindiendo de que en él concorra

también la condición de Alcalde, al obrar en orden a lo que en el hecho básico se relata, no lo hace en el ejercicio de esta última función pública (S. 12 junio 1963).

75. Art. 400. *Concierto de funcionarios con especuladores para defraudar al Estado*.—Este delito es uno de los llamados de propia mano (S. 18 mayo 1963).

76. Art. 407. *Homicidio*.—El error en el golpe no degrada el homicidio doloso a culposo, sino que subsiste la intencionalidad (S. 22 junio 1963).

77. Art. 411. *Aborto*.—Si a consecuencia de aborto se causan lesiones de veinte días de duración, el delito de aborto es punible en concurso con un delito de lesiones del artículo 422.

Conforme a la doctrina más reciente de esta Sala, si bien cabe la complicitad en el aborto con resultado de muerte en las hipótesis de que el agente cooperara materialmente con actos no necesarios a la realización de las manipulaciones que dan por resultado la muerte de la mujer, no es dable reputar cómplice complejo delictivo a la que sólo se limita a poner en contacto a la abortadora con la abortada (S. 28 noviembre 1963).

78. Art. 415. *Aborto*.—No es aplicable este precepto a la matrona que se limita a relacionar a las personas que deseaban practicar el aborto con el facultativo que lo llevó a efecto, pues el facilitar el nombre de quien, según los rumores públicos, puede verificar la operación no es acto propio de la profesión de matrona (S. 3 julio 1963).

79. Art. 420. *Lesiones*.—Existe deformidad cuando el perjudicado ostenta una amplia cicatriz adherente a plano óseo en región temporal derecha que le afea el rostro y le ha producido, además, la también deformante secuela de impedirle los normales movimientos de apertura de boca y limitada capacidad para la masticación (S. 29 mayo 1963).

No es preciso, para que sea estimable la deformidad, el que textualmente se la aluda en la relación de hechos probados, siendo suficiente que en ésta consten los estigmas físicos en que consiste (S. 14 junio 1963).

La disminución de la agudeza visual de un ojo determina una deformidad en el cuerpo humano, porque no es únicamente lo que la constituye los defectos que afectan a la estética, perfectamente visibles, sino los no perceptibles que dificultan la normalidad de una función encaminada al completo y perfecto uso de los sentidos externos (S. 27 septiembre 1963).

Al sentarse que la secuela de ligera anquilosis de los dedos desaparecerá con el tiempo, tal dato, coordinándolo con el de la ligereza de la imperfección, no puede merecer el calificativo de pérdida de miembro a que hace referencia el número 3.º del artículo 420.

80. Art. 429. *Violación*.—A la víctima de una violación de uso de fuerza no se la puede pedir que agote todos los medios defensivos que pueden concebirse en un estado de lucidez y tranquilidad, bastando que oponga la resistencia que pueda en aquel momento (S. 25 junio 1963).

La distinción entre abuso deshonesto violento y tentativa de violación se halla en el ánimo de yacer (S. 2 julio 1963).

La privación de razón o de sentido de que habla el precepto penal no precisa que sea absoluta, sino que basta que las facultades intelectivas y volitivas estén disminuidas en grado suficiente para que la víctima no se dé

cuenta del alcance de sus actos y carezca de voluntad suficiente para resistir los impulsos de su naturaleza (S. 18 octubre 1963). En igual sentido (S. 12 diciembre 1963).

Apreciado por el Tribunal de instancia que el procesado realizado los actos que se le imputan en la creencia de que la mujer no era imbecil, falta una de las circunstancias integrantes del elemento intelectual del dolo, indispensable para la comisión del delito de violación del número 2.º del artículo 429 (S. 21 diciembre 1963).

Fijada la edad mental de la víctima del hecho en nueve o diez años, ello incluye la incapacidad más bien en el número 2.º del artículo 429, al referirse a la privación de sentido, que en el número 3.º, como estimó la Audiencia, si bien tampoco es totalmente rechazable la inclusión en este último, pues ambos atienden a la falta de libertad como consecuencia de la de discernimiento y no sólo ni principalmente a la capacidad de resistencia material (S. 6 diciembre 1963).

81. Art. 430. *Abusos deshonestos*.—En el delito de abusos deshonestos el bien jurídico directamente lesionado es la honestidad o pudor de la persona ofendida; por ello, cuando se abusa de varias personas, se cometen tantos delitos cuantas son las personas ultrajadas, aunque los actos se hallan cometido en un solo lugar y sin solución de continuidad (S. 22 mayo 1963).

Existe este delito cuando se efectúan tocamientos lúbricos en una joven de diecinueve años, débil mental, casi imbecil, en la que se halla injertado un proceso epiléptico (S. 7 junio 1963).

El besar y tocar por encima de la ropa los pechos y muslos de una joven de veinticuatro años, sin constar si hubo tolerancia por parte de la ofendida, ni tampoco si los procesados conocían la oligofrenia que la mujer sufría, no constituye el delito de este precepto, sino una falta contra el orden público del número 3.º del artículo 567 Código penal (S. 26 junio 1963).

El delito de abusos deshonestos, por su estructura de mera actividad, impide ordinariamente otro grado de ejecución que el consumativo, e imposible, desde luego, el de tentativa, por lo que la simple solicitud es atípica, salvo en el caso del artículo 383 (S. 1 julio 1963).

82. Art. 431. *Escándalo público*.—No toda inmoralidad constituye escándalo público, sino que es preciso que la grave trascendencia o publicidad de los actos inmorales hieran profundamente los sentimientos colectivos, no siendo este el caso cuando dos parejas entran discretamente, para cohabitar, en un domicilio particular en las horas de la madrugada, siendo sorprendida la que facilita las habitaciones por los inspectores de la Policía (S. 11 mayo 1963).

Es suficiente para estimar ofendido el pudor y las buenas costumbres el que los vecinos supieran que la procesada facilitó en su domicilio, mediante precio, habitación a un hombre y a una mujer dedicada a la prostitución. (S. 14 junio 1963).

La homosexualidad, como grave ofensa a las buenas costumbres, ha de ser considerada de trascendente importancia social, por mínima que sea la publicidad coincidente o posterior a los hechos (S. 1 julio 1963).

El párrafo 1.º del artículo 431, al aludir a trascendencia, no se limita a la significación de publicidad, sino que abarca también al concepto de

trascender por determinación de efectos consecutivos (S. 30 septiembre 1963).

La característica de este delito radica en su propia naturaleza y la gran perturbación que produce en las personas que lo conocen, por muy reducido que sea su número (S. 23 noviembre 1963).

Los actos atentatorios al pudor y a las buenas costumbres no precisan, para ser encuadrados dentro del artículo 431, que se cometan en público, o en presencia de personas extrañas, sino que basta que su conocimiento llegue a esos terceros o tengan trascendencia —como dice la Ley— fuera del recinto o intimidad en que se ejecutan, porque en esa proyección al exterior está la lesión a los sentimientos de pudor y honestidad de la sociedad, verdadero sujeto pasivo de estos delitos, cualquiera que sea el cauce o vehículo por el que llegó al conocimiento de otros la comisión de actos impúdicos; por ello es de apreciar el delito en los que realizaron actos de sodomía con un joven de diecisiete años, pues estos actos representan un ultraje a los más elementales principios de moralidad en toda sociedad cristiana y civilizada, consumándose el ultraje en el instante mismo en que la víctima tuvo que requerir servicios sanitarios para la curación de la enfermedad venerea contraída, ya que en ese requerimiento iba la notificación oficial de lo acontecido (S. 26 noviembre 1963).

El párrafo 2.º del artículo 431, pune el rufianismo, pero es imprescindible que se coopere o facilite la prostitución con beneficio económico en el tráfico o haciendo de ello el autor un modo de vivir (S. 28 septiembre 1963).

El párrafo 2.º del artículo 431 no castiga toda facilitación de medios para la realización de uniones sexuales ilícitas, aún con percepción de ganancias por el tercero que proporcionó los aludidos medios, sino la cooperación para la entrega carnal retribuida, que es la constitutiva de prostitución (S. 11 noviembre 1963).

83. Art. 434. *Estupro*.—Comete este delito el sujeto que yace con la hija de su nuera, si entre la vivienda de uno y otra había una comunicación interior, pues ésta da ya el carácter de doméstico al ambiente en que familiarmente conviven sus moradores (S. 23 octubre 1963).

En el calificativo de estupro doméstico se comprende el realizado por el amo respecto de la sirvienta (S. 25 noviembre 1963).

La palabra «doméstico» significa convivencia en un ambiente de tipo familiar en que la estuproza no goce de plena libertad moral para rechazar la proposición deshonesta (S. 25 mayo 1963).

Es preciso que para conseguir el yacimiento haya prevalimiento, precisamente, de la condición de patrono (S. 8 junio 1963).

84. Art. 436. *Estupro*.—La doncella, que es más que la honestidad, se presume (SS. 2 y 18 mayo 1963).

El ofrecimiento en matrimonio equivale a la promesa del mismo (S. 2 mayo 1963).

El estupro se comete cuando se consuma el engaño, o sea, en la generalidad de los casos, cuando se incumple la promesa de matrimonio (S. 11 mayo 1963).

Las reiteradas pero falsas promesas de matrimonio formuladas por el

procesado como medio para conseguir el coito y voluntariamente incumplidas, no obstante su logro, constituyen el más poderoso y eficaz engaño de cuantos se dirijan a vencer los frenos de pudor de la doncella ofendida. (S. 25 septiembre 1963).

85. Art. 436, párrafo 4.º *Abusos deshonestos*.—De la naturaleza misma del estupro, y por ende de los abusos deshonestos de éste derivantes, resulta que al no ser, como los de violación y afines, de forma comisiva instantánea, sino más bien de conducta, de engaño o de prevaimiento, la pluralidad de tocamientos impúdicos engañosos no produce pluralidad de delitos tratándose de idénticos sujetos activo y pasivo (S. 4 diciembre 1963).

86. Art. 438. *Escándalo público*.—Si no consta que se conoce que la corrompida es menor de veintitres años, pero sí que la corruptora omitió comprobar la edad de aquella, exigiendo los documentos de identidad, ésta responde sólo de un delito de imprudencia temeraria (S. 11 mayo 1963).

Se comete un delito culposo de corrupción de menores si el propietario de la pensión omite averiguar la identidad de la máscara, con apariencia de mujer, que resultó ser después un niño de trece años, con el que se ejecutaron actos homosexuales (S. 30 septiembre 1963).

87. Art. 441. *Rapto*.—Existe este delito cuando la raptada acude voluntariamente al domicilio de quien provocó en su ánimo una falsa creencia de protección desinteresada a la que fue a acogerse, con la mira de un mutuo acuerdo de efectuar el comercio carnal cuando lograsen poder dejar el provisional refugio, en el que fue rescatada la menor (S. 6 junio 1963).

Si bien es cierto que en este artículo no se exigen expresamente, como se hace en el anterior, las miras deshonestas, sin embargo está incluido en el Título que tiene por rúbrica «De los delitos contra la honestidad» y exige, como mínimo, ejercer algún género de seducción sobre las menores para que abandonen el domicilio de los padres o guardadores y que a consecuencia de ello haya sufrido quebranto su fama o buen nombre (S. 26 junio 1963).

88. Art. 443. *Acción penal*.—Esta norma instituye una graduación excluyente que va desde la persona agraviada hasta el guardador de hecho, pero no establece la misma graduación dentro de cada uno de aquellos grupos que pueden hallarse integrados por varios componentes, como son los de ascendientes y hermanos (S. 25 noviembre 1963).

89. Art. 450. *Adulterio*.—La convivencia de los cónyuges no implica el perdón (S. 1 julio 1963).

90. Art. 452. *Amancebamiento*.—Al rumor de que los encausados sostienen relaciones amorosas ilícitas desde hace tres años no es posible reconocerle en lo penal el valor de prueba plena, aún probado que los procesados han tenido acceso carnal en 1957 (S. 7 mayo 1963).

91. Art. 458. *Injurias*.—Para estimarse injurias leves, en vez de injurias graves, haría falta que la relación fáctica diera base para estimar, más que el deso de desacreditar, el de insultar o zaherir, con simple ánimo de causar molestia (S. 3 mayo 1963).

Comete un delito de injurias graves la novia que, por resentimiento, engaña al novio hasta el punto de acordar con él la celebración de la boda, y cuando llega al atrio de la iglesia, con traje de novia, donde la es-

peraba el querellante en unión de los invitados, en vez de entrar en el templo, se acercó al novio y le dijo en voz alta: «Hasta este sitio quería traerte para reirme de tí», regresando después rápidamente a su domicilio, sin contraer el matrimonio concertado (S. 11 mayo 1963).

Son injurias graves imputar a otro haber dado muerte a alguien en Francia y considerar hipócritas los golpes de pecho que se da en España (S. 14 mayo 1963).

Las palabras «puta y «pellejo» constituyen injurias graves a no ser que concurren factores que demuestren que el ánimo no era el de atacar o menospreciar la fama de la persona, como suele ocurrir a veces con esas y otras palabras pronunciadas en tono de chanza o broma entre personas de cierto nivel cultural (S. 25 mayo 1963).

Es difícil encontrar afrenta mayor para una mujer casada que afirmar que como consecuencia de relaciones ilícitas habidas con el recurrente ha tenido una hija (S. 21 diciembre 1963).

92. Art. 460. *Injurias*.—El «*animus iniuriandi*» queda eliminado ante la finalidad que con el escrito se perseguía, o sea, la de exponer abusos que creía se cometían respecto al funcionamiento de una institución (S. 30 septiembre 1963).

93. Art. 468. *Suposición de parto*.—El delito del artículo 468, sólo precisa para ser cometido del hecho material de la ficción de un alumbramiento, independientemente de que esta superchería se inscriba o no en el Registro Civil (S. 28 septiembre 1963).

94. Art. 487. *Abandono de familia*.—Si el abandono material del domicilio ya fue sancionado en condena anterior, no se repite al no reintegrarse el condenado al hogar conyugal (S. 18 junio 1963).

Si el procesado abandona el hogar conyugal, por la creencia de que su mujer le es infiel, y cuida y atiende convenientemente a sus hijos, no existe este delito (S. 25 junio 1963).

La insolvencia del procesado no significa que éste imposibilitado para cumplir las obligaciones inherentes al matrimonio y a la patria potestad, ya de dicha situación procesal es compatible con la existencia de ingresos inembargables, por estar precisamente destinados a las necesidades propias y familiares; además, los deberes cuya infracción se castiga en este precepto son también los que se refieren a la asistencia moral (S. 25 mayo 1963).

Existe la figura de abandono de familia del antepenúltimo párrafo del artículo 487, en el marido que impide la entrada en el domicilio conyugal a la madre y al hijo de tres meses, dejando de prestar desde aquel momento los auxilios más indispensables para la subsistencia, e incluso impidiendo a la esposa recoger las ropas para cambiar las que llevaba puestas su hijo; es intrascendente que la mujer no se hallara carente de medios (S. 22 noviembre 1963).

95. Art. 489 bis. *Omisión de socorro*.—La diferencia entre esta figura omisiva y la del artículo 5.º de la Ley de 1950 estriba en su amplitud, genérica en la del Código, en que en el primer supuesto abarca la falta de asistencia a cualquier persona en peligro, y en el segundo que el sujeto pasivo

no socorrido sea precisamente víctima del propio conductor del vehículo de motor (S. 10 mayo 1963).

Este precepto ha de entenderse referido a situación surgida de modo momentáneo y no a la derivada de otra estacionaria y prolongada y en la que en cierto modo participa la persona cuya conducta se enjuicia (S. 28 junio 1963).

96. Art. 493. *Amenazas*.—Si el disparo causó lesiones leves y éstas fueron castigadas no es posible, sin lesionar el principio «*ne bis in idem*», estimar el mismo hecho, además, como un delito de amenazas (S. 28 mayo 1963).

La petición por carta de 25.000 pesetas, bajo amenaza, de no acceder a la exigencia, de «quitar el hijo» al destinatario de la misiva, está tipificada en este precepto, pues por la misma imprecisión de dicha frase se produce el temor de un mal grave contra la vida y, por tanto, de un delito (S. 20 junio 1963).

97. Art. 496. *Coacción*.—No existe este delito si el hecho de deribar las paredes de la cueva y causar desperfectos a los enseres que en la misma había no fue dirigido a hacer difícil o imposible la vida del querellante en la vivienda, sino que fueron una consecuencia de las obras realizadas en el solar inmediato (S. 4 mayo 1963).

Comete este delito el que en actitud amenazadora obliga a una dependiente suya, de quien sospecha que le ha sustraído 400 pesetas, al quitarse la ropa exterior para registrarla (S. 30 noviembre 1963).

Junto a la violencia en sentido estricto y a la intimidación, la fuerza sobre las cosas utilizada como medio directo o indirecto de coerción, puede constituir una de las modalidades de la coacción punible (S. 9 diciembre 1963).

98. Art. 501. *Robo*.—Este tipo exige el inicial propósito de lucro, por lo que no hay robo con violencia si la agresión se efectuó para dar un escarmiento y, en ocasión de los malos tratos, sobrevinieron los apoderamientos (S. 18 mayo 1963).

99. Art. 505. *Robo*.—Aunque se ignore la cuantía de lo que intentaba robar el agente, procede la punición, para evitar el absurdo de tener que reputar inocente la acción del que inequívocamente se lanzó, por lo menos, a una tentativa de robo, si bien se ha de adoptar el criterio favorable al reo de incluir lo eventualmente apetecido mediante el latrocinio en el valor menor de lo en este artículo graduado (S. 11 junio 1963).

100. Art. 506. *Robo*.—Sólo puede entenderse como casa habitada aquella que en el momento de la comisión del delito sirva de albergue a una o varias personas, aunque no se encuentren momentáneamente en la misma, pues el cometer el robo en una casa habitada supone una peligrosidad social superior a verificarlo en la inhabitada, pues en aquella pueden encontrarse personas dentro o llegar durante la comisión del delito (S. 27 junio 1963).

101. Art. 510. *Robo*.—No siempre la utilización de las llaves legítimas por quien no sea su dueño da contenido al delito del artículo 504 número 4., sino que es preciso que esas llaves sean sustraídas al propietario, palabra que hay que entenderla en el sentido de actividad desplegada para

la aprehensión; o sea, un acto del culpable para desposeer al propietario de las llaves, ora las tenga materialmente en su poder, ora las haya situado donde sólo él o la persona que designe las puedan utilizar; por ello no comete este delito el que para abrir la caja metálica donde se encontraba el dinero utilizó las propias llaves de ésta que encontró encima de la mesa del despacho, cuya puerta estaba también abierta en el establecimiento donde prestaba sus servicios el culpable (S. 9 octubre 1963).

No puede considerarse como llave falsa la que no es sustraída, mediante un apoderamiento previo, del poder de su propietario (S. 19 octubre 1963).

102. Art. 514. *Hurto*.—No es esencial que la sentencia condenatoria por hurto contenga expresión especial de que el apoderamiento de cosa ajena se ha efectuado con ánimo de lucro, siempre que esto se infiera de aquello y no conste ni haya motivo para suponer que fuera otro el móvil del reo (S. 18 junio 1963).

El acuerdo para la sustracción, en una o varias veces, de fondos ajenos sin la voluntad de su dueño hace a cada partícipe responsable por la cantidad total sustraída, sin que sea necesaria la prueba de lo que a cada uno alcanzare en el reparto (S. 25 junio 1963).

No puede admitirse el hurto de uso, sino un hurto propio, si no consta de alguna manera que el propósito fue el de devolver el vehículo una vez hecho el uso pretendido.

Cuando en la comisión de acciones criminosas concurre una continuidad delictiva, nacida de un solo propósito doloso, y una sola objetividad en los culpables con el fin de lucro, tales hechos tienen que calificarse como constitutivos de un delito continuado (S. 27 septiembre 1963).

103. Art. 516. núm. 2.º *Hurto doméstico o con abuso de confianza*.—Existe este delito cuando la procesada se prevale de las facilidades de la convivencia para realizar el delito (S. 2 mayo 1963).

Quien en su propia casa deja abierta una caja con alhajas a disposición del que convive con ella, exterioriza así y hace patente que no le inspira la menor desconfianza la conducta de la enjuiciada (S. 10 junio 1963).

Las relaciones de dependencia que existían entre el dueño de la fábrica y sus operarias, obligaban a éstas a desempeñar su cargo con absoluta lealtad, lealtad que quebrantaron al apoderarse con ánimo de lucro de los géneros que tenían a su alcance (S. 27 septiembre 1963).

Para que se dé este delito no es precisa la existencia de relaciones de subordinación o de tipo laboral entre autor y perjudicado, sino que basta una situación de hecho que implique deberes de lealtad y que sitúen al infractor en condiciones favorables de ejecución; por eso comete hurto con abuso de confianza el huésped que sustrae efectos del dueño de la casa o de otros huéspedes, ya que por su condición de huésped, y por la presunción de honorabilidad que implica el ser admitido en ese concepto, tiene una libertad de acción dentro de la casa en que se hospeda de la que carecen los extraños (S. 7 octubre 1963).

Para apreciar el abuso de confianza es preciso, además del vínculo laboral o de otra índole que ligue al perjudicado con el autor del delito, que el agente se aproveche de la situación en que su actuación en su trabajo le

coloque o que se aroveche, por su condición laboral, de las facilidades que a todo obrero se entienden implícitamente concedidas para entrar en el local donde trabaja (S. 19 octubre 1963).

Es preciso que en el momento de la ejecución del hecho sancionado exista un vínculo o relación entre el culpable y el perjudicado que imponga al primero deberes de fidelidad y de lealtad quebrantado (S. 18 noviembre 1963).

104. Art. 516. núm. 3. *Hurto plurirreincidente*.—Es de apreciar la circunstancia cualificativa de plurirreincidencia si la sentencia del Tribunal de instancia hace constar, sin indicar fechas ni cuantías, que la autora había sido condenada anteriormente por siete sustracciones, pues aunque, en el caso más favorable, todas fueran faltas aisladamente consideradas, la tercera y posteriores adquirieron el rango delictivo por imperativo del artículo 515 (S. 10 junio 1963).

105. Art. 519. *Alzamiento de bienes*.—Aunque este artículo emplea la palabra «acreedores», en plural, con lo que pudiera creerse que es preciso que sean varios los perjudicados, tal criterio resulta inaceptable, ante el perseguido por el legislador de punir esta conducta, que es el de cartigar a quien defrauda haciendo desaparecer sus bienes para que el acreedor no pueda cobrar, consiga o no cese resultado y desaparezcan o no totalmente sus propiedades (S. 8 mayo 1963).

Excluida la finalidad en los procesados de perjudicar a los demás acreedores o buscar un estado de insolvencia, no existe el dolo específico del delito imputado (S. 25 junio 1963).

Este delito no requiere la expresa declaración total de insolvencia del alzado, como en algunos sectores doctrinales y en la antigua jurisprudencia se pretendió, sino que es suficiente la maniobra concreta de burlar la garantía sobre un crédito asegurado (S. 5 noviembre 1963).

106. Art. 528. *Estafa*.—Para que se dé la defraudación sobre la calidad de la mercancía es preciso que ésta se ofrezca como de naturaleza intrínseca distinta a la que en realidad tenga, o con calidades determinadas que sean inexactas, al punto que el consentimiento del comprador se preste creyendo que compra otra cosa —lana de Australia por la del país—, pero cuando no sucede así, y no ofrece la mercancía con una calidad específica, sino sólo exaltando su bondad, entonces no se da el delito de estafa, porque si no podría llegarse a considerar delictiva la propaganda comercial basada en la manifestación de las excelencias del producto (S. 10 junio 1963).

107. Art. 529. núm. 1.º *Estafa*.—Se hace culpable de una estafa de este número el que compra una cosa entregando a cambio un cheque sin provisión de fondos (S. 2 mayo 1963).

La comete quien al acudir a un hotel y hospedarse en él aparenta una situación que no tiene, lo que se exterioriza al ausentarse del establecimiento sin abonar la factura (S. 13 mayo 1963).

Son requisitos el ánimo de lucro, el engaño causal y el perjuicio de tercero (S. 14 mayo 1963).

Procede la absolución, pues en la fecha de autos no era delito el simple hecho de dar un cheque sin provisión de fondos, sino que requería el

engaño o maquinación, lo que no concurre en este caso, pues aparece que el suministro ya se había verificado (S. 14 mayo 1963).

No existe este delito si el procesado entrega para el pago de unos efectos por valor de 13.900 pesetas un cheque por esa cantidad que no fue abonado por resultar el líquido de su cuenta corriente inferior a tal suma, pues pudiera darse el caso de que la suma existente no cubriese el importe del cheque por cantidad que no llegase a las 500 pesetas, y la interpretación *pro reo* no permite nunca elevar a la categoría de delito una defraudación de esa cuantía (S. 5 junio 1963).

Se da este delito si los procesados entregaran cartón de calidad inferior al adquirido sobre muestras que habían sido preparadas disminuyendo sus impurezas causando un perjuicio de 50.000 pesetas (S. 25 junio 1963).

La entrega de un cheque a sabiendas de la falta de existencia de fondos en la cuenta corriente contra la que se libra constituye un delito de estafa del número 1.º del artículo 529, si se entrega dicho instrumento para pagar el importe de unos transportes (S. 24 junio 1963).

Pedir de un establecimiento el envío de un televisor y de una olla exprés y, una vez en poder del procesado, disponer del televisor, sin título legal que se lo permita, vendiéndolo a un adquirente de buena fe, integra el delito que está tipificado en este precepto (S. 8 julio 1963).

La solvencia de los inculpados no es ni puede ser excusa para destipificar el delito de estafa, lo que valdría tanto como autorizar penalmente a las personas solventes para el ejercicio de actividades fraudulentas sin otro riesgo que el de su eventual fracaso (S. 23 septiembre 1963).

El cheque datado en una fecha posterior a la que en realidad fue emitido, carente de cobertura el día de la «data», no constituye delito de estafa, por no haberse entregado a título del llamado dinero bancario, sino como un título de crédito, con reserva sobre su solvencia, lo que le excluye del área penal (S. 27 septiembre 1963).

La estafa propiamente dicha, a la que se refiere el número 1.º del artículo 529, requiere como elementos esenciales, entre otros, que a consecuencia de cierta conducta engañosa se origine o robustezca un error en determinada persona, en virtud del cual realice el engañado un acto de disposición que redunde en perjuicio del disponente o de un tercero (S. 16 octubre 1963).

108. Art. 529, núm. 5.º *Estafa*.—Existe este delito cuando el querellante entrega al procesado una letra de cambio en blanco con la sola firma de aquél, como aceptarse, para que se utilizara en garantía de un crédito de 12.000 pesetas y el autor logra que un tercero rellene la letra consignando la cantidad de 15.000 pesetas, reclamando este importe, una vez protestada la letra, en procedimiento ejecutivo (S. 28 mayo 1963).

109. Art. 530. *Estafa*.—Es de apreciar la multirreincidencia independientemente de que las condenas anteriormente pronunciadas contra el culpable lo hubiesen sido en sendas sentencias o en un solo fallo (S. 8 mayo 1963).

110. Art. 531. *Estafa*.—Está incluido en este artículo el hecho de ceder en pago de una deuda el crédito representado por una letra de cambio de

4.300 pesetas, silenciando el embargo que le afectaba y que le constaba al cedente (S. 31 mayo 1963).

111. Art. 532. *Estafa*.—Para que se dé el delito del párrafo 2.º del artículo 532, se precisa que esté en desacuerdo la intención de los contratantes —lo que realmente quisieron— con la forma de contrato que eligieron para arropar su insana intención, que deseaban ocultar con la protección que al contrato otorga la fé pública notarial (S. 30 noviembre 1963).

112. Art. 534. *Estafa*.—El viajar sin el correspondiente billete en el tope de un tren no es un delito de estafa del artículo 529 número 1.º, sino del artículo 534 (S. 27 junio 1963).

Para que haya estafa, es preciso, además del ánimo de lucro, un engaño suficiente para inclinar el ánimo predispuesto de una persona a la realización de algo que, de otra suerte, no hubiera efectuado (S. 22 octubre 1963).

Este tipo sólo entra en juego cuando el ánimo de engañar, no está comprendido expresamente en alguna de las figuras delictivas descritas en los artículos del Código Penal que inmediatamente le preceden (S. 30 octubre 1963).

113. Art. 535. *Apropiación indebida*.—Se entiende por apropiación el acto en virtud del cual una persona hace suya una cosa incorporándola a su patrimonio con intención de usar y disponer de ella como dueño y con ánimo de no restituirla (S. 2 mayo 1963).

No comete este delito la que, en concepto de fianza, recibe una cantidad por arriendo de un piso, negándose posteriormente a devolverla, pues dicha devolución no es siempre obligada, sino que está sujeta a muy diversas funciones de aseguramiento, y el delito de apropiación indebida no abarca en su estructura todos y cada uno de los incumplimientos de obligaciones contractuales (S. 18 mayo 1963).

Aunque la cosa se haya confiado al culpable no existe este delito, sino el de hurto, si el objeto del delito no llegó a salir del poder de su dueño ni el reo llegó a tener siquiera la mera detentación (S. 29 octubre 1963).

En el delito de apropiación indebida no es esencial el ánimo de lucro precisamente, sino que basta el perjuicio de otro; por eso la cuatía de la defraudación no es sólo por las 500 pesetas, con que se lucró la procesada, sino por 12 pesetas más, valor del bolso que arrojó a la alcantarilla previa la extracción del dinero (S. 17 diciembre 1963).

Quien pretando sus servicios como enfermera y acompañante a la perjudicada recibe 100.000 pesetas para ingresarlas en la cuenta corriente de un tercero y hace suyas 40.000, comete un delito de apropiación indebida y no un hurto con abuso de confianza (S. diciembre 1963).

114. Art. 540. *Maquinaciones para alterar el precio de las cosas*.—Lo decisivo en este delito, con la extensión impuesta por la Ley de 27 abril 1946, es el abuso del precio inserto en la prima o rédito, sin precisión de nexa alguno causal engañoso predeterminante del indebido pago (S. 3 junio 1963).

115. Art. 542. *Usura*.—Como el número de préstamos ha de servir de fundamento para dejar patente la habitualidad del prestamista, no pueden sancionarse como varios delitos, pues habitualidad es pluralidad de hechos

de la misma índole y con igual finalidad delictiva, perseguidos en un solo sumario sin limitación de número (S. 26 septiembre 1963).

Se considera ya como habitual el alcanzar a tres operaciones (S. 12 noviembre 1963).

116. Art. 546 bis a). *Receptación*.—La receptación supone una intervención posterior a la comisión del delito para aprovecharse de los efectos del mismo, pero sin la realización de actos coetáneos que revelen una excitación o influencia decisiva en el ánimo de su autor (S. 3 mayo 1963).

El ánimo de beneficio de este delito consiste no sólo en la intención de revender, sino en cualquier utilidad o provecho para el adquirente, basando la sola intención de poseer la cosa (S. 17 mayo 1963).

Basta que el comprador sepa que la cosa es de origen ilícito y que el que la trasmite no tiene título legítimo de disposición para que se dé el delito de receptación (S. 18 junio 1963).

Este precepto exige dos requisitos para que surja la figura de receptación: que se tenga conocimiento de la comisión de un delito contra la propiedad y que el autor se aproveche para sí de los efectos del mismo, lo que se da en este caso, ya que el agente compró y revendió con evidente ánimo de lucro las prendas que había adquirido procedentes de un delito de hurto (S. 27 septiembre 1963).

Para que se dé este delito no es preciso que el receptor conozca a las personas responsables del delito precedente, ni que la recepción de los efectos de éste se realice de manos de aquellas personas (S. 25 octubre 1963).

Si el culpable ha sido condenado en base al artículo 546 bis a), no puede serlo también en base al artículo 17, que está reservado para los que se limitan auxiliar a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito, sin haber tenido provecho o utilidad alguna con su actuación (S. 27 noviembre 1963).

117. Art. 564. *Excusa absolutoria de parentesco*.—Se ha infringido este artículo porque no es cierto que el sujeto pasivo del delito sea la madre del procesado, titular de la cuenta corriente a cuyo nombre se libró el cheque falsificado, sino que lo es el Banco que realizó el pago, al que se ha causado un perjuicio económico, toda vez que si por descuido de sus empleados no se descubrió la falsedad, pagando la cantidad consignada en el cheque, no puede cargar en la cuenta del cliente lo que pagó, teniendo sólo eficacia respecto de la responsabilidad civil el que después se repusiera por la madre, el procesado o un tercero la totalidad o parte de lo defraudado (S. 14 mayo 1963).

La exención de responsabilidad penal de la viuda no puede alcanzar a su yerno que no tenía parentesco alguno con el difunto (S. 28 diciembre 1963).

118. Art. 565. *Imprudencia, Cuestiones generales*.—Si bien es cierto que la mal llamada «culpa» del perjudicado no excluye, por sí sola, la causalidad y la culpabilidad del reo, no lo es menos que la conducta del primero puede llegar a revestir tal entidad que, en determinados y concretos casos, se entronice en única causa eficiente del resultado o que elimine la exigibilidad del deber cuya infracción pudo originar la culpa del último, como asimismo es cierto que la del ofendido puede llevar a enervar par-

cialmente la del reo, permitiendo degradarla desde la temeridad a la simplicidad (S. 30 mayo 1963).

No hay compensación de culpas en lo criminal (SS. 1 junio y 17 diciembre 1963).

No es previsible que el agua de lluvia que moja la carretera esté, además, mezclada con grasa (S. 31 mayo 1963).

El resultado no es índice inequívoco de gravedad en las infracciones penales de tipo culposo (S. 8 julio 1963).

119. Art. 565 párrafo 1.º *Imprudencia temeraria*.—Existe imprudencia temeraria cuando la conducta del procesado es reveladora de una notoria falta de precaución, que de haberse observado hubiese evitado el riesgo del accidente surgido, por ser el suceso, con un elemental cuidado, perfectamente previsible (S. 10 mayo 1963).

El procesado es reo de imprudencia temeraria, porque dejó de adoptar los más elementales cuidados que deben observar todos los conductores que circulan por vías públicas, precauciones las olvidadas que por ser tan rudimentarias están al alcance de las inteligencias menos cultivadas y además las ordena el Código de la Circulación (S. 27 mayo 1963).

Implica grave negligencias el hecho de salir a circular con un camión de carga por una población, si se sabe que el vehículo poseía el sistema de frenado en malas condiciones (S. 29 mayo 1963).

Es temerario cambiar de dirección en una carretera cuando suena una sirena, sin hacer la indicación en el luminoso, y conducir el vehículo con el retrovisor roto y sin funcionar los dispositivos traseros que indicaran el cambio de dirección (S. 30 mayo 1963).

Para que haya imprudencia temeraria es indispensable que concurren los siguientes requisitos: una acción u omisión voluntaria no maliciosa; un mal efectivo y concreto; y una relación de casualidad entre el proceder del agente y el mal producido, sin que se haya interferido hecho alguno extraño procedente de la víctima o de un tercero que rompiese el nexo causal (S. 26 junio 1963).

Es acto gravemente imprudente conducir una furgoneta por una pendiente en descenso, al final de la cual hay un puente de 5,20 metros de anchura, llevando una velocidad inadecuada para poder dominar el vehículo, y en carretera mojada por el efecto de la lluvia (S. 1 julio 1963).

La preferencia de paso no es tan absoluta que permita conducir a velocidades excesivas confiando en aquella (S. 2 julio 1963).

La concurrencia de la infracción de un reglamento en la conducta temeraria del reo no funciona como elemento degradador de la imprudencia (S. 1 julio 1963).

La diferencia entre la imprudencia temeraria y la simple ha de enjuiciarse según el valor de los bienes ajenos puestos en peligro y la mayor o menor posibilidad de que el mal previsible se produzca (S. 6 julio 1963).

Los errores de diagnóstico y la falta de extraordinaria pericia en las intervenciones quirúrgicas, al no ser exigible ni en el campo médico ni en ningún otro sector social la infalibilidad, no fundamentan la imprudencia; ya que la culpa estriba en un comportamiento inadecuado a determinadas exigencias ordinarias (S. 8 octubre 1963).

El prestar la debida atención en la conducción es tal vez el más imperioso de los deberes exigibles a quien dirige su vehículo (S. 11 octubre 1963).

El desarrollo de la jurisprudencia de esta Sala en torno al Derecho de la circulación muestra, a las más reciente, inspirada en el principio de confianza ajustada a la normalidad del tráfico, según el cual, todo participe en la circulación rodada, respetuoso de los demás usuarios —y que, por tanto, no da lugar a reacciones anormales—, puede esperar también lo mismo de los restantes coparticipes, sin que deba, pues, contar con el comportamiento antirreglamentario de los últimos (S. 11 noviembre 1963).

La inobservancia de las disposiciones de la seguridad del tráfico únicamente son relevantes en materia de culpa cuando, mediante el cumplimiento de dichas obligaciones, el agente habría evitado el hecho y sus consecuencias (S. 11 noviembre 1963).

La inobservancia de las normas que reglamentan la policía sanitaria de los alimentos, ni determina necesariamente la concurrencia de culpa criminal por parte del infractor, ni puede considerarse relevante en el ámbito del ordenamiento penal, sino en los casos de que mediante el cumplimiento de dichas normas, el contraventor hubiera evitado el hecho y las consecuencias del mismo (S. 9 diciembre 1963).

No existe imprudencia, pues dado el carácter muy cerrado y de poca visibilidad de aquel lugar y tratarse de la conducción de un camión «Pegaso», que sabido es son de grandes dimensiones, resulta sumamente problemática la procedencia y aún la posibilidad material de realizar el ceñimiento en la curva en la forma que se dice omitida. (S. 12 diciembre de 1963).

Es imprudencia temeraria conducir una motocicleta a excesiva velocidad, en competición con otros motoristas, por una carretera estrecha con muchas curvas, máxime llevando en el asiento trasero a otra persona, lo que dificulta naturalmente la estabilidad del vehículo (S. 23 diciembre 1963).

La imprudencia temeraria es aquella culpa consciente lindando con el dolo (S. 27 diciembre 1963).

120. Art. 565, párrafo 2.º *Imprudencia simple*.—Los fallos mecánicos, como los de frenado, sólo son imputables al conductor a título de culpa penal cuando se conociese el mal estado de funcionamiento, pero no cuando éste se manifestó por la brusca e inesperada ruptura del bombín de frenos (S. 10 mayo 1963).

No existe infracción de reglamentos si el conductor obedece al agente de la circulación que le da paso con la mano, no obstante aparecer a la mitad del cruce la luz roja, pues la orden ejecutiva del agente es, según los términos expresos del artículo 174 d) II del Código de la Circulación, prevalente sobre cualquiera otra señal fija o contradictoria (S. 5 junio 1963).

El límite entre la imprudencia temeraria y la simple ha de hallarse, más que en datos objetivos, que suelen ser comunes a una y otra forma de delito culposo, en la actuación del responsable, que si se limitó, con negligencia no cualificada, a infringir las normas de la circulación habrá incurrido en imprudencia simple, mientras que para incidir en temeridad habrá de constar en la relación fáctica toda una serie de impericias, negli-

gencias e imprevisiones que excedan, por notorias, de lo que en cualquier infracción de Reglamentos va implícito (S. 24 junio 1963).

Teniendo por objeto las señales acústicas advertir a los terceros la presencia del vehículo, la infracción de la obligación impuesta por el artículo 103 del Código de la Circulación deviene inocua cuando el que debe ser avisado tiene la obligación especial y previa de estar sobre aviso (S. 9 octubre 1963).

La autorización del párrafo 2.º del artículo 21 del Código de la Circulación tiene carácter excepcional, se concede bajo la responsabilidad de los conductores, está sometida a la condición de que se vea el camino libre de obstáculos y está sujeta a la prevención de que en cuanto se aperciba el conductor de que otro viene en sentido opuesto debe desviarse a su derecha con la necesaria antelación (S. 11 octubre 1963).

El artículo 17 del Código de la Circulación no obliga a los conductores, para en todo momento ser dueños de los movimientos de sus vehículos, a llevar siempre una tan reducida velocidad que dificultaría la circulación, sino la necesaria y adecuada en cada momento y lugar para dominar el vehículo ante eventos normalmente previsibles, o aquéllos que cualquier indicio los anuncia, aunque sea veladamente, como próximos a tener realidad (S. 2 noviembre 1963).

El aseguramiento de libertad en marcha atrás se impone con tal rigurosidad que, sin perjuicio de ayudas que puedan prestar terceros, al conductor nunca se le dispensa de la personal comprobación, mirando por ambos lados del vehículo y aún apeándose si preciso fuere (S. 5 diciembre 1963).

121. Art. 565, párrafo 4.º. *Imprudencia*.—Este párrafo ha de ser interpretado en el sentido de que al hacer la aplicación del precepto al caso concreto, la pena que haya de imponerse, después de hacer la obligada degradación, sea la adecuada y proporcionada a la entidad y resultado del acto culposo sancionado (S. 14 mayo 1963).

No es aplicable este precepto cuando se trata de penas no privativas de libertad (S. 3 junio 1963).

El giro ambiguo, «pena que corresponda», ha de ser interpretado de modo que, en cada caso concreto, la pena resultante, una vez efectuada la imperativa degradación, sea adecuada al acto culposo sancionado, por lo que es inadmisibles aplicar a un delito culposo de daños una pena mayor que si el delito hubiera consistido en lesiones menos graves (S. 1 julio 1963).

La degradación ha de hacerse en la pena del delito culposo, que es el que se enjuicia, no en la del doloroso que no es objeto del procedimiento (S. 5 diciembre 1963). Esta misma sentencia declara que si la pena que corresponde por el delito culposo es de prisión menor y la que se dispone por el delito doloso es de presidio menor, sigue siendo correcto degradar la pena a arresto mayor; pues el elemento cuantitativo del presidio y de la prisión menores —es decir, la duración y los efectos de cada una de las penas— es igual en ambas.

122. Art. 565, párrafo 5.º. *Imprudencia*.—Para imponer la penalidad agravada es requisito indispensable, junto al de ser chófer de profesión,

el de una clara y manifiesta infracción de las normas técnicas del arte de conducir vehículos de motor (S. 8 mayo 1963).

La agravación por impericia o negligencia no es la que en todo caso habría de convenir al que actúa en su profesión, sino una forma específica de impericia o negligencia generada en el ejercicio de la especialidad de la función (S. 3 junio 1963).

Para aplicar este precepto no basta que el autor sea conductor habitual, sino que es preciso que la impericia o negligencia sea superior a la normal, que permita la calificación del grado de imprudencia (S. 15 junio 1963).

Es de aplicar este precepto cuando el culpable demuestra una negligencia en su profesión superior a la de otros conductores, que al no hacer de ese tráfico su modo de vivir pueden ignorar los efectos de una conducción tan arriesgada (S. 4 julio 1963).

De que fuese chófer profesional el culpable no cabe deducir que lo fuese su imprudencia, ya que en distracción puede incurrir tanto el conductor más diestro como el más ignorante, no afectando en nada su naturaleza psicológica a la normativa de profesionalidad (S. 23 noviembre 1963).

LEY DE 9 DE MAYO DE 1960, SOBRE USO Y CIRCULACION DE VEHICULOS DE MOTOR

123. Art. 1.º. *Conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas.*—El elemento de la embriaguez, esencial de esta figura delictiva, no puede ser al mismo tiempo, por imposibilidad lógica, una causa de atenuación (S. 8 julio 1963).

124. Art. 3.º. *Conducción ilegal.*—No hay disposición legal alguna que exija concretamente y en forma explícita que los conductores de ciclomotores, cuya cilindrada no pasa de 50 c. c., necesiten para circular por las vías públicas licencia o permiso de conducir de clase alguna (SS. 31 mayo y 6 julio 1963).

Si el absuelto cree, de buena fe, estar habilitado para la conducción de su motocicleta, sin necesidad de revisar el permiso de 1.ª clase, de que se hallaba en posesión, queda excluida la intención criminal que, como base de todo hecho punible, requiere el artículo 1.º del Código (S. 7 junio 1963).

Se da este delito si se conduce por una vía pública con un ciclomotor de 63 c. c. de cilindrada sin carnet de conducir (S. 12 junio 1963).

La conducción de un vehículo de motor sin llevar el documento acreditativo de la concesión del necesario permiso constituye una infracción administrativa, pero no un delito (S. 17 octubre 1963).

125. Art. 5.º. *Inasistencia de víctima.*—La modalidad delictiva de este artículo es de mera actividad y riesgo, desconectada de los resultados lesivos que en nada afectan a su perfección formal, ni siquiera a la entidad de las responsabilidades penales (S. 10 mayo 1963).

Los dos elementos esenciales de este delito son la conciencia de haber cometido un atropello y la posibilidad de acudir en auxilio de la víctima sin riesgo propio ni de tercero (S. 6 noviembre 1963).

126. Art. 3.º *Lanzamiento de piedra contra vehículo de motor en marcha.*—Si la autora causó voluntariamente lesiones a una persona arrojando una piedra, por las que fue castigada, no es posible subsumir el hecho, además, en el artículo 8.º de la Ley de 1950, pues el delito de peligro concreto, como es el del artículo 8.º, queda desplazado y excluido por el delito, que consiste en la lesión del mismo objeto (S. 29 mayo 1963).

127. Art. 9.º. *Robo de uso.*— Este artículo sanciona al que utilizare un vehículo de motor ajeno, no expresándose en él el modo o manera de su apoderamiento para utilizarlo, y por ello, igual puede hacerse por los medios que caracterizan al robo con fuerza en las cosas que por los que tipifican el hurto (S. 26 octubre 1963).

128. Art. 11. *Privación del permiso de conducir.*—La privación del carnet no consiste sólo en despojar de él a quien ya lo tiene, sino también en privar de obtenerlo a quien todavía no lo posee (S. 30 noviembre 1963).

B)

Jurisprudencia procesal penal

(Sala 2.^a del Tribunal Supremo)

Segundo cuatrimestre de 1964

FERNANDO GISBERT CALABUIG
Del Instituto de Derecho Procesal

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: Principio acusatorio.—II. PARTE GENERAL: 1. Órgano jurisdiccional: A. Jurisdicción: Delimitación con la jurisdicción militar. B. Órganos de la jurisdicción penal: Personal auxiliar · Policía judicial. 2. Partes: A. Capacidad de actuar procesalmente. B. Legitimación en delitos privados. C. Perjudicado por el delito. D. Responsable civil. 3. Objeto del proceso: Acción penal; Contenido. 4. La instrucción preliminar: A. El sumario. B. Actos de averiguación y comprobación: Reconstitución del hecho. 5. El proceso penal «strictu sensu». A. Desarrollo normal: Prueba testifical; Proposición. B. Desarrollo anormal: Crisis procesales: a) Subjetivas: Recusación. b) Crisis objetivas: Renuncia de derechos. c) Artículos de previo pronunciamiento: Prescripción. d) Crisis de la actividad: Suspensión del juicio oral. C. Terminación del proceso: Sentencia. D. Efectos del proceso: a) Efectos jurídicos: Cosa juzgada. b) Efectos económicos: Beneficio de pobreza. E. Impugnación del proceso: 1. Recurso de casación: A. Por infracción de Ley: a) Art. 849, núm. 1.º. b) Art. 849, núm. 2.º; Documento auténtico. B. Por quebrantamiento de forma: a) Denegación de diligencias probatorias (art. 850, núm. 1.º). b) Falta de claridad de los hechos probados (art. 851, núm. 1.º). c) Contradicción entre los hechos probados (art. 851, número 1.º, inciso 2.º). d) Predeterminación del fallo (art. 850, núm. 1.º, inciso 3.º); e) Declaración de falta de prueba (art. 851, núm. 2.º); f) No resolución de todos los puntos objeto de debate (art. 851, núm. 3.º); g) Punición por un delito más graves (art. 851, núm. 4). C. Reglas comunes: Requisitos del escrito de interposición. 2. Recurso de revisión: Causa 4.ª del art. 954.—III. PARTE ESPECIAL: Procedimiento de urgencia: Aportación de pruebas durante el juicio oral.

I. INTRODUCCION

PRINCIPIO ACUSATORIO: El principio acusatorio es básico de nuestro proceso penal y no permite resolver en contra del reo cuestiones no planteadas ni postuladas en el juicio. (Sentencia 27 junio 1964.)

II. PARTE GENERAL

1.—ÓRGANO JURISDICCIONAL: A.—*Jurisdicción: Delimitación con la jurisdicción militar*: La Jurisdicción especial militar, en Decreto auditoriado, reconoció la preferente competencia de la Jurisdicción ordinaria para conocer del caso de autos, y que sin haber variado las circunstancias que motivaron tal resolución, fue de nuevo suscitada por la misma Jurisdicción

especial, ahora representada por la Autoridad jurisdiccional de la 1.ª Región militar, al Juzgado de Instrucción núm. 2 de Pamplona, instructor de la causa, cuando ya los autos habían sido elevados a la Audiencia Provincial de dicha capital, siendo fundamento del requerimiento oportuno, el que si bien la norma 9.ª del artículo 16 del Código de Justicia Militar atribuye a la Jurisdicción ordinaria el enjuiciamiento de los delitos comunes cometidos durante la desertión, también la misma norma establece que ello no tendrá lugar si la Jurisdicción militar es competente por otra razón, siéndolo en este caso por la conexidad existente en la gama delictiva que desarrollan los procesados a tenor de los artículos 22, 23 y 32 del Código de Justicia castrense, fundamento que no cabe que sea reconocido, ya que, como expone el Ministerio Fiscal en este trámite de la decisión de la competencia positiva entre las Jurisdicciones contendientes, el supuesto que podría acarrear la atribución del conocimiento del asunto a la Jurisdicción militar, sería el hecho de la desertión al extranjero de los presuntos culpables, lo cual no aparece justificado en forma tal que imponga admitir tal supuesto a los efectos de admitir la excepción a la regla general del artículo 18, párrafo 2.º, en relación con el 16 citado del Código castrense, ya que cuando los interesados utilizaron vehículo ajeno y cometieron los delitos comunes, ya habían consumado la desertión, y no se advierte por consiguiente la inmediata relación que la conexidad supone entre la desertión y el hecho de apoderamiento de un automóvil, hechos separados en el tiempo y sin relación directa de medio o fin. (A. 20 junio 1964).

B.—*Organos de la jurisdicción penal: Personal auxiliar: Policía judicial*: No propuesta oportunamente, a los efectos del artículo 4.º de la Ley rituarial, cuestión prejudicial sobre la nulidad o la validez del Título de Guarda Particular Jurado que se invoca como verdadero documento auténtico, ha de tenerse al denunciante como investido de tal cualidad y consiguientemente de la de Agente de la Policía Judicial (art. 283, núm. 6.º de dicha Ley) si ostenta los atributos del cargo, o sean, uniforme, banderola y placa, por cuya razón el citado documento, que precisamente sirve de base a las primeras declaraciones de hecho de la sentencia, no demuestra error alguno del Tribunal de instancia al declarar probado que el denunciante era Guarda Jurado particular titulado por el señor Alcalde de C. y que se encontraba de vigilancia en las fincas arrendadas como vedado de caza por don Victor M. F. (que fue quien le propuso y a cuyo servicio estaba) cuando observó que en otra finca no encomendada a su vigilancia, pero dentro del mismo término municipal, alambrada y también vedado de caza habían entrado dos cazadores; no descubriéndose, por tanto, contradicción alguna entre las afirmaciones del primer Resultando y los del documento auténtico invocado. (S. 16 junio 1964.)

2.—PARTES: A.—*Capacidad de actuar procesalmente*: La certificación afirma que doña M. es única y universal heredera de doña C., que ha venido actuando como actora en esta causa y que dicha doña J. otorgó poder al Procurador para que la represente incluso en recursos de casación,

y con su carácter de heredera única es indiferente que sea hija legítima o adoptiva, y tuviera o no intervención en sociedades a la que pertenecía la causante, pues por la muerte de ésta es continuadora en todos sus derechos y obligaciones. (A. 5 junio 1964.)

B.—*Legitimación en delitos privados*: El inciso «por este orden» del párrafo 1.º del artículo 443 del Código Penal debe ser interpretado en el sentido de que el cónyuge, ascendientes, hermanos, representante legal o guardador de hecho de la persona agraviada por los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro o rapto, les está atribuida la legitimación para denunciarlos cuando la persona o personas enunciadas con anterioridad, no existan y cuando, aún existiendo, no estén en condiciones de decidir por sí mismas si, en interés de la ofendida, es oportuno remover, mediante la denuncia, el obstáculo procesal que se interpone a la persecución del delito o si es preferible impedir, mediante la omisión de la denuncia, que se proceda a la averiguación y castigo del mismo, evitando así los perjuicios que pudieran derivarse para la persona agraviada de la publicidad del hecho, aún teniendo en cuenta las cautelas que para amortiguar el *streptitus fori* establece en los procesos de esta clase, nuestra L. de E. Criminal. A su vez, debe entenderse que la persona o personas que anteceden al guardador de hecho en dicha escala, no están en condiciones de tomar la decisión apuntada, tanto en el caso de que por una causa legal se hallen incapacitada para emitir válidamente una declaración de voluntad, como en la hipótesis de que por cualquier circunstancia de hecho no puedan adoptar oportunamente tal resolución, o no puedan adoptarla con la inteligencia y libertad que son presupuestos imprescindibles de un acto que, por la delicada materia sobre la que recae y por las insospechadas consecuencias que acaso puedan afectar al futuro de la persona ofendida, requieren las máximas garantías en orden a la formación de la conciencia y a la actuación de la voluntad. Estando fuera de discusión que la agraviada, aunque no inhabilitada jurídicamente, sí carecía de la capacidad necesaria para dicho acto procesal, por tratarse de una oligofrénica con deficiencia mental equivalente a una menor de quince años, según afirma el Tribunal sentenciador; como también lo está que el padre no puede entrar en la cuenta del referido orden legal, no por razón de incapacidad, sino por virtud de su incompatibilidad, al ser el sujeto activo del delito, el único problema a dilucidar es si la existencia de la madre de la ofendida excluye la legitimación del hermano de ésta para denunciar, como denunció, la conducta incestuosa de su padre, cuestión que debe ser resuelta en sentido negativo, porque, con arreglo a la doctrina antes expuesta, ha de entenderse que la madre no podía gozar *in acto* de la serenidad de juicio o independencia de criterio indispensables para tomar aquella grave decisión, puesto que, aun prescindiendo de la obediencia que, conforme al texto no reformado del artículo 57 del Código Civil, debía a su marido, el autor del delito, no puede menos de reconocerse que, situados exclusivamente en el terreno de la realidad, su autonomía personal estaba mediatazada al converger en ella, por un lado, el deber de protección moral que como madre estaba llamada a cumplir cerca de su hija, y por otro el de-

ber de auxilio recíprocamente impuesto a los cónyuges, deber transcendente al ámbito penal y procesal, cual lo revelan los artículos 18 del Código punitivo y 261, número 1.º, de la L. E. Criminal, angustioso conflicto de deberes, inconciliable con aquel clima que ha de ambientar la adopción de las resoluciones como la indicada, que podría arrastrarla hasta a sacrificar egoístamente los intereses morales de su hija enferma, para evitar las desfavorables repercusiones económicas que la privación de libertad del marido produciría en el sostenimiento de la familia, razones por las que es obligado exonerar a la madre, en casos tales, de la carga que lleva aneja aquella potestad de decisión y desplazar ambas sobre los hombros de los hermanos de la ofendida. A mayor abundamiento, la falta de legitimación de la persona denunciante del hecho no origina la nulidad *in radice* e insubsanable del procedimiento incoado en virtud de la denuncia, pues es doctrina constante de este Alto Tribunal que el vicio inicial del proceso puede convalidarse mediante la declaración o la actuación posteriores, aun en el acto del juicio que demuestren la voluntad del legitimado, y como el Ministerio Fiscal, al formular las conclusiones definitivas en el juicio oral, declaró que «no obstante que a la perjudicada se le ofreció el procedimiento por ser mayor de edad, teniendo en cuenta las circunstancias que en la misma concurren respecto a su capacidad mental, ejerció la acción dicho Ministerio Público, ratificándola en el mencionado acto por estimarla desvalida y desamparada», resulta incuestionable que, aun suponiendo que el hermano denunciante careciera de la legitimación precisa, al efecto, este vicio procesal quedó subsanado por la actuación del Ministerio Fiscal, dado que este Ministerio está legitimado por el párrafo 3.º del artículo 443 del Código Penal para denunciar los aludidos delitos si la persona agraviada fuera de todo punto desvalida, desvalidamiento que el texto refundido del Código Penal de 1944, a diferencia de los anteriores, no condiciona a la inexistencia de las personas relacionadas en el párrafo 1.º del mismo artículo, sino el mero hecho de encontrarse la ofendida destituida de auxilio y protección, estado que, de insistirse en negar la legitimación de los hermanos, sería en el que se hallaba la agraviada, una oligofrénica ultrajada por su propio padre, inasistida por su madre y sin representante legal o guardador de hecho que, en último término, pudieran velar por ella y ampararla. (S. 10 junio 1964.)

C.—*Perjudicado por el delito*: El motivo del recurso interpuesto por infracción del artículo 104 del Código Penal al condenar al procesado a que abone determinada cantidad a la entidad aseguradora «L.», con independencia de las indemnizaciones concedidas a la familia de la víctima, debe ser acogido porque *el concepto de tercero perjudicado por el delito de que habla dicho artículo ha de tener una interpretación estricta, como todos los preceptos penales, y no puede extenderse fuera del círculo en que la víctima desenvolvía su actividad, ni de los que directamente fueron afectados por el delito*; por eso viene declarando esta Sala que cae fuera de la jurisdicción penal el examen de la naturaleza y efecto de contratos en que el procesado y la víctima no fueron partes, y que si originaron determinadas prestaciones podrán conceder a quien las satisfizo el derecho pre-

ferente a su recuperación de que habla la legislación de Accidentes de Trabajo, artículos 53 de la Ley y 189 del Reglamento, cuando aquellas fueran hechas a quien el Tribunal de lo criminal conceía derecho a indemnización, porque lo contrario conduciría a privar del derecho a la reparación del daño moral sufrido, a sustituir los efectos del delito por los de un contrato concertado por otras personas y a hacer más gravosa la situación del reo al condenarle a soportar los desembolsos hechos por un tercero en contraprestación al beneficio económico de la percepción de primas, las cuales, al no condenar a su devolución, quedaron como un lucro no justificado al transferirse a otro la carga de la obligación; condena más infundada en el caso que se examina en cuanto se declara que la citada entidad ha desembolsado 21.951 pesetas pero no se dice que las haya entregado a la familia de la víctima ni para reintegrar a ésta gastos de asistencia médica, sepelio u otros que hubieran hecho por razón del delito. (S. 13 mayo 1964.)

Se aborda el tema de la cualidad de terceros perjudicados por el delito respecto a las Compañías aseguradoras, para ejercitar sus acciones en lo penal, cuestión que se subdivide en su legitimación para postular las consecuencias jurídico penales y el resarcimiento del daño causado; en cuanto a lo primero, por interpretación sostenida del artículo 101 y del 270 de la L. E. Criminal, se impone la negativa: las Compañías no son parte en la relación procesal penal, salvo cuando al mismo tiempo fueron sujeto pasivo ofendidas inmediatamente por el delito, aunque consiguen los mismos efectos mediante persona interpuesta que promueve la acción pública; en cuanto a las acciones civiles deducibles conforme a los artículos 19 y 104 del Código Penal, como básicos, no son titulares de la acción como tampoco lo son del interés protegido, no son ofendidos propiamente y sus intereses son extrapenales, posteriores a la consumación del delito, no hay inmediación entre el hecho criminoso y el interés civil de la Compañía, aunque el suceso obra como condicionante, fin de la aleatoriedad del contrato y apertura de las obligaciones del asegurador; entre el evento —que pudo ser fortuito sin responsabilidad exigible, dolo con fácil reivindicación y culpable simple o conjunto—, y el cumplimiento de los deberes económicos se interfiere una titularidad extraña al hecho y ella es el origen del abono de la cantidad pactada, es el negocio no el delito, que excluye a las Compañías del artículo 104 del Código y del 110 de la L. E. Criminal, según repetida jurisprudencia, pues tanto al daño que es lesión producida en el mismo hecho como los perjuicios que son efectos directos del mismo han de estar inmediatamente unidos a él. En puridad de doctrina, el raciocinio precedente alcanza por igual a los contratos voluntarios como a los impuestos por la Ley porque siempre será este negocio jurídico la fuente inmediata de las obligaciones y no el acto ilícito; sin embargo, el artículo 53 de la L. 22 junio 1956 (Rep. 1.048 y 1.294) autoriza al perjudicado para ejercitar las acciones civiles o criminales por negligencia o por dolo, aclara que el asegurador tendrá derecho preferente a recuperar del responsable civil el importe de las prestaciones satisfechas y en el artículo 189 del Reglamento (Rep. 1.048 y 1.294), después de ordenar la obligación del asegurador o del patrono para cumplir sin demora con los gastos

de asistencia y todos los derechos que las Leyes de Enjuiciamiento conceden a los perjudicados, limitación esta última, por no decir todos los perjudicados o cualquiera de ellos, que deja la cuestión sometida a la recta interpretación de quienes son éstos, doctrina que la jurisprudencia aclaró en el sentido anteriormente expuesto; por eso la Ley dicha, con igual rango que la de Enjuiciamiento Criminal y que el Código Penal, no las deroga expresamente entendida con la limitación del Reglamento, el cual si encuentra obstáculo de aplicación por los Tribunales a consecuencia del precepto del artículo 7.º de la Ley Orgánica (Dic. 11.806) del Poder judicial, le salva por ser desarrollo de la Ley y no oponerse a las Leyes que respeta al condicionar la legitimación de los posibles personados a los derechos que aquellas disposiciones les otorguen, y no impide el continuar manteniendo la misma inteligencia del término técnico «perjudicado» para los afectados directamente, compatible con la existencia de un derecho de regreso preferente en otra vía dotada de más amplio debate, para no hacer al Tribunal de lo penal árbitro de una transformación esencial del contrato aleatorio en otra falta de este carácter, contemplar la indemnización fija convertida en pensión forzosa y eventual en su duración, o el enriquecimiento injusto del que recibe primas por el riesgo y luego se reintegra del capital o del asegurado que, por lo menos temporalmente, recibe dos indemnizaciones, convertidas la instrucción y el juicio oral para descubrir y sancionar el crimen en litigio de derechos privados donde igual propugnan la culpabilidad e inocencia del acusado, conforme a intereses crematísticos; motivo por el cual se acoge el recurso, para casar la sentencia del Tribunal de origen que concedió a la Compañía aseguradora el reintegro de lo abonado como consecuencia del contrato laboral. (S. 1 junio 1964.)

Según aparece de la sentencia objeto de recurso, el Ministerio Fiscal solicitó para el perjudicado José F. J. la indemnización de 25.000 pesetas y el propio interesado que ejercitó la acusación privada, la de 50.000 pesetas y la Compañía de Seguros «L.», para sí, la de 114.443,17 pesetas, según aparece en los Resultandos segundo y tercero, y con estas bases de hecho, el Tribunal *a quo*, después de reconocer la doctrina de esta Sala sobre la falta de la condición de terceros perjudicados a las Compañías aseguradoras por accidentes, a los efectos del reintegro preferente en el Considerando quinto, establece que al haber solicitado el perjudicado que se entregue a la dicha Compañía aseguradora parte de la cantidad reclamada por ésta, accede a la petición por el carácter rogado de lo civil y condena al pago al lesionado de la cantidad de 140.000 pesetas, de las cuales serán detraídas 104.048,67 a favor de la Compañía aseguradora, con lo cual en realidad concede al perjudicado la cantidad de 35.951,33 pesetas, todo lo cual no puede ser aceptado y debe darse lugar al recurso presentado, en primer lugar, porque no habiendo resultancia de hecho de que el perjudicado formulase solicitud de que se hiciese entrega a la Compañía aseguradora de cantidades que ésta reclamaba, no hay base en que pueda apoyarse la consideración jurídica respectiva; en segundo término, porque tal solicitud sería en todo caso inconcreta en cuanto a la cantidad que no se fija, y por tanto no cabe aplicar las reglas de la rogación de la ju-

risdicción civil, que es la justificación que presenta el Considerando quinto de la sentencia recurrida para justificar la decisión; en tercer lugar, porque la decisión, después de sentar la doctrina de esta Sala antes citada, la desconoce y la contradice, al buscar el arbitrio de acudir a fijar al perjudicado una indemnización casi equivalente a la suma de la suya y la de la Compañía de Seguros, para seguidamente imponer una detracción forzosa del total a favor de expresada Compañía, a la que se entrega la mayor parte de la cantidad que ella misma postulaba como perjudicada, arbitrio que de prosperar implicaría una manera de burlar la doctrina aludida de este Tribunal; y, finalmente, porque si bien es cierto que como se tiene reiteradamente afirmado por este Tribunal es libre la Sala de instancia en la fijación del *quantum* de la indemnización civil, cuando con ello se vulnera la finalidad propia de la indemnización, como en este caso ocurre, ha de ser permisible en casación, restablecer aquella finalidad, respetando la libertad de la dicha Sala, como aquí se respeta si se fija la indemnización al perjudicado, en aquella cantidad que en realidad le fue concedida al perjudicado, después de hacer la detracción dispuesta. (S. 23 junio 1964.)

D.—*Responsable civil*.—Aquietado el procesado con la condena con que le sanciona la sentencia de instancia, el recurrente sólo la impugna en la parte que le impone el pago de indemnizaciones por insolvencia de aquél y a título de responsable civil subsidiario, por entender que no le alcanzan las previsiones del artículo 22 del Código Penal; y en contra de este criterio, hay que declarar que en el intangible relato fáctico aparece que el procesado, además de tener las funciones de Jefe de Baños, con las que se señalan los artículos 17 y 18 de la Reglamentación del Trabajo en Balnearios, era asimismo de su cometido el cobro de los servicios que se prestaban a los clientes y la custodia de lo recaudado, hasta que semanalmente se presentaba en aquel establecimiento, que está situado en el campo, el condueño-administrador del mismo y precisamente cometió el delito de lesiones por imprudencia temeraria, en defensa de estos fondos, que erróneamente creyó amenazados por los dos individuos que estaban en la terraza contra los que disparó, por suponerlos maleantes, para evitar ser despojado de aquellos bienes que guardaba por encargo de su principal, al que pertenecían; y así quedó con precisión establecido el nexo que unía al procesado, con los dueños del dinero que guardaba, los hoy recurrentes, y que desplaza hacia y sobre éstos, de modo secundario, la responsabilidad civil del delincuente. (S. 14 mayo 1964.)

Inadmitidos los dictámenes periciales médicos para apreciar el error en la prueba, interpretada por el Tribunal, la infracción penal lleva consigo la responsabilidad de este orden con la civil, derivada del mismo hecho, según el artículo 10 del Código Penal sin referencia al 1.902 del Código Civil, innecesaria porque es el delito sostenido en el primer motivo el objetivo fundamental, cuya secuela es la responsabilidad civil, la cual corresponde a esta jurisdicción y normas en cuanto respecta a la causalidad, que vuelve a invocar la interposición del inadecuado tratamiento médico de las lesiones, extremo también rechazado. (S. 20 mayo 1964.)

3.—OBJETO DEL proceso: A.—*Acción penal*: *Contenido*: «Los artículos 103 y 104 del Código Penal, al regular la indemnización de daños y perjuicios originados por un delito, no hacen referencia exclusivamente a los propiamente materiales que se traduzcan en un quebranto económico o menoscabo patrimonial, sino que comprende también los daños y perjuicios morales», como son los constituidos por el simple dolo moral que siempre supone la afrenta inferida al pudor y recato de una menor a la que se hace víctima de actos impúdicos, y si estos daños y perjuicios morales son consecuencia directa e inmediata del hecho delictivo con la sola determinación de los actos punibles, es suficiente para poder estimarlos, y por ello la Audiencia procedió con acierto al condenar a la reparación de esos daños y a indemnizar los perjuicios morales sufridos por la ofendida, fijando la cuantía de los mismos en la cantidad que estimó justa, en uso de la facultad discrecional que la Ley le concede, y que no es revisable en casación. (S. 24 junio 1964.)

La indemnización concedida a la Compañía de Seguros «L» escapa a las previsiones de reparación de daños de los artículos 101 y siguientes del Código Penal, pues aparte de la improcedencia de resolver por vía penal el cumplimiento de obligaciones nacidas de un contrato oneroso, según tiene declarada esta Sala, en este caso, tal condena de indemnización resulta más improcedente, pues al declararse probado que el procesado por medio de cierta empresa estaba asegurado en la citada Compañía, parece evidente *prima facie* que acaecido el riesgo previsto en el contrato, éste cumpla su función cargando el asegurador con los daños ocasionados por el asegurado, sin obligación por parte de éste a reintegrar a aquél ya que de otro modo quedaría sin contenido el contrato; pero sea de ello lo que fuere, como en esta jurisdicción solo cabe examinar la responsabilidad penal y civil de los procesados y no naturaleza y efectos de contratos con terceras personas. (S. 15 junio 1964.)

Es tan amplia la facultad que a la Sala conceden los artículos 103 y 104 del Código Penal, que la fija libremente y ha podido tener en cuenta, si las consideraba como eficaces las alegaciones y pruebas del hoy recurrente y fijar por ello la cantidad de 25.000 pesetas, pues no debe dudarse que además de los perjuicios materiales alcanza también a los morales, que no pueden ni pretenden reducirse con unos recibos que ni siquiera han sido autenticados. (S. 4 mayo 1964.)

4.—LA INSTRUCCIÓN PRELIMINAR: A.—*El sumario*: Las faltas procesales que se hubiera cometido durante la tramitación del sumario no pueden ser motivo de casación, al amparo del artículo 850, núm. 1.º (S. 9 junio 1964.)

B.—*Actos de averiguación y comprobación*: *Reconstitución del hecho*: Los particulares que se aducían después del Auto de fecha 26 noviembre 1963, han quedado reducidos al documento en que consta la inspección o reconstrucción de los hechos por el Instructor al folio 93 del sumario, del que resulta que el conductor del tren sólo podía ver al camión parado en medio de la vía férrea a una distancia de unos 107 metros, aunqu

de casi 250 antes se advierten sus luces encendidas, resultado que no va contra la afirmación de la sentencia recurrida de no haberse puesto en claro los motivos que impidieron detenerse al tren, ya que la diligencia de reconstrucción no expresa la velocidad que llevaba el automotor durante la misma y si a los 107 metros expresados era posible o no la parada, como tampoco consta la velocidad que desarrollara el mismo vehículo en el momento de autos, por lo que no hay módulo comparativo, ello aparte de que, como queda dicho, la sentencia se limita a consignar la frase citada, pero sin referirse a distancias y velocidades, datos que serían necesarios para poder llegar a una conclusión cierta sobre el particular en cuestión, que por ello no puede acogerse, y acogido que fuera tampoco sería fundamental en la cuestión esencial planteada en estos autos, que es la de determinar si en la conducta del procesado recurrido hubo o no imprudencia delictiva. (S. 6 junio 1964.)

5.—EL PROCESO PENAL «*STRICTU SENSU*»: A.—*Desarrollo normal: Prueba testifical: Proposición:* La prueba testifical propuesta por los recurrentes en sus respectivos escritos de conclusiones, a fin de que se dirigiere comunicación a la Diputación Provincial para que proporcionara las direcciones de los deudores relacionados en los folios del sumario que expresa, para que una vez conocidos los domicilios de los mismos fueran citados como testigos en el acto del juicio oral fue rechazada acertadamente por la Sala de instancia por no haber sido propuesta en la forma que preceptúa el artículo 656, presentando listas de los testigos que hayan de declarar a su instancia con expresión de sus nombres y apellidos, el apodo si por él fueran conocidos, y su domicilio o residencia, y manifestando, además, si habían de ser citados judicialmente o si se encargaba la parte de hacerlos concurrir, tratando las defensas, con esta omisión, de endosar las obligaciones que de modo imperativo les impone este precepto, a la Sala y a la Diputación, con privación de las otras partes intervinientes en el proceso, de su derecho a examinar las listas, con todos los datos precisos para identificarlos y poder preparar la contraprueba que estimaron oportuna. (S. 20 mayo 1964.)

B.—*Desarrollo anormal: Crisis procesales: a) Subjetivas: Recusación:* Aunque el recurso del núm. 2.º del artículo 849 de la L. E. Criminal, está encaminado a subsanar los errores de hecho de las sentencias en la apreciación de las pruebas, y literalmente no sea aplicable a los recursos interpuestos contra las resoluciones que se dictan en forma de autos, que no contienen tal apreciación, nada se opone a que, en una interpretación equitativa del precepto, éste cumpla también su función cuando en los Resultandos del auto no se recojan aquellas actuaciones que contribuyan a poner de relieve la conducta procesal de las partes, cuando esta conducta tenga que ser enjuiciada a los efectos de imposición de sanciones como ocurre en el caso que motiva este recurso; y de aquí que al no recoger el auto impugnado que a los cuatro días de recibirse a prueba el incidente se pidió —por el recusante— la suspensión de este periodo hasta que se acreditara el fallecimiento de un procesado, porque acreditado este

hecho se desistiría del incidente, petición a la que no accedió la Sala; y que la vispera del día señalado para la vista se presentó escrito por el Procurador legalmente habilitado pidiendo se le tuviera por desistido, reservándose el derecho a reproducir el incidente si no resultaba cierto el fallecimiento de ese procesado, petición a la que tampoco accedió la Sala, debe acogerse el cuarto motivo del recurso, interpuesto al amparo del citado precepto de la Ley rituaria, ya que tales hechos procesales tienen marcada relevancia para juzgar la conducta del recurrente dentro del procedimiento a los efectos de la aplicación del artículo 70 de la Ley Procesal objeto del tercer motivo de casación. El citado artículo 70 de la L. E. Criminal que se supone infringido por el recurrente, contiene dos normas o preceptos: una de ineludible observancia, la condena de costas cuando se deniegue la recusación, y otra discrecional, la imposición de multa cuando se aprecie temeridad o mala fe en el recusante; y de aquí, que al ser preceptiva la imposición de las primeras, y facultativa la de la segunda, el motivo que se examina en cuanto se refiere al primer extremo tiene que ser desestimado, ya que al llegar el trámite de resolver y declarar no haber lugar a las recusaciones, el Tribunal no podía dejar de imponer las costas sin una violación manifiesta del citado artículo 70, cualesquiera que fuesen los defectos procesales que se hubieran cometido, ya que toda la actuación del órgano jurisdiccional nació de una recusación improcedente y el que dió lugar a ella tiene que cargar con el peso de las costas por ministerio de la ley, abstracción hecha de la pureza del procedimiento. Adicionados los Resultandos del auto recurrido con los hechos procesales que se mencionan en el primer Considerando de esta sentencia, la declaración de temeridad y mala fe que se hace en la resolución impugnada no puede ser mantenida, pues aunque allí se razone con acierto esa declaración, parte de su fundamento queda sin contenido al considerar que prácticamente el impulso procesal del recusante cesó al iniciarse el período de prueba desde cuyo momento se vino instando la paralización primero y el desistimiento después; y aunque no quepa en este recurso examinar la corrección ritual de tales peticiones ni de las repulsas que merecieron del Tribunal, han de valorarse al hacer la antedicha declaración, antecedente necesario de la sanción de multa, que como plus añadido discrecionalmente a la imposición de costas, tiene en cierto aspecto naturaleza de pena al ir seguida de prisión personal subsidiaria caso de impago; por eso, no pudiéndose olvidar dentro del campo penal en que se desenvuelve este incidente, nacido de un sumario y ventilado ante los Tribunales de este orden, que aun después de consumada la infracción, la conducta ulterior produce en ciertos casos efectos moderadores —circunstancia 9.ª del artículo 9.º del Código sustantivo— no se va a quitar aquí relevancia a la voluntad explícita del recusante que no quiso llegar a trámite final del expediente para equipararla al que perseveró en su propósito inicial; y de aquí que, aun cuando la recusación fuese improcedente y se declarase con acierto no haber lugar a ella, no se debió prescindir en el momento sancionador que, aunque con sutilezas y distingos que indudablemente obscurecían la petición, pero que para el Tribunal no podía ofrecer dudas, antes de ese momento había un desistimiento «puro y simple» —son pa-

labras del escrito— formulado por Procurador legalmente habilitado y con la oferta de ratificación, suficiente para no añadir el referido plus de multa a la sanción de costas. (S. 19 junio 1964.)

b) *Crisis objetivas: Renuncia de derechos*: Los efectos de la renuncia hecha por la madre en nombre del menor, cuando las lesiones no han terminado de curarse y las consecuencias de incapacidad no eran conocidas, sin autorización judicial para disponer de los bienes del hijo, se invalidaron por estas causas y por la reclamación del menor en cuanto pudo ejercitar personalmente las correspondientes acciones, dentro del espacio de tiempo en que la sentencia carecía de firmeza. (S. 20 mayo 1964.)

c) *Artículos de previo pronunciamiento: Prescripción*: Aunque cierto es que el artículo 114 del Código Penal, a diferencia del de 1870 —art. 133— no exceptúa expresamente para estimar la prescripción la rebeldía del procesado, se presentan obstáculos que impiden aplicarla sin la presentación del rebelde, en primer lugar, porque el delito se cometió en el año 1949 la petición, se formula en 1961, y no consta en las certificaciones remitidas las circunstancias del delito y delincuente para poder conocer la pena que pudiera corresponderle y como consecuencia el plazo de prescripción, se desconocen también las manifestaciones que pudiera hacer el rebelde que llevaran a conocer la existencia de unos hechos que hoy no figuran en el sumario y que fácilmente pudieran modificar el criterio que hoy pueda formarse en cuanto a la pena adecuada, e indudablemente preveyendo estas dificultades el artículo 666 de la L. E. Criminal, a la prescripción del delito le da el trámite de artículo de previo pronunciamiento señalado en el 667 y que se propondrá tal excepción a los tres días de la entrega de los autos para calificación y como consecuencia de todo ello, hay que dar exacto cumplimiento al artículo 846 de la citada Ley, y una vez presentado o habido el rebelde, acordar la apertura del sumario y dentro del mismo, dar cumplimiento a los trámites procesales señalados. (S. 13 junio 1964.)

d) *Crisis de la actividad: Suspensión del juicio oral*: El recurso fue preparado por infracción de Ley y quebrantamiento de forma e interpuesto solamente por la segunda causa en motivo único, con la protección procesal del artículo 850, núm. 1.º, de negación de prueba pertinente, propuesta en tiempo y forma como protesta; la renuncia a recurrir por infracción de Ley a pedir la declaración de la testigo principal, doña Casilda N. A., quien no depuso en el sumario ni en el juicio, de la que dice unas veces ser empleado y otras coarrendatario en la almazara o, al menos, interesado y a la que atribuye haber recibido la cantidad entregada por el comprado del aceite, matizan este motivo de un propósito alejado de la cuestión de fondo que consiste en su relación con el hecho y con la referida testigo, porque ellas fundan su capacidad de contratar y del hecho de la apropiación de las cantidades recibidas. El deber impuesto al Tribunal sentenciador en el núm. 3.º del artículo 746 de la L. E. Criminal, para

suspende el juicio oral ante la incomparecencia de testigos, materia revisable en casación, deja el margen discrecional referido al caso de que no se consideren necesarios, mas no le corresponde si con ello causase indefensión, pues interés de las partes y del Tribunal es conocer íntegramente la verdad y administrar recta justicia, o si no razona la causa de su negativa; en el caso presente no compareció don Ismael R. L., que había declarado en el sumario sin contradecir los hechos luego declarados probados, y el señor S. U. el cual había requerido notarialmente al que ahora recurre para que manifestase su situación respecto a la almazara y recibió la contestación de que era empleado; testimonios bastantes para que la Sala considerase que no eran necesarios. (S. 25 mayo 1964.)

El motivo interpuesto por quebrantamiento de forma al no suspenderse el juicio oral ante la incomparecencia de dos testigos no puede ser acogido, a saber: a), porque dichos testigos no fueron propuestos por la defensa en la forma prevenida en los arts. 635 y 657 de la L. E. Criminal, ya que en el escrito de calificación provisional el defensor del procesado se limitó a hacer suya la prueba del Ministerio Fiscal; b), porque dichos testigos ya habían declarado en el sumario y el ahora recurrente no dio a conocer al Tribunal los nuevos extremos sobre los que tenían que ser interrogados; y c), porque las facultades del Tribunal para suspender el juicio son discrecionales, según el artículo 746 de la citada Ley, y limitadas al caso que considere necesaria la declaración de los testigos, apreciación de necesidad que es función del juzgador, el que ya hizo constar que se consideraba suficientemente instruida con las declaraciones de los demás testigos, añadiendo después en un considerando de la sentencia que dudaba que los dos no comparecientes fuesen presenciales, pues según ha podido observar esta Sala al tener que examinar las actuaciones por razón de este recurso, tales testigos no figuran en el atestado de la Policía ni en la primera declaración del inculcado y esa cualidad de presenciales la impugnan, incluso en diligencias de careo, las personas que prestaron auxilio a la víctima. (S. 15 junio 1964.)

De la sesión del juicio oral, que fue suspendido después de haberse prestado varias declaraciones, cuya acta se tiene a la vista, no aparece, como alega el recurrente, que se pusiera de manifiesto un hecho de gran transcendencia para el esclarecimiento de los hechos que motivaron la formación de la causa, pues se limitó la diligencia a oír a los procesados, a dos peritos y a un testigo, ninguno de los cuales citó al señor M. y al señor M. G., Director de la Residencia, y Diputado Provincial Ponente de Cultura, respectivamente, que son los dos testigos que solicita el recurrente que se les oiga en una información suplementaria, y como no se estaba en el caso previsto en el núm. 6.º del artículo 746 de la L. E. Criminal, el Tribunal *a quo* procedió acertadamente, después de oír al Ministerio Fiscal y al querellante, declarando no haber lugar a lo solicitado, y contra la providencia que así lo acordó no consta que se hiciera reclamación alguna, ni se formulara protesta para en su día, lo que en todo caso hace inviable el motivo conforme a lo que dispone el núm. 5.º del artículo 884 del ordenamiento procesal citado, pero es que a mayor abundamiento, esos dos testigos, que por los cargos que desempeñaban, tenían

que ser conocidos necesariamente por los procesados, pudieron s.r. propuestos al evacuar el traslado de calificación, y hasta después de ese trámite si estaban comprendidos en el núm. 3.º del artículo 729 de la tan mencionada Ley de ritos, pero lo que no puede admitirse es que se solicite la suspensión de un juicio y la práctica de una información suplementaria, sin sólido fundamento y que no tendría más finalidad que una dilación innecesaria, sobre todo cuando anteriormente y a instancia de la propia parte, se habría practicado otra información de la misma clase, en la que pudieron deponer esos dos testigos. (S. 9 junio 1964.)

La comparecencia de la denunciante perjudicada a declarar en el acto del juicio oral, pese a haberse aceptado por la Sala su testimonio como medio de prueba pertinente, no es dato bastante para obligar a la suspensión de dicho acto, como en el curso del mismo y en el primer motivo del recurso interpuesto se pretende, en base al núm. 1.º del artículo 850 de la L. E. Criminal, y presunta infracción del 746 a sus núms. 3.º y 6.º, ya que, como tantas veces viene sentando la jurisprudencia, la facultad de suspender o no las sesiones del juicio oral, si bien, es susceptible de discutirse en casación, ha de ser para prosperar, que produzca en instancia indefensión del reo, más como quiera que el testigo no compareciese, era la propia perjudicada denunciante, cuyas manifestaciones en el curso de las diligencias sumariales siempre se dirigieron a mantener la acusación originaria, incluso a través de una diligencia de careo y al ser esto así, no cabe suponer lógicamente que la ausencia de tan capital testigo de cargo pueda constituir indefensión para el inculpado. (S. 23 junio 1964.)

C.—*Terminación del proceso: Sentencia*: Es principio general, establecido en los artículos 142 y 742 en relación con los núms. 1.º y 3.º del 851 de la L. E. Criminal, ratificado por la doctrina y las resoluciones de esta Sala, que las sentencias que pronuncian los Tribunales de lo criminal, sean claras y precisas y congruentes resolviendo en ellas todas las cuestiones que fueron objeto de las acusaciones y defensas, y esto sentado, del detenido estudio de la sentencia recurrida, especialmente del contenido de su primer resultando en el que se hace la declaración de hechos probados, se observa esa falta de claridad en lo referente a la procedencia y condición de los fondos sustraídos, porque primero se dice que el procesado L., «aprovechando las facilidades que para ello le brindaba el estar encargado de percibir las cantidades que *debían depositar los alumnos residentes*, llevado de un solo y constante propósito delictivo, fue distraendo y aplicando a usos propios una parte de las cantidades recibidas», y a continuación agrega, en las mismas premisas de *facto* que «obran depositadas a las resultas de esta causa 11.000 pesetas, propiedad de la Excelentísima Diputación de las que habían entregado los alumnos o ingresadas por otros conceptos», y esta imprecisión respecto a quién pertenecían los fondos distraídos, si a la Diputación o a los alumnos privativamente, o la proporción que correspondiera a cada uno tiene evidente transcendencia para la calificación de los hechos delictivos, con repercusión en la penalidad; por otra parte, en la narración fáctica se precisa la fecha exacta hasta la que el procesado L. estuvo realizando las apropiaciones de dinero, pero no se expresa, ni aproximadamente, cuándo

empezó su actividad delictiva, que no podrá ser tan remota, que incluso algunos de los hechos por él cometidos estuvieran prescritos, por todo lo que tiene que ser acogido el motivo. (S. 9 junio 1964.)

Conforme a lo dispuesto en el artículo 142, regla 2.ª, de la L. E. Criminal, en el Resultando o Resultados de la sentencia que ponen término a la instancia del proceso penal, han de consignarse de manera expresa y terminante todos los hechos que estuvieren enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo. Como de las cuestiones que la Audiencia tenía que resolver, las primordiales giraban en torno a la comisión de los delitos de apropiación indebida imputadas por las acusaciones a los dos procesados, dicho Tribunal estaba en el deber de consignar de modo terminante en el Resultando que consagra a la declaración de hechos probados, no solamente los datos relativos a la recepción de las alhajas por la encartada y el concepto o título de la entrega, datos que de forma harto lacónica expresa la sentencia recurrida, sino también aquellos otros hechos que dieran a conocer con certeza si la procesada o ambos procesados hicieron suyas las joyas recibidas, con el propósito de beneficiarse con ellas, o si hicieron suyo el total o parcial importe de la venta de tales alhajas, en sus respectivos casos, hechos esenciales para la recta calificación de la conducta de los reos que el Tribunal *a quo* prefirió sustituir por la expresión de no haber reintegrado la encausada todo o en parte del importe de las alhajas que recibió, dato que por su equivocidad impide a este Tribunal llevar a cabo la valoración jurídica de los hechos que se le demanda en los motivos de fondo, respecto a la existencia de los delitos de apropiación indebida, porque aquella expresión lo mismo puede reflejar meros actos de incumplimiento de una obligación contractual, sin trascendencia criminal, que apuntar a unas acciones típicamente antijurídicas y culpables sancionadas con una pena: defecto procesal incluido como motivo de casación en el núm. 1.º del artículo 851 de la referida ley. (S. 16 junio 1964.)

No puede el Juzgador de instancia reducir su declaración de hechos, ni aun tratándose de resoluciones absolutorias, al traslado de las calificaciones con la frase terminal de que no constituyen delito, improcedente este juicio en tal lugar, como tampoco de que no se han comprobado ninguno de los hechos objeto de la acusación y expresiones semejantes, porque la adición del núm. 2.º al artículo 142 de la L. E. Criminal vino precisamente a evitar estas vaguedades sobre las cuales es imposible resolver un recurso en el que los hechos han de ser materia de estudio y fallo; pero la sentencia recurrida relata los actos del procesado: como aportó a los autos de un juicio civil instado por él contra la querellante cierto documento, hasta aquí una descripción positiva propia de la Sala y luego añade que ella impugnó la autenticidad del documento atribuyendo al inculpa-do el haberse aprovechado de un papel firmado en blanco por la querellante, expresión también de una realidad existente y a seguido añade que «de la prueba practicada no se ha acreditado la comisión por parte del procesado de los hechos que se le imputan», hecho asimismo de naturaleza jurisdiccional no calificativa, sino consecuencia de actividades procesales que atienden al hecho de haberse comprobado o no la acción atribuida al procesado, como lo demuestra el cierre del Resultado con la frase ritual "Hechos que se declaran probados", por

la que se significa que la conducta del inculcado no es la imputada de contrario, hechos no negativos ni indeterminados, que no pueden asemejarse a los reprobados en resoluciones de esta Sala. (S. 22 junio 1964.)

La sentencia recurrida no contiene declaración expresa y terminante de hechos probados, pues el primer resultando que relatan hechos realizados por el procesado, está carente de la fórmula ritual aceptada y de general uso, si bien este olvido, por sí solo, no es suficiente para producir la nulidad del fallo, cuando por lo dicho en otros lugares de la resolución se llega a la convicción de cuales son los hechos que el Juzgador estimó probados, aunque no lo expresase paladinamente en su lugar adecuado. (S. 6 julio 1964.)

Las únicas cuestiones que han de resolverse en las sentencias de los Tribunales de instancia de la jurisdicción penal son las que legalmente se hayan planteado en los escritos de conclusiones definitivos. (S. 30 junio 1964.)

(V., además, la jurisprudencia que se recoge en el epígrafe: Impugnación del proceso: Recurso de casación por quebrantamiento de forma.)

D.—*Efectos del proceso*: a) *Efectos jurídicos*: *Cosa juzgada*: En el escrito de interposición del recurso se analiza con criterio personal la prueba para establecer conclusiones contrarias a la declaración de hechos probados y no se designa concretamente otro documento en que apoyar el supuesto error de hecho en la apreciación de la prueba de una sentencia, transcrita en copia simple y en otra posterior auténtica, dictada en caso análogo por el mismo Tribunal y contra el mismo procesado hoy recurrente, como si tuviera autoridad de cosa juzgada respecto a otros hechos y otras pruebas, por lo que no demuestra error alguno en la apreciación de la de esta causa. (S. 19 junio 1964.)

b) *Efectos económicos*: *Beneficio de pobreza*: La regla 1.ª del artículo 142 de la L. E. Civil y sus concordantes del artículo 851, núms. 1.º y 2.º, hacen referencia a las sentencias que ponen término al proceso penal ordinario, no a las que cierran el proceso declarativo incidental de pobreza, proceso éste que, según resulta del artículo 129 de la referida Ley, está sujeto en su sustanciación a las normas de la L. E. Civil. Del testimonio judicial obrante a los folios 97 a 103 del sumario, único documento admitido a trámite de los invocados en el primer motivo de casación por infracción de Ley, el particular que interesa a la impugnante es la sentencia dictada el día 23 de marzo de 1952 por uno de los Juzgados de Primera Instancia de Z., que la declaró pobre en sentido legal y con derecho a gozar de los beneficios que la Ley concede a los de su clase en el juicio de reclamación de alimentos contra su marido, «con la cualidad de sin perjuicio si mejorase de fortuna», resolución desprovista de la autoridad de cosa juzgada material que, en ningún caso, podía vincular al Tribunal *a quo* y que, además, no evidencia que la entonces demandate no llegase a mejorar de fortuna nueve años después. (S. 3 junio 1964.)

IMPUGNACION DEL PROCESO

1. RECURSO DE CASACIÓN: A.—*Por infracción de Ley*: a) *Artículo 849, número 1.º*: Alegados confusamente en el escrito de formalización del recurso de casación por infracción de ley, que no tiene otro fundamento que el del número 1.º del artículo 849 de la Ley Procesal, la violación de diversas normas sustantivas y adjetivas de carácter civil y canónico, en un único motivo de casación, debe establecerse que, por lo que respecta a las normas alegadas de carácter civil procede eliminar todos aquellos particulares que hacen referencia a infracción de preceptos de la L. E. Criminal por su carácter meramente procesal y adjetivo, como también todos los del Código Civil español que se citan, por no guardar relación alguna con el extremo a que estos autos se refieren en relación con la aplicación al caso de la L. P., y por lo que se refiere a las normas de carácter canónico, deben eliminarse también como particulares sustentadores del motivo del recurso, todos aquellos preceptos que se citan, y que no hagan relación al fuero de los clérigos o religiosos y a la competencia de la jurisdicción eclesiástica, en relación con los preceptos sustantivos penales españoles y la extensión de la jurisdicción ordinaria, en su aspecto penal, y las disposiciones aplicables del Concordato celebrado entre la Santa Sede y el Estado Español, ya que fuera del punto a discutir en el motivo de casación aducido, ni interesan ni pueden discutirse otros particulares que los expresados. (A. 3 junio 1964.)

El motivo del recurso de casación interpuesto por infracción de Ley, se considera inaplicable la Disposición de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo en 7 de abril de 1946, motivo que no puede admitirse pues tal acuerdo carece de carácter penal sustantivo, exigido en el núm. 1.º del artículo 849 de la L. E. Criminal. (A. 9 junio 1964.)

b) *Artículo 849, número 2.º: Documento auténtico*: Carece de la condición de auténtico a efectos de casación el parte de la Casa de Scorro que se aduce, y que al haber podido ser causa de inadmisión se convierte en desestimación en el actual trámite procesal, sino porque los síntomas alcohólicos que se apreciaron varias horas después del acto de conducir, no evidencian error alguno en la afirmación sentada por la Sala del completo estado de embriaguez con anterioridad al examen médico, antes bien, corroboran con un dato suficientemente elocuente lo apreciado ya en la vía testifical y documental de mero pronóstico. (S. 2 mayo 1964.)

El motivo interpuesto por infracción de Ley del núm. 2.º del artículo 849 de la Ley ritual, ha incidido en la causa de inadmisión 6.ª del artículo 884 de la misma Ley, porque para mostrar el supuesto error de hecho de la sentencia recurrida invoca el atestado de la Policía y la declaración del inculcado que allí se contiene, documento que no puede merecer el concepto de auténtico a efectos de este recurso, y aunque se diga por el recurrente contestando al Ministerio Fiscal, que se opuso a la admisión, que invoca ese documento no por lo que dice el procesado, sino por la forma en que se conduce de absoluta normalidad, tal forma tiene que reflejarse en el documento, y no ser mera conclusión que se obtenga de su lectura, y como aquella manera de comportarse no se consigna en el atestado, frente a la declara-

ción del hecho probado, no se opone contenido alguno, sino consideraciones propias de otros motivos de casación. (A. 4 mayo 1964.)

La Ley no define los documentos auténticos a efectos de casación ni cabe definición alguna ya que una misma clase de pruebas tiene distinto valor en unos que en otros casos, ha establecido que no lo son las actas en que consten las declaraciones de procesados y testigos, dejando así estos medios de prueba a la soberana apreciación en conciencia de la Sala sentenciadora y a su exclusiva responsabilidad, por lo que debe ser desestimado el motivo que se analiza en este párrafo y que se funda principalmente en la confesión del procesado, de mucho más valor probatorio que los documentos que el recurrente invoca como auténticos. (S. 5 mayo 1964.)

La correspondencia privada y las declaraciones sumariales no están reñidas de la autenticidad intrínseca, indispensable a efectos casacionales. (S. 9 mayo 1964.)

La jurisprudencia de esta Sala ha declarado la autenticidad de las certificaciones del Registro Central de Penados y Rebeldes, atendida su solemnidad extrínseca, emitidas por funcionario competente y en forma de hacer fe, garantía de que su contenido es manifestación válida acerca de la veracidad de un hecho, documentos que por sí mismos prueban; en cuanto a la Hoja histórico penal del mismo Registro, carente de esa realidad extrínseca, autorizada sólo por una estampilla, con firma ilegible o sin ella, admitela bajo condición, pues si está en desacuerdo con los Registros parciales de los Juzgados o Audiencias, verdaderos manantiales de los antecedentes, prefiere estos últimos que son transmitidos al Central y sirven para su rectificación, según la Circular de 9 de enero de 1902 (Dic. 16.330). Por eso la Hoja histórico penal del recurrente, en la que no consta como debiera la pena de privación del permiso de conducir o de obtenerlo, conforme al artículo 11 de la Ley de 9 de mayo de 1950, ve menoscabado su valor documental ante la declaración ratificada del inculcado, quien reconoce estar privado por un año de obtener el referido permiso, en virtud de Sentencia de 21 de octubre de 1961, aseverada también en las calificaciones provisionales y definitivas del Ministerio Fiscal y de la Defensa del procesado, al establecer sus respectivas pretensiones para la relación jurídico procesal, objeto admitido para el fallo de la Audiencia. (S. 12 mayo 1964.)

La escritura pública de la citada por el procesado, unida a los folios 12 y siguientes del sumario, y la nota puesta al pie de la misma por el señor Registrador de la Propiedad, de constancia de la inscripción de las fincas que compró el recurrente, tienen el carácter de documentos auténticos a efectos de casación, tanto por su formalidad extrínseca como por su intrínseco contenido, que acredita como verdad incontrovertible que las fincas que relacionan fueron compradas por el hoy condenado que recurre, en la fecha de la escritura, con las condiciones que expresa y después inscritas en el Registro de la Propiedad en la fecha de la nota, 18 de septiembre del mismo año 1950, pero lo que no acreditan, de ningún modo, es la identidad de las fincas compradas con las a que se refiere el relato fáctico, por no constar los más elementales datos para identificarlas, pues incluso la única citada por su nombre, aquí se llama *Estajin del Sexo* y allí estajo de xoixo, y tampoco prueban, que las mismas continuasen inscritas como de la propiedad del de-

nunciante diez años después, en los días que tuvieron lugar los hechos origen de la sanción del recurrente, ya que la misma escritura admite la posibilidad del cambio de las fincas vendidas, por otras de idénticas condiciones y valor caso de practicarse legalmente la división del término del pueblo de L., que estaba dividido sólo materialmente en aquellos tiempos: por todo lo que no pueden exhibirse como contradictorias del hecho y acreditativas de evidente equivocación del Juzgador. (S. 13 mayo 1964.)

De los documentos señalados como auténticos en el recurso de casación por infracción de Ley del núm. 2.º del artículo 849 de la Ley de ritos, tan sólo disfrutaban de tal rango, el acta del juicio oral en cuanto a su formalidad externa y la certificación del folio 39 de la Junta de Obras del Puerto de Vigo, pero como respecto al primero se incumple lo prescrito en el párrafo 2.º del artículo 855 de la citada Ley, por no indicarse los particulares que hagan patente el error de hecho, procede su inadmisión según el núm. 4.º del artículo 884 del repetido Ordenamiento, sin que tengan la condición de documentos auténticos, ni el informe de la Comisaría de Policía, ni el del cura párroco, ni los autos de cognición, ni la certificación referente al acto conciliatorio, ni el documento de compra-venta, por no consignarse en ellos elementos de verdad inatacable con valor de prueba plena e incontrovertible y si bien la hoja del Registro Central de Penados es documento auténtico, no se citan los particulares demostrativos del error (A. 13 mayo 1964.)

Necesita el núm. 2.º del artículo 849 de la L. E. Criminal de documentos auténticos por su solemnidad externa y fuerza interior de testimonio, idóneos para imponerse por sí mismos con su verdad frente a toda prueba; los dictámenes periciales carecen por lo general de esta cualidad y del mismo modo los médicos pues contienen apreciaciones técnicas, aunque muy autorizadas científicamente, inseguras para determinar una verdad evidente e inatacable por opiniones o dictámenes contrarios y así lo declara repetidamente la jurisprudencia, sin validez de la alegada, casi toda civil, que se refiere a casos de autenticidad del acto, no del documento, de escritura pública de cartas y testimonios que no acrediten el error, de documentos privados reconocidos y los denomina principio de prueba nada más, sentencias incongruentes con la regulación procesal penal en el recurso, que no puede aceptarse por este motivo. Dentro del error en la apreciación de la prueba, incluye el motivo de las actuaciones judiciales según las cuales la madre del lesionado Rogelio M. C., menor de edad a la sazón, renuncia en su nombre y representación a ser indemnizado, mediante el percibo de cantidad; respecto a la categoría de tales documentos, debe añadirse que el hecho está expresamente recogido en el relato de los probados, en tanto que su eficacia jurídica no es propia de estudio al amparo del núm. 2.º del artículo 849 de la Ley procesal penal. (S. 20 mayo 1964.)

Aún cuando excepcionalmente quepa atribuir el rango de documentos auténticos a efectos de la casación a los privados, es preciso para ello que se hallen reconocidos por ambas partes interesadas en el valor de su contenido y como la relación de facturas que se dicen cobradas por el procesado, en la que constan individualizados el deudor, la fecha de su pago y las cantidades percibidas por quien las presentó al cobro, que lleva la data de 7 junio

1963. y que no está suscrita por nadie, fue entregada por el ofendido afirmando exhibiera al procesado en la Comisaría del que dijo reconociera todas sus partidas excepto la última, sin que esto haya tenido la debida comprobación ni reconocimiento ante el instructor, hallándose por otra parte en contradicción con nota de 5 de junio presentada a la Comisaría, suscrita por el recurrente, confesándose autor de la apropiación de 70.445 pts. tan sólo mientras que la relación de facturas asciende a 77.445 pts.; ante esas contradicciones no es posible estimar esa relación como documento auténtico, cuando no acredita de un modo pleno ningún error de hecho padeció por la Sala de instancia, forzada por el resultado de las pruebas a admitir la doctrina del delito continuado. (S. 20 mayo 1964.)

Aceptable como documento auténtico para el recurso la inspección ocular, diligencia sumarial, al folio 60 en unión del croquis firmado por el Instructor al folio siguiente, pues las observaciones y medidas fueron directamente expresadas por el, aunque el trazado de rectas de visibilidad con el poste base del cálculo, colocado en la curva ya entrada por el lado derecho en dirección contraria, no se correspondan en ambos documentos; puede sin embargo colegirse que para divisar el referido poste, desde los 163 metros contados en punto situado en 3 metros dentro de la carretera, un camión de 22 toneladas con mando izquierdo de dirección habría de adentrarse en ella; estas medidas no contradicen los hechos probados en los cuales nunca se declara que el adelantamiento se verificase dentro de la curva, antes bien estaba fuera de ella la piedra indicadora del kilómetro 452, donde primeramente chocó, según dice la sentencia, el camión que luego cayó al río Oria, y esta piedra es el comienzo de la curva de escasa visibilidad que no permite ver el ancho total de la carretera en una longitud de 200 metros, coincidente con la inspección ocular en lo principal, pues aquella dice que a los 168 metros, retrocediendo, mantiene la misma falta, no antes porque es salida de una ligera curva y tampoco media la distancia repetida de los 200 metros exigidos. (S. 22 mayo 1964.)

La inspección realizada por la Guardia Civil, reiteradamente viene declarando esta Sala que no es documento auténtico a efectos de casación, y si reúne tal carácter al acta judicial de inspección ocular, pero solamente en lo que observa el Juez, no en las declaraciones que ésta haga de cómo ocurrieron unos hechos que no presenció; en el que señala con el núm. 1.º coincide con el hecho en cuanto a la anchura de la carretera, curva poco pronunciada, visibilidad de 200 metros hacia Málaga y bastante buena visibilidad dice el hecho; en el núm. 2.º habla de huellas, cosa que hay que admitir como cierto, pero no merece tal calificación el que suponga que sea por las ruedas delanteras de ambos vehículos desprovistas de sus neumáticos, pues aunque también se admitiera como cierto, tales huellas eran posteriores, al choque; los núms. 3 y 4 coinciden con la declaración del hecho en cuanto a la situación de los vehículos después de la colisión y el núm. 5 resulta completamente inaceptable como elemento de prueba, pues son las declaraciones que hace el Juez de cómo ocurrió el accidente, llegando incluso a decir que al parecer el recurrido había frecuentado una sala de fiestas y que hubiese ingerido bebidas alcohólicas, razones todas por las que tiene que rechazarse este motivo. (S. 23 mayo 1964.)

Tanto el auto de procesamiento como la calificación del Ministerio Fiscal no tienen la condición de documentos auténticos. (Auto 3 junio 1964.)

Con la observación reflejada en la diligencia de inspección ocular, relativa a que el tranvía no portaba luz alguna en su parte trasera, se refiere el Juez Instructor, como indubitadamente lo revela el croquis anejo a aquella diligencia, a la inexistencia de faros o proyectores de luz intensiva, hecho auténtico que es inoperante frente al declarado probado, dado que éste afirma el juzgador *a quo* que el tranvía llevaba en dicha parte trasera, o lo que es lo mismo, al frente en el sentido de la marcha atrás, iluminado o encendido el indicador de la línea, con tres lámparas de 25 vatios, es decir, el alumbrado ordinario. (S. 11 junio 1964.)

La narración *de facto* no recoge datos esenciales para la calificación del hecho enjuiciado y que constan en la diligencia de inspección ocular como observación personal del Juez —documento auténtico invocado por el recurrente—, cuales son, que el camino por donde circulaba el motorista desembocaba en trinchera en la carretera y que por esta razón el conductor del automóvil no podía ver la motocicleta antes de llegar a dicho camino; que éste no aparece señalizado en el plano, y tiene escasamente tres metros de ancho, y que la colisión se produjo entre la rueda delantera de la motocicleta y la parte derecha del automóvil; datos todos que al omitirse en la sentencia no dan a conocer cómo se produjo exactamente el encuentro de los vehículos y la posibilidad de haber sido evitado, y que deben llevarse a la declaración de hechos probados como se postula en el motivo. (S. 20 junio 1964.)

El informe técnico emitido por la Policía de Tráfico, el croquis y las fotografías del informe fotográfico, realizados uno y otras por los mismos Agentes de la Autoridad, obrantes en el sumario, que cita el recurrente como documentos auténticos, carecen de este carácter de privilegio a efectos de casación, pues no tienen otro valor probatorio que los que corresponden a las declaraciones testificales o a los dictámenes periciales, según su contenido y alcance, quedando sometidos a la crítica de las partes y libre apreciación de los Tribunales, conforme a las reglas de la sana crítica, con la limitación y guía de su conciencia. (A. 24 junio 1964.)

Según la constante doctrina jurisprudencial, las diligencias de inspección ocular y de reconstitución del hecho no constituyen *per se* y en la totalidad de su contenido el documento auténtico a que se refiere el número 2.º del artículo 849 de la L. E. Criminal, a efectos de casación, pues sólo puede concederse el valor de verdad intrínseca e indiscutible a las afirmaciones de hecho que haga el juez que practica la diligencia, como consecuencia de su exclusiva y personal observación, pero no puede extenderse en manera alguna aquella cualidad a las deducciones, apreciaciones, hipótesis, consecuencias, conclusiones o juicios sobre los hechos pretéritos formulados por el instructor, los que carecen de valor probatorio, decisivo e indestructible, por estar sometidos al examen y apreciación definitivos del Tribunal sentenciador, con arreglo a la facultad que le confiere el artículo 741 de la misma Ley, ya que ésta no concede a esas manifestaciones, por muy autorizadas que sean, carácter privilegiado ni les:

reconoce plenos efectos probatorios, pues sólo representan el criterio subjetivo del instructor, que no está obligado a compartir el juzgador, a quien compete analizar las pruebas y deducir de su examen conjunto los elementos necesarios para formar su convicción y dictar, en conciencia, el fallo que corresponda. En aplicación de esta doctrina, tiene que ser rechazado el primer motivo, dado que la «conclusión» a que llegó el juez de instrucción en la práctica de la diligencia de reconstitución de los hechos que obra al folio 57 del sumario, acerca del instante en que «debió» saltar o partirse el tornillo derecho de sujeción de la horquilla de arrastre al remolque, que no pasa de ser una conjetura o, todo lo más una presunción sumarial, ineficaz para ser opuesta al juicio definitivo que formó el Tribunal sentenciador al apreciar en conjunto todas las pruebas practicadas en el acto del juicio oral. (S. 25 junio 1964.)

B.—*Recurso de casación por quebrantamiento de forma*: a) *Denegación de diligencias probatorias* (art. 850, núm. 1.º): No produce indefensión la incomparecencia de una de las testigos de once años de edad, que en los momentos inmediatos al suceso, y la única vez que declaró en el sumario, manifestó que no sabía nada ni había visto nada, y ello, a pesar de los esfuerzos del Juez que le interrogaba, negativa a hacer manifestaciones que podría ser debida a que estuviere distraída al producirse el repetido evento, o a la timidez propia de su edad, y por tanto, la suspensión del juicio para obligarle a comparecer, sólo hubiera producido una dilación innecesaria, siendo así acertada la resolución contraria del Tribunal *a quo*, al que faltaron otros elementos valorativos de la importancia de la testigo, por no haberlos aportado la parte interesada en su reclamación, sin que tampoco sean de trascendencia los que ahora invoca, pues la otra pequeña testigo declara lo que ella vio, sin afirmar que la incompareciente, que en aquellos instantes le acompañaba, también lo hubiese visto. (S. 2 mayo 1964.)

Al negarse por el Tribunal la suspensión del juicio oral ante la incomparecencia del testigo D. Miguel V., sacerdote, que era querellante en la causa sobre lo cual es de significar que dicho testigo había declarado con gran amplitud a los folios 64 al 66 del sumario y en los careos de los folios 80, 82, 83 y 96 del mismo; que por el mismo motivo de su incomparecencia se había suspendido el juicio oral en dos ocasiones anteriores de los años 1958 y 1961; que al escrito de calificación provisional de la defensa del procesado no aparece unida la lista de los testigos a que el dicho escrito se refiere; y que en el acto del juicio oral de que aquí se trata, tanto el Fiscal como la acusación manifestaron su conformidad para la no suspensión del juicio, y el Tribunal expresamente hizo constar que tenía los elementos de juicio suficientes para continuar el juicio y poder dictar sentencia; con todo lo cual, y no habiendo formulado por la defensa los extremos sobre los cuales estimaba necesario la nueva declaración del testigo, para poder así determinar el alcance de la prueba solicitada, no aparece como necesaria la modificación de las medidas adoptadas por el Tribunal de instancia para denegar la suspensión del juicio por tercera

vez en una causa incoada en el año 1953, en que concurrían las circunstancias antes indicadas. (S. 9 mayo 1964.)

Estuvo bien denegada la petición del otrosí, del escrito de conclusiones del recurrente, por cuanto que el testimonio que se solicitaba de los apartados 5.º y 6.º del mismo escrito, no había de surtir efecto en el juicio oral, pues la petición se concretaba a que se instruyera sumario por quien correspondiese, por los hechos que relataba, y el cauce para lograr lo que pretendía, si ello era procedente, bien conoce la parte que es la denuncia directa o la querrela, sin tomar como intermediaria, con la falta de consideración y respeto que ello implica, a la Sala de instancia; y en cuanto a la inspección ocular del local, en cuyo juicio de desahucio se produjeron las supuestas injurias sobre las que se debate ahora, también fue acertada la negativa a practicarla, ya que su resultado no habría de influir en la apreciación de éstos, ni de sus circunstancias. (S. 23 mayo 1964.)

El motivo del recurso, interpuesto al amparo del núm. 1.º del artículo 850 de la L. E. Criminal, por no haberse practicado la prueba documental que propuso el recurrente en el escrito de calificación provisional y fue admitida, y no haber accedido el Tribunal a la suspensión del juicio oral pedida en el acto de su celebración, no puede ser acogida, a saber: a), porque tal prueba, denominada documental, era, por su contenido, pericial al consistir en que dos peritos mercantiles examinaran los libros de contabilidad de la empresa perjudicada y dictaminasen sobre los extremos que se decían en dicho escrito, solicitándose del Tribunal que fuese el quien designase los peritos y requiriese a la empresa para que llevase los libros a la Secretaría para su examen, lo que evidencia que no fue propuesta en forma, porque ni los libros podían llevarse al Tribunal para su examen por peritos, por prohibirlo el artículo 47 del Código de Comercio, ni la designación de peritos era cometido del Tribunal, sino de la parte, como previene el artículo 656 de la L. E. Criminal; y b), porque aunque en el auto de admisión de pruebas se declararon admitidas en globo las propuestas, sin acordarse nada para la práctica de la que acaba de mencionarse, el recurrente no instó nada para su ejecución ni facilitó la lista de peritos, con lo que se aquietó con aquella situación procesal, consintiendo con su silencio en que no se practicase ya que no podía ignorar que tal prueba no podía tener lugar en el acto del juicio oral y precisamente por culpa imputable al procesado, según se acaba de decir; procediendo añadir en justificación del acuerdo del Tribunal, de no suspender el juicio y de que este acuerdo no produjo indefensión al procesado, que la denegación fue razonada, haciéndose constar en el acta que los extremos sobre los que tenía que versar el informe pericial —cuantía de lo defraudado— el Tribunal los encontraba aclarados con la prueba testifical practicada, cosa evidente, además, porque consistiendo el hecho sumarial en la apropiación de cantidades que el procesado cobrara de los clientes sin ingresarlas en Caja, los libros de contabilidad no podían reflejar unos ingresos que no tuvieron entrada en las arcas del perjudicado. (S. 25 mayo 1964.)

Dada la influencia decisiva que en la pena correspondiente al delito de hurto tiene la valoración de los objetos sustraídos, la prueba pericial pro-

puesta por la defensa del procesado y admitida por la Sala es de notoria pertinencia y no puede sustituirse con el peritaje sumarial, practicado sin la intervención del procesado or unos peritos tasadores cuyas circunstancias personales no constan, ni con cálculos aproximados del propio procesado al final de su declaración indagatoria, ni con los muy inseguros que pudieran fundarse en el importe de la pignoración en el Monte de Piedad, por lo que habiéndose prescindido en el acto del juicio de dicha prueba pericial, lo que motivó la correspondiente protesta, procede estimar el motivo del recurso. (S. 26 mayo 1964.)

La estimación del motivo por denegación de prueba en el juicio oral, propuesta en forma y admitida, examen de la potestad discrecional del Tribunal de origen, exige el requisito de que no haya razonado la negativa de suspensión ante la incomparecencia de los peritos; ya se advierte que la Sala no la admite por no ser fundamental para otorgarla; también supone que en este evento el procesado resulte indefenso, pero acusado y condenado solamente por la cuantía de lo recuperado, el injustificado supuesto de una mayor cantidad alegada por el ofendido no era de necesaria demostración como se intentaba con la prueba; tampoco existe omisión del Tribunal en las citaciones de peritos, uno fallecido, otro enfermo y otros dos, de los seis, que no comparecieron. (S. junio 1964.)

Según el acta del juicio oral, la defensa del procesado propuso en tal acto la declaración de un testigo, sin hacer referencia a revelaciones o retractaciones inesperadas que puedan hacer preciso nuevos elementos de prueba, como previene el núm. 6.º del artículo 746 de la citada Ley y como lo pretendido acreditar —entrega de una cantidad a la ofendida— ocurriera en agosto de 1961 y se trataba de un acto personal del encausado que por esta razón tenía conocimiento de él en esa época, como la calificación provisional por su defensor no se formuló hasta el 11 diciembre del mismo año, en este día debió ser propuesto el testigo que luego extemporáneamente se indicó en el juicio, por lo que el aludido no se propuso en tiempo y forma y ello es causa de desestimación del recurso y del motivo; además, que si el delito se había producido en marzo de 1961 por abandono malicioso del hogar conyugal y dejación sin ayuda en forma regular a la esposa e hijos, nada puede afectar a este abandono, la posterior entrega a la consorte de una suma por una sola vez, puesto que el delito se había ya consumado, no pudiendo invocarse para apoyar este motivo en lo dispuesto en el núm. 3.º del artículo 720 de la referida Ley de ritos, en razón, de que la finalidad de este precepto tiende tan sólo a invalidar el valor de una declaración prestada en el juicio oral, siempre que el Tribunal «lo considere admisible», cosa que aquí no ha ocurrido. (S. 8 junio 1964.)

La denegación de prueba en causas tramitadas por el procedimiento de urgencia es de amplitud discrecional mayor que en el ordinario con el fin de evitar dilaciones inútiles, acaso ilimitadas, tanto en la ratificación como para la comparecencia en juicio de un enfermo de setenta y ocho años, perjudicado a quien se oyó después de tres meses de acaecido el suceso, diligencia practicada en su domicilio; la primera declaración del acusado

se emitió siete meses después del atropello, pues las declaraciones que dice anteriores no constan en el atestado, reducido a oficio de la Guardia Civil para enviar al Juez Municipal el certificado facultativo y a la circunstancia recogida en dicha comunicación sobre el hecho que «ocurrió en salida Linares, Puerta Bonita, ante el barullo de personal que había en la calle y el coche le cogió, produciéndole las lesiones que padece»; a petición del Ministerio Fiscal se tuvieron en cuenta las declaraciones sumarias, añadiendo ante la petición de suspender el juicio que no se accedía por estimar que con lo declarado por el procesado en el acto del juicio y lo actuado en el sumario estaba suficientemente informada la Sala sobre la forma en que ocurrieron los hechos, queda alcanzado el fin de las actuaciones en esta formación de conciencia del Tribunal, aunque no coincida con la del procesado. (S. 8 junio 1964.)

La *ratio* de este motivo para producir efectos en casación, es que la omisión de la diligencia probatoria determine un estado procesal de indefensión del reo, teniendo su práctica un positivo reflejo en la calificación jurídica de los hechos, nada de lo cual se acredita en el caso sometido a la censura de la casación, por cuanto que el delito por el que fue condenado el recurrente, Angel L.-M., de receptación, no consiste en que se consignen o no en los libros de comercio los datos reglamentarios exigibles para los establecimientos de compraventa, y en una como en otra hipótesis la receptación existe una vez acreditado que el aprovechamiento personal se acompañó del conocimiento de la delictiva procedencia de los efectos adquiridos, y acreditados tales extremos como probados en la sentencia, en nada afectaría a las consecuencias jurídicas materiales o procesales el eventual resultado de la prueba propuesta, tanto más intrascendente cuanto que el dato de no consignarse las ventas en los libros comerciales se dice en la sentencia refiriéndose a la fecha de las operaciones y conforme a diligencias policíacas pretéritas, por lo que una nueva judicial después del tiempo trascurrido no podía tener eficacia alguna. (S. 27 junio 1964.)

b) *Falta de claridad de los hechos probados* (art. 851, núm. 1.º): Al decir la sentencia recurrida en la declaración de hechos probados que «el procesado retuvo en su poder, creyendo que a ello le autorizaba el contrato, a cuenta de esas comisiones y de esos saldos no liquidados», una cantidad cuyos límites se fijan sin concretarla, producto de la venta de calzado que había recibido a título de depósito, quedan resueltas desde el punto de vista penal todas las cuestiones de hecho con la claridad debida, pues el determinar si ese derecho que creía tener el procesado estaba o no reconocido en el contrato es cuestión meramente civil, y el no constar cantidad líquida tampoco empaña la claridad de la relación fáctica que naturalmente se limite a lo que el Tribunal estima probado, sea o no suficiente para el debido enjuiciamiento del caso, no habiéndose, por tanto, incurrido en el supuesto quebrantamiento de forma. (S. 5 mayo 1964.)

Basta leer el primer Resultado de la sentencia para comprender lo infundado de este motivo de casación, ya que en él se dice con toda claridad y precisión quién cometió la infracción, clase de actividad desarro-

llada para apoderarse del dinero de la empresa, donde el culpable presta sus servicios, naturaleza de éstos, y cuantía en que el Tribunal cifra, a efectos penales, la apropiación; es decir, que no se da a conocer con todos los detalles necesarios para su calificación el hecho enjuiciado con sus circunstancias concurrentes; no afectando a la nitidez del relato el que no se diga, como pretende el recurrente, qué nóminas de las alteradas eran por el concepto de gratificaciones y cuáles por el del plus familiar, porque esa discriminación, intrascendente a efectos punitivos, pudo el Tribunal no tener elementos suficientes para hacerla, o estimarla innecesaria al consignar la totalidad de la cantidad con que se lucró el procesado, ya que en definitiva declara que la entidad perjudicada era la empresa donde el empleado infiel prestaba sus servicios. (S. 5 mayo 1964.)

Es procedente la desestimación del motivo del recurso por quebrantamiento formal, fundado en que no se expresa con claridad cuáles son los hechos probados y por consignarse conceptos predeterminadores del fallo, porque respecto a lo primero, los hechos se determinan con absoluta claridad y no es por esta causa por lo que en realidad se alega este motivo de recurso sino por entender que están incompletos, ya que no se expresa en ellos el resultado final del recurso contencioso-administrativo entablado ante la Sala 5.ª de este Tribunal, razonamiento que tampoco cabe acoger, ya que el Tribunal de instancia entendió que el detalle no afectaba al fondo del asunto planteado, ya que, en efecto, la sentencia de dicha Sala, de fecha 17 abril 1961, que obra en autos, declaró la inadmisión del recurso del querellante, pero no por motivos de fondo, sino solamente por estimar el defecto procesal de no haberse interpuesto en tiempo el recurso previo de reposición; y respecto a lo segundo, porque esta omisión, no sustancial para el hecho perseguido, para nada prejuzga en aspecto alguno la cuestión de fondo y, por tanto, la predeterminación del fallo. (S. 6 mayo 1964.)

No adolece la sentencia de la falta de claridad y declaración terminante de cuáles son los hechos que se consideran probados, que recusa el impugnante en el segundo motivo, con base en el núm. 1.º del artículo 851 de la Ley de ritos, pues los Tribunales de lo criminal, condensan en el relato, fundamento sustentador de sus decisiones, los que, a su juicio, entienden que configuran el tipo delictivo, con sus circunstancias, que han de encuadrar en el precepto sustantivo que lo sanciona, sin que sea lícito a las partes, tratar de ampliarlo o modificarlo, en este cauce procesal, con datos o detalles que los juzgadores no creyeron necesario consignar o que no estaban probados, y como ésto es lo que pretende el recurrente, al alegar que no se tiene en cuenta ni se transcribe, al referirse al acto de conciliación, lo solicitado por los querellantes, que pretendían una absoluta retractación de las bases fundamentales de la demanda civil, y también aduce que se omiten otros extremos, que el Tribunal *a quo* estimó innecesario consignar. (S. 23 mayo 1963.)

Aun sin ser muy afortunada la redacción del hecho probado de la sentencia recurrida, no puede sostenerse con éxito, al amparo del núm. 1.º del artículo 851 de la L. E. Criminal, que no se han fijado clara y termi-

nantemente cuáles son los hechos que se consideran probados, porque no siempre le es posible a la Sala sentenciadora hacerlo así, cuando es ella la que se ve obligada ante la imprecisión de situaciones que se le presentan, a tener que inclinarse por la solución si no exacta, que más favorezca al reo, sin que la circunstancia de ignorarse quién quebrantó los sellos de los paquetes de las joyas cerradas y lacradas pueda afectar al castigo de las infracciones y sin que la valoración de lo sustraído, dejada de consignar en el hecho básico, impida la sanción, cuando en el primer Considerando, complemento del hecho fundamental según criterio reiterado de esta Sala, se asigna un valor mínimo a las alhajas sustraídas no inferior a 10.000 pesetas. (S. 2 junio 1964.)

El que se omita que el momento de autos era de noche, que la rotura de la dirección del camión fue al caer éste, que el camino no era apto, que faltaban cinco minutos para que por la vía del ferrocarril circulase un tren, forma exacta de entrar el camión en la vía férrea, y otras circunstancias de igual o análoga naturaleza, ello no implica falta de claridad ya que la lectura de la relación fáctica proporciona los elementos y circunstancias esenciales, tratándose más bien de detalles que el recurrente quisiera que tuvieran constancia, pero cuya ausencia no incide en el defecto apuntado, pues que se trata de simples cuestiones de hecho de las que el Tribunal pudo prescindir para consignar las esenciales, ocurriendo lo propio con la frase relativa a las causas de la no detención del convoy ferroviario, lo que es perfectamente inteligible. (S. 6 junio 1964.)

Basta leer la narración de facto para ver que hechos exponen con toda claridad, ya que se dice que el procesado conducía el camión por una curva de gran visibilidad, que la tomó muy a su izquierda, que divisó a un peatón que cruzaba de derecha a izquierda con tiempo suficiente, a pesar de lo cual lo atropelló en la zona izquierda de su marcha quedando la víctima a 2 metros del bordillo de ese lado, y que el ancho de la calzada es de 8 metros 70 centímetros, relación que da a conocer con toda precisión las circunstancias de la carretera, la dirección del vehículo y del peatón, sitio donde fue atropellado éste, zona por donde circulaba aquél y posibilidad de haber evitado el atropellado al decir que lo divisó con la antelación suficiente, por lo que el hecho enjuiciado queda expuesto con los detalles necesarios para su acertada calificación. (S. 8 junio 1964.)

No adolece de la falta de claridad que alega el recurrente, la sentencia de instancia, pues aun suprimido de la resultancia fáctica la frase denunciada, quedan los hechos lo suficientemente expresivos y contienen todos los elementos necesarios para calificar la actuación culposa del procesado determinante de la colisión, cual fue «la exagerada y excesiva velocidad» que llevaba el vehículo que conducía el recurrente y que debido a aquella velocidad excesiva, añade el relato, no pudo medir las distancias para pasar con normalidad, ni pudo dominar el vehículo, por lo que fue a colisionar contra el citado camión. (S. 9 junio 1964.)

En el motivo del recurso articulado por quebrantamiento de forma se atribuye a la sentencia recurrida el defecto de no expresar que el escrito donde se estamparon las frases estimadas delictivas fue una denuncia

formulada con arreglo a la Ley de Procedimiento Administrativo, no insertar literalmente el escrito ni consignar las fechas de comisión y de iniciación del proceso para poder computar el tiempo de la prescripción alegada; omisiones que por su misma enunciación, demuestran que no pueden dar contenido al recurso del núm. 1.º del artículo 851 de la L. E. Criminal fundado en no expresar con claridad y precisión los hechos probados, pues lo que se pretende no es que se aclare y precise lo que se dice, sino que al dejar otras cosas más que se creen convenientes para la defensa, adiciones que podían ser materia de otro recurso, pero no del interpuesto, ya que con toda claridad se consignan en la relación de facto la persona a quien iba dirigido el escrito, aquella a la cual se atribuían los hechos delictivos con expresión del cargo desempeñado, y las frases vertidas al hacer la imputación con expresión de su fecha; o sea, todo lo necesario para la debida calificación del hecho enjuiciado e incluso para hacer el pronunciamiento sobre prescripción al constar la fecha en que él dirigió el escrito al Ministro de Obras Públicas, que relacionada con la de la sentencia es suficiente para hacer el cómputo de la prescripción de cinco años que el Tribunal estima aplicable a este delito. (S. 10 junio 1964.)

Aún siendo preferible ciertamente, que en la Sentencia impugnada se hubiese determinado el extremo de la situación de los vehículos, y a cuál de ellos correspondía la derecha para el acceso, dicho defecto no adquiere la trascendencia que se le atribuye en el primer motivo del recurso para justificar el de quebrantamiento de forma, por falta de claridad en la narración de los hechos, porque en el caso concreto el hacerse mérito de la presencia del aviso de la cesión de mano, que obligaba a un acatamiento aun en el supuesto de la ordinaria preferencia, el factor topográfico no ostenta el decisivo valor que el motivo se le atribuye. (S. 23 junio 1964.)

c) *Contradicción entre los hechos probados* (art. 851, núm. 1.º suceso 2.º):

La contradicción que se alega, al amparo, del artículo 851 número 1.º, inciso 2.º, se hace consistir en que por una parte se afirma haber estado el procesado en la crenca, fuese o no errónea, de que podía retener dinero a cuenta de comisiones y saldos no liquidados y en el mismo. Resultando se declara probado que esas comisiones, aún después de liquidadas, habían de quedar en una cuenta de depósito mientras no sumasen 25.000 pesetas, pero esa contradicción no se da, pues sólo por la vía del artículo 849 número 2.º de dicha Ley procesal puede imponerse el criterio ajeno sobre el enlace lógico entre unos y otros hechos. (S. 5 mayo 1964.)

La consumación del delito se efectúa en la concurrencia de todos los factores internos y externos que le configuran, instante éste de la perfección del delito y objeto de la calificación, inmutable aunque los actos posteriores puedan modificar la punibilidad sin mudar su esencia; quien se apoderó de cantidades contra la voluntad del dueño responde desde entonces por su acción, y no se contradice la sentencia durante el año 1962 y de liquidación posterior en septiembre de 1963, y entrega de la totalidad; no es, por eso, apreciable el motivo por quebrantamiento de forma, en cuanto a la contradicción formal de los hechos entre sí, ya que la exis-

tencia de liquidación pendiente mientras las defraudaciones, habría de ser materia de otro motivo. (S. 11 mayo 1964.)

La contradicción entre los hechos probados que puede dar contenido al recurso por quebrantamiento de forma del núm. 1.º del artículo 851 de la L. E. Criminal, ha de ser «manifiesta» como dice el texto legal, o sea, que revele una clara oposición entre dos afirmaciones de la sentencia, al punto que la una sea incompatible con la otra, y no puede, por tanto, darse cuando frente a una realidad o certeza se opone una duda, que es el caso contemplado en el primer motivo del recurso del querellante Ignacio P., en el que se ofrece como materia del mismo la afirmación de que en 10 de septiembre de 1958 querellante y querellado hicieron una comprobación del valor total de las letras de cambio desatendidas por el primero referente a las relaciones comerciales entre ellos, firmándose tres letras distintas con acuerdo de devolución de las sustituidas, y aquella otra de que no consta que entre ellas estuviera incluida ni tuviera relación con el negocio la letra de 15.145 pesetas de 28 de julio de aquel año que después fue objeto de un proceso ejecutivo; porque una y otra afirmación son perfectamente compatibles al no contener la segunda ninguna declaración que se oponga a la primera, ya que deja como hecho no acreditado el que esta última letra fuere o no incluida en el convenio de 10 de septiembre. (S. 25 mayo 1964.)

El supuesto defecto de la sentencia de no resolver la cuestión propuesta sobre la mendacidad empleada por el procesado Custodio L. G. para obtener sentencia favorable en el juicio promovido con la referida letra de 15.145 pesetas ofrece la particularidad de que carece propiamente de base, toda vez que el recurrente no formuló pretensión alguna referente a la calificación de los delitos, limitándose a decir que mostraba su conformidad a la calificación del Ministerio Fiscal, dejando de articular sus conclusiones provisionales en la forma prevenida en el artículo 650 de la L. E. Criminal, convirtiéndose en un mero adherido del Ministerio Público dentro del proceso penal; y como al término del juicio oral el Fiscal retiró la acusación el apoyo que sostenía procesalmente a la acusación privada desapareció, sin que fuese sustituido por ningún otro, ya que esta acusación se limitó a decir que elevaba a definitivas sus conclusiones provisionales, que ya se ha dicho que no existían, en vez de formular en aquel trámite las que creyere oportunas en vista del desistimiento del Fiscal; quedando por tanto la postulación que se formula en este motivo de casación sin el antecedente procesal necesario, pero aunque no se estime así, y se den plenos efectos procesales de calificación al referido escrito de conformidad, para que no se vea en esta observancia del rito un deseo de soslayar la cuestión propuesta, el escrito del Ministerio Fiscal al cual hay que atenerse por aceptación del recurrente, no contiene cuestión jurídica que la sentencia no haya resuelto, pues esa actuación que se dice engañosa del procesado en el referido juicio ejecutivo y que el Fiscal relata en la primera de sus conclusiones, la califica en la segunda de estafa en grado de tentativa del artículo 529 del C. P. —aparte del delito continuado de falsedad en documento mercantil de que también acusó en esa calificación provisional— fue estudiada por la sentencia en el ap. b) del primer Considerando, y resulta en el fallo al decirse expresamente que se

absuelve de los delitos de falsedad y estafa de que eran acusados los procesados. (S. 25 mayo 1964.)

Es principio fundamental e inconcuso, establecido por la Ley procesal, admitido por la doctrina y por las resoluciones de esta Sala que las sentencias pronunciadas por las Audiencias que pongan fin a las causas criminales sean claras y precisas, cuidando muy especialmente de que no haya contradicción en los hechos declarados probados, y sobre todo de que exista perfecta congruencia entre las peticiones de las partes y el fallo, en el que se resolverán todas las cuestiones que fueron objeto de las acusaciones y defensas; y esto sentado, del detenido estudio de la sentencia de instancia, se observa que su total redacción, principalmente las premisas de facto contenidas en el primer resultando, adolecen de esa falta de la necesaria y preceptiva claridad, no obstante su extensión y minuciosidad en detalles, que por superfluos e irrelevantes, en su mayor parte, contribuyen a producir confusión en quien los lea, pues no puede comprenderse, ni siquiera deducirse, de lo que en la relación fáctica se consigna, cuál fuera la actividad y conducta de cada uno de los distintos encartados en los hechos delictivos de que respectivamente fueron acusados; de otra parte existe contradicción y esa misma falta de claridad, concretamente, en el particular referente a las facultades mentales y volitivas del procesado Emilio C. R., porque después de afirmar que tiene «capacidad total y plena de sus actos en su discernir desde siempre», a continuación agrega «aunque avatares de juventud perdida, dejaran en su cuenta saldos inconjugables», sin especificar en qué consistían esos saldos, y si tenían o no repercusión en su patologismo mental, produciéndole una disminución de su razón, extremo muy importante a los efectos de determinar el grado de responsabilidad y la consiguiente medida de la pena a imponer en su caso, porque no hay que olvidar que la representación de este procesado, en sus conclusiones definitivas alegó en favor de su patrocinado la concurrencia de la circunstancia eximente 1.ª del artículo 8 del Código Penal, y alternativamente la atenuante 1.ª del artículo 9.º del mismo Cuerpo Legal, y si bien es cierto que en el cuarto Considerando de la sentencia recurrida se razona sobre la desestimación de la eximente completa, invocando en su apoyo la sentencia de esta Sala de 21 de enero de 1943 (Rep. 58) (por error, sin duda, se dice que de 21 de marzo), en esta misma sentencia aunque no se dio lugar al recurso en cuanto propugnaba la apreciación de la eximente 1.ª del artículo 8.º, dejó subsistente la atenuante 1.ª del artículo 9.º, que había estimado el Tribunal de instancia por la disminución de autocrítica y de las facultades volitivas del reo de un modo relativo, que se hallaba entre los tipos generales de personalidades psicopáticas, que se encuentran en las fronteras del patologismo mental y conllevan una disminución de su razón, aunque no permitiera extender tal disminución al más amplio concepto de anulación transitoria de las facultades mentales; otro defecto procesal de la mayor importancia, denunciado también por el mismo recurrente, sancionado como activo por quebrantamiento de forma en el artículo 851 de la L. E. Criminal, a cuyo amparo se interpone el recurso, es que la sentencia de instancia no resuelve todos los puntos que fueron objeto de la acusación y defensa, toda vez que el Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares personadas, en sus respec-

tivos escritos de conclusiones definitivas calificaron los hechos procesales como constitutivos de ocho delitos de robo, otro también de robo en grado de tentativa, otro «imposible» de robo, otro de estafa, y siete delitos de encubrimiento, reputando responsable de los ocho delitos de robo, del de robo en grado de tentativa y del imposible de robo, a Emilio C. R. en concepto de autor de todos ellos y solicitando se le impusieran ocho penas de doce años de presidio mayor cada una, por los ocho delitos de robo, una pena de siete años de igual presidio por el delito de robo en grado de tentativa, y otra pena de otros siete años de presidio por el delito de robo imposible, y al Tribunal a que condene a este procesado, hoy recurrente, solamente por delitos de robo y por otros dos de hurto, sin hacer pronunciamiento en el fallo, ni condenatorio ni absolutorio, respecto a los otros seis delitos restantes de que fue acusado, ni hace delimitación de la parte proporcional de costas que a ellos pudiera corresponder. (S. 30 mayo 1964.)

La contradicción ha de darse entre los hechos que se declaren probados, de tal modo que sean absolutamente incompatibles, y no con los que se declaren como no probados, sin perjuicio de que aquellos puedan ser prueba evidente de éstos en cuyo caso solamente procedería la casación al amparo del artículo 849 núm. 2.º de dicha Ley, admitiendo como documento auténtico la sentencia misma. (S. 3 junio 1964.)

La contradicción ha de darse entre los hechos que se declaran probados no entre los que se declaren probados y otros que se declaren no probados aunque haya cierta incongruencia en la diferente apreciación de una misma prueba, pues ésta se aprecia en conciencia respecto a cada hecho con arreglo al artículo 741 de dicha Ley, sin necesidad de exponer su razonado análisis, sino que basta declarar como probadas las conclusiones resultantes del correspondiente proceso mental, y todo lo demás es superfluo, por lo que en este caso, en el que una misma prueba puede estar desvirtuada por elementos de juicio que sólo respecto a determinado hecho concurren, procede desestimar el motivo. (S. 3 junio 1964.)

El motivo está fundado en la supuesta contradicción entre la frase de entrar el camión con moderada velocidad en la vía mojada y de que el camión patinó, porque en absoluto puede advertirse contradicción alguna entre dichas expresiones, explicándose perfectamente el hecho del patinaje del camión si la vía precisamente ofrecía una causa al patinaje como era estar mojada. (S. 6 junio 1964.)

No existe contradicción alguna entre los hechos probados, pues si el taxímetro, en vez de detenerse en la parada del tranvía cuando estaban subiendo los viajeros, intentó pasar por detrás de ellos rozándoles, nada más natural que el viajero atropellado tuviera a su espalda el vehículo y delante el tranvía al que quería subir. (S. 8 junio 1964.)

En la narración de los hechos, en forma menos afortunada, al decir que no está probado excediera lo apoderado de lo que en su poder se encontró, lejos de existir contradicción entre estos conceptos, claramente declaran que sólo se considera sustraído lo recuperado, por lo que no procede este motivo, mantenido por el núm. 1.º del artículo 850 de la L. E. Criminal, ya que éste fue el núm. 1.º del extracto y desarrollo, seguido dentro del mismo de la falta

de claridad y predeterminación del fallo a los cuales no se alude por la falta procesal cometida por el recurrente en la preparación y en la interposición al comprender en un sólo motivo las tres infracciones supuestas cuya reparación se solicita, contra lo preceptuado en el artículo 874 de numerar cada motivo e interpretar en jurisprudencia la necesidad de que cada infracción, cada inciso fundamento del motivo, se ampare en el suyo propio; pero además, las omisiones aducidas no restan claridad al hecho probado de apoderamiento, término claro que significa el cambio de patrimonio, sin pre-determinar el fallo por su expresión, no exclusivamente jurídica, puesto que no es legal, y vulgarmente empleada. (S. 8 junio 1964.)

Entre los hechos declarados probados no existe la conradicción que quiere ver el recurrente en el primer motivo de casación por quebrantamiento de forma, pues si bien afirma la Audiencia que la noche, el temporal de lluvia y viento, y la espesa niebla hacían difícil la visibilidad, más adelante precisa que «la dificultad de visibilidad por las condiciones atmosféricas, más se refiere a la que existía desde el tranvía hacia el exterior», por lo que resulta perfectamente conciliable que «la iluminación hacía que el tranvía pudiera ser fácilmente visto» desde el exterior, hallándose el observador al lado del vehículo, y que debido a las dificultades de visibilidad no se apercibiese el cobrador situado en el interior del tren de la presencia de la muchacha hasta que ésta ya se hallaba en la vía. (S. 11 junio 1964.)

d) *Predeterminación del fallo* (art. 850, núm. 1.º suceso 3.º): En cuanto a los supuestos conceptos jurídicos predeterminantes del fallo que el recurrente descubre en las palabras «apropiándose en su beneficio», éstas tienen el mismo significado en el lenguaje corriente que en el artículo 535 del Código Penal, cuyo texto literal no define el hurto o el robo dando un significado técnico y preciso a palabras que se emplean confusamente en el lenguaje vulgar, sino que tipifica el hecho-clave de la misma manera que en el artículo 407 el homicidio con las palabras «el que matare a otro», sin que por ello la palabra «matar» se convierta en técnico-jurídica y quede prescrita del relato del hecho de autos. (S. 3 junio 1964.)

La constancia del estado de embriaguez o intoxicación alcohólica no es concepto jurídico, sino de puro hecho, hasta el punto de que es susceptible de estimativa por prueba testifical o pericial, sin entrañar juicio alguno de valoración jurídica, aunque ésta sea *a posteriori* una lógica consecuencia de lo fáctico. (S. 2 mayo 1964.)

Es doctrina reiterada de este Tribunal que la inclusión de conceptos jurídicos en la narración de hechos probados constituye siempre una irregularidad procesal, pero entraña un vicio determinante de la nulidad de las sentencias de instancia tan sólo en el caso de que suprimidos *in mente* tales conceptos quedaría privado el fallo de la imprescindible base de hecho, conforme a cuya doctrina ha de rechazarse el motivo del presente recurso, ya que aún concediendo que la frase «olvidando las más elementales medidas de prudencia» constituya un concepto jurídico-penal, en el propio Resultando, consigna el Juzgador *a quo* que el recurrente se metió en la acera por no ser dueño de los movimientos del vehículo y haber perdido el control del mismo, datos que no envuelven ningún concepto que por su carácter jurídico

podieran implicar la predeterminación de un fallo por imprudencia temeraria, no por imprudencia simple con infracción de Reglamentos. (S. 5 mayo 1964.)

No expresa concepto jurídico predeterminante del fallo la afirmación de que el procesado se creyó autorizado por el contrato para hacer lo que se le imputa como delito de apropiación indebida, pues todo lo subjetivo, incluso la anormalidad mental es un hecho, al que no puede llegarse directamente, pero sí, a través de presunciones legales o por otras pruebas de hechos objetivos que pongan al descubierto el *ánimus* o su falta, siendo pues improcedente el motivo del recurso que se ampara procesalmente en el artículo 851 núm. 1.º inciso 3.º de la L. E. Criminal. (S. 5 mayo 1964.)

No puede estimarse que sea concepto jurídico predeterminante del fallo la frase: «con olvido de toda precaución», porque el alcance de su significado no precisa de conocimientos especiales de derecho, ni de elevada cultura y, además, que aun suprimida del relato fáctico, claro, terminante y preciso, se llegaría al mismo resultado condenatorio. (S. 8 mayo 1964.)

La frase «con propósito lúbrico» que la sentencia impugnada consigna, carece de sentido exclusivamente jurídico que pueda ser determinadora del fallo, ya que la misma es de inteligencia y de uso vulgar que se encuentra al alcance de todas las personas, aun en las no poseedoras de conocimientos de Derecho, y se da además la circunstancia de que aunque desapareciese de la relación fáctica la frase antes entrecomillada, hay en ella elementos de hecho necesarios para destacar la verdadera naturaleza de los actos del procesado recogida acertadamente por el Tribunal *a quo*, para penar el delito de abusos deshonestos por el que ha sido condenado aquí. (S. 8 mayo 1964.)

En modo alguno puede valorarse como concepto jurídico predeterminante del fallo, el consignar la preferencia de mano del vehículo siniestrado que se hallaba a la derecha de la calle por donde discurría el del procesado recurrente, dato meramente topográfico y como tal de puro hecho, cuya consignación era necesaria para extraer de ella las consecuencias jurídicas en los considerandos y fallo. (S. 8 mayo 1964.)

No predeterminan el fallo las frases «se adueñó o hizo suya lucrándose con ella en perjuicio de la empresa», fórmulas descriptivas de hechos sin total conceptualización jurídica que exceda el uso vulgar, no empleados por el legislador ni determinantes del fallo por sí mismas, separadas del contexto del relato. (S. 11 mayo 1964.)

Con motivo de la aportación al sumario de un recibo se hace constar que se hizo «con el propósito de perjudicar al Diario P., debilitando sus derechos» y aun cuando todas estas expresiones son de un entendimiento asequible al común de las gentes, sin que se vislumbre por ningún lado una terminología jurídica ni se trate de frases usadas en el texto legal aplicable al caso enjuiciado que han sido los artículos 303 y 307 del Código Penal, que aun cuando este último habla de la intención de lucro, tal expresión es ajena a la empleada de «propósito de perjudicar» ya que ésta atiende a la persona del ofendido —perjudicado— y a aquella a la utilidad reportada al responsable de la infracción, finalidades completamente dispares y ni la

frase «perjudicar», ni el concepto «debilitación de derechos» aparecen empleados mas que como vulgares expresiones necesarias para hacer claro, patente y perfectamente inteligible el relato consignado en el hecho probado. (S. 19 mayo 1964.)

El motivo admitido al recurrente, lo basa en el núm. 1.º del artículo 851 de la Ley de ritos por estimar que la frase «... y faltando a la confianza en él depositada se fue apoderando con ánimo de lucro y sin emplear fuerza ni violencia ...» es predeterminante del fallo; sin que pueda aceptarse este alegato, conforme a lo establecido con reiteración por la doctrina de esta Sala, porque aunque sea suprimida de la relación de facto quedan elementos suficientes para configurar el delito por el que se sancionó al procesado, toda vez, que siendo empleado de la entidad perjudicada faltó a los deberes de fidelidad a que ineludiblemente venía obligado, al sustraer efectos de la propiedad de aquella, que estaban situados para la venta en los comercios de la empresa, y por ello, a su inmediato alcance, las que afirma el relato que fueron recuperados en poder del procesado, o sea, después de haberlos hecho suyos, satisfaciendo su indudable apetencia de lucro. (S. 20 mayo 1964.)

Las expresiones denunciadas de la eficacia de la escritura de compra-venta, y la situación de insolvencia del procesado, no son estrictamente jurídico-penales, sino más bien estimativos de orden civil o financiero, que frente al ámbito penal al que son extrañas, equivalen a meros hechos, que no predeterminan el fallo puesto que, aunque con su presencia, éste pudo ser absolutorio de no haberse acreditado otros extremos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad que son los decisivamente operantes sobre los presupuestos fácticos correctamente establecidos en el primer resultando de la sentencia impugnada. (S. 20 mayo 1964.)

La frase «se apropió y gastó» que se emplea en el resultado de hechos declarados probados de la sentencia recurrida, es frase tan vulgar y corriente en el lenguaje usual, 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 aunque se suprima mentalmente la palabra apropió, que es la única de las tachadas que entra en la definición del delito enjuiciado, en la relación fáctica quedan elementos más que suficientes para estimar que la conducta del procesado es constitutiva del delito de apropiación indebida previsto y sancionado en el artículo 535 del Código Penal por el que ha sido condenado. (S. 20 mayo 1964.)

Aún concediendo que el término «defraudar», contenga un concepto jurídico, ello no sería bastante para anular la resolución recurrida para que la consignación como hechos probados de conceptos de carácter jurídico pueda ser motivo de casación, es menester que los mismos impliquen la predeterminación del fallo, condición que no se da en el presente caso, pues es posible juzgar si el recurrente cometió o no el delito de estafa por el que ha sido condenado, haciendo caso omiso del referido término. (S. 21 mayo 1964.)

La locución utilizada por la sentencia de que el procesado propuso al menor que sustrajese jamones, no es un concepto jurídico predeterminante del fallo porque la palabra «sustraer» que gramaticalmente equivale a apartar, separar, extraer, no es utilizada por el Código Penal al dar el concepto de robo

—que es el delito por el que fue sancionado el recurrente— en el artículo 500, ni da a conocer el modo o forma de apoderamiento de la cosa, que es lo que tipificaría una modalidad delictiva, sino que es palabra corriente y usual del lenguaje utilizado por todos, aún los más carentes de ideas jurídicas para dar a conocer el hecho de separar las cosas del patrimonio de su dueño, que es lo que quiso expresar la sentencia con la citada frase. (S. 26 mayo 1964.)

El recurso de casación por quebrantamiento de forma descansa en dos supuestos y se ampara en el núm. 1.º del artículo 851 de la L. E. Criminal, invocándose en uno la existencia de contradicción entre los extremos del hecho probado y en otro, el empleo de términos jurídicos predeterminantes del fallo, por afirmarse claramente y sin distinciones que el procesado «cumplía las normas de circulación» fórmula vacía, cuando del hecho no resulta tal cumplimiento sino todo lo contrario, por lo que, basada la absolución en esa condensación simplista de la conducta del reo, se prejuzga el resultado del fallo y se incide en la falta denunciada, a más de que tal fórmula envuelve una contradicción con los demás datos del resultado básico, porque todo conductor automovilista que circula bajo la luminosidad proyectada por las luces de cruce tan sólo, debe saber, porque así lo establecen normas reglamentarias, que ha de marchar precedido de un haz luminoso de 30 metros de longitud y 6 de ancho, imprimiendo al vehículo la velocidad adecuada para poder maniobrar ante una emergencia, a lo que obliga también otra norma reglamentaria, y como el acusado marchaba con las luces de cruce y vio a su derecha sin luz una motocicleta, al afirmarse que no se dio cuenta del bulto que al lado de ella estaba y se encontraba más hacia el centro de la carretera, el haz luminoso que permitió la visión de la moto sin luz tenía necesariamente que iluminar el bulto ya que este se hallaba más próximo a la zona de proyección del ancho de 6 metros del haz luminoso lo que evidencia flagrante contradicción entre la declaración jurídica consignada como hecho de que se «cumplía las normas de la circulación» y lo expresado respecto a no haber visto el bulto que fue alcanzado al lado de la motocicleta, cuando de cumplirse tales normas tenía que ser visto como lo fue la motocicleta a cuyo lado estaba la víctima, puesto que la utilización de las luces de cruce impone que quede «eficazmente alumbrada» la zona de calzada antes dicha y esta omisión con sus consecuencias es imputable al que acciona el cambio de luz, razones que obligan a recoger el recurso de forma. (S. 26 mayo 1964.)

No son conceptos jurídicos, al decir que el camión entró en la vía con moderada velocidad que es una reproducción de frases del artículo 17 del C. Circulación, porque ni las palabras tienen sentido jurídico alguno, sino exclusivamente vulgar, ni tales vocablos pueden implicar predeterminación cuando sólo se refieren a un reglamento administrativo y no al texto de la Ley Penal, que en este caso tampoco define de modo especial en delito de imprudencia de que se trata. (S. 6 junio 1964.)

Se alega que la sentencia que en su relación de hechos probados intercala términos jurídicos predeterminantes del fallo, posición propicia para el ataque a la resolución hasta hacer arcana cualquier redacción en las sentencias y más penosa aún la interpretación justa del motivo, pero siempre se ha mantenido que este defecto procesal recurrible ha de ser pre-

determinante por sí mismo, un concepto jurídico en lugar de un hecho, adelantado del fallo, lo que falta en este motivo; el Tribunal de origen atinó en la calificación de los hechos aunque desafortunadamente en la redacción, erizada de escollos más literarios que jurídicos. (S. 8 junio 1964.)

Las palabras «para su venta en comisión» son de uso vulgar y no concepto jurídico y además precisas para explicar la razón por la cual habían pasados los objetos propiedad del perjudicado a poder del recurrente por acto voluntario de aquél. (S. 10 junio 1964.)

La palabra «apropiación» es de uso vulgar y corriente, pues aunque el Código emplee la de «apropiaren» no todas las que emplea tal cuerpo legal pueden estimarse como conceptos jurídicos y necesaria era la afirmación de que el recurrente no entregó los objetos recibidos o su valor a su legítimo propietario, y además y común a ambos motivos, aunque no existieran las palabras mencionadas, claro queda del hecho que el recurrente recibió, y no por acto traslativo, diferentes objetos que no devolvió, ni abonó su importe. (S. 10 junio 1964.)

La frase «cumpliendo estrictamente las condiciones que para tal marcha (hacia atrás) y como precauciones se habían señalado», no contiene ningún concepto jurídico, puesto que se refiere, no a la realización del deber objetivo de ciudadano que, en general, ha de ser observado en la vida social, sino al cumplimiento de las reglas especialísimas de circulación, de los tranvías para regresar a las cocheras, establecidas por la empresa en acatamiento a lo ordenado por la Jefatura de Obras Públicas, reglas detalladas anteriormente en el mismo Resultando de hechos probados, a las que el Tribunal viene a remitirse con la frase indicada para evitar inútiles repeticiones. (S. 11 junio 1964.)

La frase que atribuyéndole el carácter de concepto jurídico cita «promovió un gran escándalo», no guarda relación de similitud con la que emplea el precepto penal definidor del delito «...son hechos de grave escándalo», pues aquélla está empleada en el relato fáctico para aludir al gran alboroto que con sus vociferaciones produjo en el lugar al disputar con la esposa legítima de su amante, igual que lo hubiese producido al ser la disputa con otra persona y por otros motivos intrascendentes, y la misma palabra, escándalo, la emplea el legislador en la norma punitiva, dándole el sentido y alcance de ofensa al pudor, al conocerse la acción o vicio de una persona que actúa fuera o en contra de las buenas costumbres y que lo tenía oculto o no era conocido por las personas a las que ofendió en sus morales y recatados sentimientos. (S. 12 junio 1964.)

El Resultando de hechos probados adolece de falta de concreción al afirmar que las alhajas intervenidas fueran adquiridas por los señores que relaciona, «con las formalidades legales», con cuyo concepto pretende sustituir la narración de unos hechos por una anticipada valoración de los mismos, defecto que igualmente abona la estimación del motivo aludido. (S. 16 junio 1964.)

Con la palabra «comisión» varias veces empleada en el Resultando de hechos probados, no trata de significar el Tribunal de instancia que los contratos celebrados por las partes, participasen de la naturaleza jurídica

del que, con aquel nombre, regula el C. Comercio, sino que de dichos contratos no formó parte la estipulación de un «premio» en favor de la procesada, dato que no envuelve un concepto netamente jurídico, esto es, de los que solamente puedan ser aprehendidos por los técnicos del Derecho, y que, además es completamente irrelevante para la calificación jurídica de la conducta de los inculpados. (S. 16 junio 1964.)

No son términos jurídicos para predeterminar el fallo, todas aquellas palabras que contiene el Código Penal, y si aquéllas que por sí solas signifiquen, fuera del uso vulgar y corriente de las mismas, una definición de un delito, y en los que son contra la propiedad, forzoso es que declare el fin de que se valió para obtener un beneficio económico, siendo indiferentes los términos empleados para llegar a tal afirmación. (S. 18 junio 1964.)

Si bien la palabra «aparentando» es un término empleado por el legislador al definir la estafa del núm. 1.º del artículo 529 del Código Penal, como a este término se adiciona que el procesado mandó hacer el pago del título o letra de cambio a la orden de una entidad que entregó como contra-prestación mercancía que no pudo hacer efectiva, por falsedad del título e inexistencia de fondos por el librado, aun eliminado ese concepto jurídico, quedan datos suficientes, que sin tener este carácter concretan el hecho delictivo de una estafa en el procedimiento perseguido (S. 20 junio 1964.)

La frase: «con el fin de vejar y menospreciar a su esposa», que el recurrente cita estimándola concepto jurídico predeterminante del fallo, no reviste este carácter, porque la palabra «menospreciar», que es la única del léxico invocado contenida en la definición del delito de injurias por el que se condena en la sentencia de instancia, no está empleada por el legislador con exclusividad en la descripción del tipo anti-jurídico, su significado está al alcance de personas sin conocimientos especiales de Derecho, y además, que aun suprimida del relato, como para mayor corrección procesal debió hacerse, en este quedan los suficientes datos de hecho para configurar el delito sancionado. (S. 23 junio 1964.)

No es censurable por forma la sanción, al utilizar los términos de *en estado de embriaguez*, que no son conceptos jurídicos, por ser de uso vulgar, y no estar además expresados en el tipo delictivo aplicado, que se refiere a la influencia de bebidas alcohólicas. (S. 25 junio 1964.)

Decir que «se aproximaba por su derecha» y que «no le cedió el paso», aunque puedan coincidir con el texto del precepto reglamentario que el recurso cita, son palabras, frases y conceptos de una tal vulgaridad, ajenos en absoluto a todo criterio jurídico técnico, que resulta de inútil refutación, por cuanto esos conceptos, palabras o frases, son en realidad las únicas que pueden emplearse para expresar la realidad de lo ocurrido, por lo cual debe rechazarse el recurso, mucho más, si como en este caso sucede, en el resto del Resultando fáctico y en el tono general de la narración, hay elementos para configurar el hecho objeto de inculpación; debiéndose también desestimar el motivo de fondo alegado por este recurrente, ya que aunque el derecho de preferencia de paso no sea ciertamente absoluto,

como antes se indica, él debió de todos modos efectuar lo necesario para respetar en principio tal derecho, que es lo que no realizó, y en lo que consiste su imprudencia convertible en acción delictiva por la infracción reglamentaria que recoge la sentencia recurrida, y que motiva la concurrencia de culpas en este caso. (S. 25 junio 1964.)

No son conceptos jurídicos predeterminantes del fallo los alusivos a carecer de solvencia, expresión de común empleo que de por sí no constituye tipo penal alguno, sino elemento que por adición o supresión de otros da lugar o no a determinadas consecuencias jurídico-penales que no son por lo tanto fatalmente consecuencia de la utilización de dichos vocablos. (S. 4 julio 1964.)

Las frases que cita el recurrente como predeterminantes del fallo: «se apoderó con ánimo de lucro», «abusando de la confianza en él puesta» y «prevaliéndose de las facultades que su condición le ofrecía», no revisten este carácter, conforme a reiterada doctrina de esta Sala, aparte de que no son conceptos jurídicos empleados con exclusividad por el legislador en la definición del delito de hurto, porque con referencia a la primera, basta con apoderarse de algo, que significa hacerlo propio, para que se deduzca el ánimo de lucro aunque ello no se exprese, por añadidura no necesaria; y en cuanto, a las otras dos frases, porque aun suprimidas del relato fáctico, queda manifiesto el abuso de confianza que las mismas significan, por tener el procesado la condición de obrero del molino en donde realizó la sustracción. (S. 6 julio 1964.)

e) *Declaración de falta de prueba (art. 851, núm. 2.º)*: El defecto de forma a que se refiere el núm. 2.º del artículo 851 de la L. E. Criminal a cuyo amparo se interpone el tercer motivo del recurso del mismo querellante Ignacio P., consiste, como se lee en el texto del precepto, en expresar que los hechos alegados por las acusaciones no se han probado sin hacer expresa relación de los que resulten probados, lo que supone necesariamente que esas acusaciones hayan alegado hechos concretos imputados a los acusados, y que lo hayan verificado en el único momento procesal adecuado que son los escritos de calificación en los que hay que consignar como conclusión primera ordenada en el artículo 650 de la citada Ley «los hechos punibles que resulten del sumario», cosa que no hicieron los querellantes, limitándose P. a manifestar en el suyo, según se dijo antes, que estaba conforme con la calificación del Fiscal, y doña Teresa M. —que ha desistido de su recurso— a decir en su calificación que reproducía los hechos relacionados en los escritos de querrela y en los restantes presentados en los dos sumarios acumulados, con lo que las acusaciones privadas, al dejar incumplido el precepto legal que se acaba de citar, no formularon relación de hechos sobre los que el Tribunal tuviera que hacer la oportuna declaración y sobre cuya supuesta falta pueden fundamentar ningún recurso de casación por la razón ya estudiada al resolver el anterior motivo; y concretando el examen a los hechos expuestos por el Ministerio Fiscal se observa que la sentencia hace una declaración de los que estima probados, y los que no lo han sido lo expresa con la fórmula de que no constan acreditados, lo que equivale a decir que no son ciertos,

y sobre esa base de su no existencia, razonada en el primer Considerando, hace el pronunciamiento absolutario del fallo, sin dejar por tanto duda alguna sobre esas cuestiones ni posibilidad de volver a ser materia de procedimiento penal. (S. 25 mayo 1964.)

f) *No resolución de todos los puntos objeto de debate* (art. 851, núm. 3.º): No se plantea en el recurso ningún problema jurídico que propuesto por las partes no fuera resuelto por la sentencia, sino una discriminación de las nóminas que el recurrente hizo en su escrito de calificación y que la sentencia pudo muy bien no recoger al no estimarla probada ya que en la narración de los hechos es soberana, para declarar los probados, en vista del resultado de las pruebas practicadas, sin que venga obligada a aceptar el relato de las partes ni hacer una declaración negativa de los hechos que no estime probados; por eso, al decir que con un propósito de lucro, el procesado, al redactar las nóminas de personal hacía figurar en ellas mayor cantidad de la que correspondía cobrar, apoderándose sucesivamente de la diferencia sin que haya quedado exactamente acreditada la suma total, resuelve enteramente el problema planteado, sin que se pueda constreñir al Tribunal a que haga una enumeración de las distintas nóminas falsificadas si no se le dieron elementos suficientes de juicio para llevarla a cabo y que a los fines penales era intrascendente según se dijo antes. (S. 5 mayo 1964.)

El simple dato de no accederse en las sentencias a una determinada petición de las partes, equivale a pronunciarse en sentido adverso a ella, resolviendo, pues, implícitamente el asunto debatido, y, aunque en puridad de principios sería deseable una mayor concreción, no se quebranta por ello el núm. 3.º del artículo 851 de la L. E. Criminal, con tanta mayor razón en el presente caso, al tratarse de materias que, como la valoración de costas y el libramiento de testimonio para proceder por el supuesto delito de acusación falsa, son reservadas a las facultades de las Salas de instancia, e impropias, por ello, del recurso de casación. (S. 6 mayo 1964.)

Se denuncia la no resolución por la Sala sentenciadora, de todos los puntos objeto de las conclusiones de la defensa del procesado, o sea lo relativo a la determinación de a quien corresponde la «Propiedad intelectual», hallándonos en presencia de una cuestión prejudicial y que no ha sido resuelta, con olvido de que estas cuestiones debieron, de existir, haber sido planteadas en tiempo y forma ante la jurisdicción competente, que no es precisamente la que ahora entiende, y a petición de quien a la deshora la invoca, y con desconocimiento de que el Tribunal de lo criminal está especialmente facultado para resolver en sus sentencias sobre derechos civiles y administrativos cuando aparezcan tan íntimamente ligados al delito, que sea imposible su separación, como establece el artículo 3.º del Ordenamiento arriba indicado, a mas que de la lectura del escrito de conclusiones de defensor, no se ve, ni que se proponga, ni siquiera que se insinúe, cuestión, prejudicial alguna, ni tampoco que se discuta a quién pueda corresponder la propiedad intelectual en este caso, que como antes se ha dicho, debiera debatirse ante la jurisdicción a la que no ha querido acudir, pero que evidentemente ha sido resuelta por la Sala sentenciadora, cuando «al solo efecto de la represión», condena el

recurrente por delito de defraudación de la propiedad intelectual y sabido es que la sentencia que absuelve o condena, según criterio reiterado de esta Sala, resuelve por regla general, todas las cuestiones en derecho propuestas y aquí no se ha planteado en forma el extremo de a quién pueda corresponder la propiedad intelectual, supuesto ocioso a todas luces, puesto que a los fines de la represión penal, objetivo que busca el proceso, lo que interesa es, no la titularidad de un derecho sino la violación o ataque al mismo, bien jurídico especialmente protegido, que haya ocasionado lesión económica, realizado por persona física y cuya conducta le responsabiliza como autor material de la infracción legalmente incluida en el tipo, defraudación de la propiedad intelectual. (S. 19 mayo 1964.)

El motivo de forma apoyado en el núm. 3.º del artículo 851 de la L. E. Criminal, por decirse no ha resuelto la Sala sentenciadora todos los puntos materia de las conclusiones de la defensa, es improsperable, porque ésta no ha propuesto cuestión alguna jurídica en el extremo correspondiente a su escrito de calificación, núm. 4.º del artículo 650 de dicha Ley, que era el que pudiera servir de remota base para este recurso, sino que en el primer inciso de tal escrito se limita a invocar si los procesados estarían algo embriagados y al ser reiterado criterio de esta Sala que la sentencia absolutoria o condenatoria resuelve por regla general todas las cuestiones planteadas en el proceso, al no existir alguna que exija un pronunciamiento especial, lo que aquí no ocurre, por no haberse planteado en forma correcta la cuestión de la embriaguez de los acusados. (S. 30 mayo 1964.)

Se argumenta que no se han resuelto los puntos básicos de la defensa, consistentes en haberse seguido indebidamente en la causa el trámite de urgencia, no haber sido tenido por parte en el mismo la representación del procesado recurrente, y no haber tratado de los argumentos en que se basó la defensa, todo lo cual merece ser desestimado, porque respecto a los defectos procesales citados, no son en principio encajables en el motivo de casación, y además, el examen de los autos acredita que el sumario no consta alegación alguna del procesado sobre la clase de procedimiento tramitado y sobre personación de la representación legal del mismo, lo que sólo aparece en el rollo de la Audiencia, en que tal representación al dársele traslado para calificación provisional, suscitó anómalamente un recurso de súplica contra el auto de conclusión del sumario, que fue desestimado, evacuando luego dicho traslado en que propuso prueba documental y testimonial que le fue admitida, y se practicó en el acto de juicio oral, en el cual se le admitieron también otras pruebas, entre ellas una documental, en la que basa ahora un motivo de recurso; y en cuanto a los puntos de defensa que dice que ha omitido tratar la sentencia, se trata de simples puntos de hecho, sobre cada uno de los cuales el Tribunal de instancia no tiene forzosamente que pronunciarse expresamente, sino tenerlos en cuenta para, en unión de los demás elementos de prueba, formar su estado de conciencia para llegar a la concreción de los hechos que estime probados, sin que se trate de la omisión de puntos de derecho, de los que fuera obligado tratar y resolver por el Tribunal. (S. 4 junio 1964.)

Se omite resolver sobre el delito que fue objeto de acusación por la Com-

pañía ferroviaria querellante y aquí recurrente, de la comisión de un delito del artículo 21 de la Ley de Policía de Ferrocarriles de 23 noviembre 1877 (Dic. 15047) que imputaba al procesado recurrido, porque siendo el fallo absolutorio están en principio resueltas favorablemente, pero es que el precepto citado de la Ley de Policía de Ferrocarriles, no contiene un tipo especial distinto del que se discutía en estos autos, ya que se limita a hacer una mera referencia al precepto común, al establecer que en los casos que el precepto contempla, se considerarán como de imprudencia temeraria, en cuya figura delictiva se embebe el repetido precepto de la Ley especial citada, que sólo podrá tener aplicación en los casos en que se considere la previa existencia de una figura imprudencial, que en este caso no se ha estimado y por eso el fallo ha sido absolutorio (S. 6 junio 1964.)

Se alega en las calificaciones provisional y definitiva de la defensa del procesado la posesión por éste de un permiso internacional de conducir y otro del Real Automóvil Club de España para pruebas deportivas, sin que en la narración de hechos probados ni en las consideraciones de derecho o en el fallo se resuelva acerca de este punto de hecho sobre el cual la jurisprudencia se ha manifestado en varias sentencias, en virtud de las Convenciones de París en 24 abril 1926, y de Ginebra en 19 septiembre 1949, para valorar tales documentos en relación con el artículo 235 del Código de Circulación; al no resolver la Sala sentenciadora sobre este tema de radical importancia para aplicar el artículo 3.º de la Ley de 9 mayo 1950, incurrió en la infracción del artículo 142 de la L. E. Criminal. (S. 8 junio 1964.)

El motivo no prueba que la sentencia, al condenar, no haya resuelto las cuestiones de derecho propuestas, las cuales no consisten en los distintos relatos de los hechos por parte del Ministerio Fiscal y del procesado, sino la tesis de derecho referentes al autor, circunstancias, responsabilidades, porque los hechos valederos son los admitidos en la sentencia, sólo impugnables ahora por el artículo 849, núm. 1.º y no por el 851. (S. 8 junio 1964.)

El motivo repara que en la sentencia no se resuelve sobre las pedidas circunstancias atenuantes, con notoria desatención, pues en el Considerando tercero se afirman que no son de estimar y en el fallo niega su concurrencia, y la indemnización pedida por las acusaciones y aludida para responsabilidad civil aunque no señale la cuantía, aparece fijada en la parte dispositiva y su cantidad no es recurrible. (S. 8 junio 1964.)

Se incurre en este defecto de forma, si en el fallo de la sentencia de instancia nada se resuelve respecto a las cartas procesales, no obstante haberse hecho petición expresa y explícita por las acusaciones de que se impusieran las causas a ambos procesados. (S. 9 junio 1964.)

La pretensión que la parte formuló en la sexta de sus conclusiones definitivas, en orden a la restitución de las alhajas, era de naturaleza accesoría, desde el punto de vista procesal, pues estaba legalmente subordinada al éxito de la acción penal que al propio tiempo, pero en primer lugar, venía ejercitando dicha parte en instancia, y es obvio que al absolverse a los procesados de los delitos de que eran acusados, quedaron claramente

resueltas en sentido negativo todas las cuestiones civiles, accesorias a la también negada responsabilidad criminal de los encausados. (S. 16 junio 1964.)

Si la sentencia que absuelve o condena resuelve generalmente las cuestiones jurídicas planteadas en sus escritos de conclusiones por las partes, no puede ser invocada con éxito la infracción del núm. 3.º del artículo 851 de la L. E. Criminal, o sea la falta de resolución de aquéllas, cuando bien o mal la Sala sentenciadora ha condenado reconociendo la existencia de un delito de falsedad, que el recurrente ha alegado ser en este caso un delito imposible con criterio erróneo al admitirse por el Tribunal su existencia, base de la condena, con lo que ha sido, como se invoca, de imposible realización. (S. 19 junio 1964.)

El motivo del recurso con base en el núm. 3.º del artículo 851 de la L. E. Criminal, no puede prosperar pues aunque la sentencia no resuelva concretamente sobre la circunstancia 8.º del artículo 8.º del Código Penal, al condenar como lo hace, tal eximente queda desestimada. (S. 24 junio 1964.)

Ciertamente que en la relación de hechos de la sentencia recurrida se consigna que el coche del recurrente sufrió daños tasados en 5.640 pesetas, pero también lo es que ninguna de las partes suplicó la oportuna condena; el Ministerio Fiscal, porque consideraba al aquí recurrente como responsable del delito de imprudencia como al otro procesado que no ha recurrido, y compensado los daños atribuibles a ambos procesados, sólo pedía indemnización conjunta de ambos para el señor C., y los procesados, y singularmente el que aquí recurre, porque se limitaron a pedir su respectiva absolución, sin hacer alegación ni petición alguna sobre el extremo a que este motivo de recurso se contrae, con lo cual el Tribunal de instancia tuvo que limitarse a reservar al interesado la acción civil correspondiente, para guardar el debido respeto al principio acusatorio, básico de nuestro proceso penal, que no permite resolver en contra del reo cuestiones no planteadas, ni postuladas en el juicio; por lo que procede confirmar la postura de dicho Tribunal. (S. 27 junio 1964.)

Los puntos a que alude el artículo 851 en su núm. 3.º de la L. E. Criminal, no resuelto en la sentencia y hayan sido objeto de acusación o defensa, son los de carácter jurídico establecidos, según jurisprudencia, en las calificaciones, quedando fuera de la garantía de esta norma los de hecho que tienen acogida cuando se trata de error en la apreciación de la prueba, protegidos por otro precepto distinto al de este motivo, razón clara para desestimar el presente, fundado en la imprecisión del momento en que se produjo el choque y en la avería del camión según las alegaciones del recurrente, circunstancias que la Sala sentenciadora apreció de distinto modo. (S. 4 julio 1964.)

g) *Punición por un delito más grave (art. 851, núm. 4.º)*: El artículo 438 del Código Penal, distingue varios motivos del mismo delito de corrupción de menores y los sanciona con igual pena, por lo que es evidente, sin necesidad de razones especiales, la procedencia de denegar el motivo del recurso fundamentado en el núm. 4.º del artículo 851, en relación al 733

de la L. E. Criminal, toda vez que el Ministerio Fiscal, apoyó su acusación en el núm. 1.º y la Sala condenó por el núm. 2.º del propio precepto legal sustantivo. (S. 2 junio 1964.)

La imprudencia que describe el artículo 565 del Código Penal, reviste las distintas modalidades que el mismo detalla, sin que varíe su naturaleza común, y por ello, es correcta la sanción por la variedad temeraria, aunque se acusara por la simple, sin precisión de ampararse en el artículo 733 de la Ley de ritos, pues la ley lo que trata de evitar, con lo que previene en el núm. 4.º del artículo 851 de la Ley procesal, es la condena por delito más grave del que haya sido objeto de la acusación, por la indefensión que pudiere producir al ser distintos los elementos componentes del nuevo delito y no haber sido objeto del debate, circunstancia que no se da en el caso sometido a esta censura, por participar los dos delitos de la misma naturaleza y haber sido todas sus variantes objeto del proceso ampliamente, y además, que en el delito de imprudencia, es casi absoluto el arbitrio del Tribunal de instancia para fijar la pena. (S. 3 julio 1964.)

C.—*Reglas comunes: Requisitos del escrito de interposición:* Arranca el recurso de casación de un trámite imprescindible tanto en su postulación como en su forma, al acto de interponerlo ante el Tribunal sentenciador, de capital importancia pues él aplaza la firmeza de una sentencia y abre cauce para el debate y resolución definitiva estableciendo la relación procesal sobre un objeto, al mismo tiempo que condiciona la facultad concedida a la Audiencia en el artículo 858 de la Ley de enjuiciar; por eso la frontera del artículo 884 en su núm. 4.º por la omisión del presupuesto rituario del párrafo 3.º del artículo 855, señalamiento de la falta cometida, o sea, la del núm. 3.º del artículo 851, hace inadmisibles los motivos segundo y tercero del recurso de Alfredo S. M., referidos a la falta de claridad y de contradicción de los hechos probados, lo mismo que los cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo, fundados en el mismo defecto alegado, aparte de que autorizó su escrito de preparación por quebrantamiento de forma en los artículos 910 y 912 de dicha Ley, derogados en 16 julio 1949. (A. 20 junio 1964.)

2.—RECURSO DE REVISIÓN: *Causa cuarta del art. 954:* Apareciendo justificado por las oportunas fichas dactiloscópicas y los informes periciales correspondientes que las firmas a nombre de un tal «Germán A. C.» que figuran en las causas, son distintas de las verdaderas del penado, y que éste en las fechas de comisión de los delitos que sancionan las sentencias dictadas por la Audiencia de León en 11 y 12 enero 1956, dictadas en causas 46 y 41 de 1954, respectivamente, se encontraba preso en la Provincial de Zaragoza, donde estuvo del 11 febrero 1954 al 2 abril de igual año, es evidente la inocencia del condenado en la comisión de los delitos perseguidos en merítadas causas, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 954 núm. 4.º en relación con el artículo 958, párrafo 4.º de la L. E. Criminal, procede acceder a la revisión propugnada por el Ministerio Fiscal, anulando las sentencias citadas y mandando instruir de nuevo las causas

aludidas, cuyas sentencias se anulan respecto al penado Germán A. C., lo que efectuará el Juzgado de Instrucción núm. 2 de León. (S. 1 julio 1964.)

De las pruebas practicadas en la información suplementaria a que el presente recurso se contrae, instado por el Ministerio Fiscal al amparo del artículo 957 de la L. E. Criminal, y que se ha instruido conforme a lo que dispone el párrafo 4.º del artículo 958, en relación con el número 4.º del artículo 954, ambos del ordenamiento procesal citado, ha quedado plenamente justificado que José Manuel L. G., hijo de José Manuel e Isabel, natural de R. y vecino de V., no tuvo intervención de clase alguna en el delito de conducción ilegal, por el que fue condenado, en concepto de autor por la Audiencia de L., en sentencia núm. 331 de fecha 19 diciembre 1960, ni estuvo presente en el sumario que con el núm. 36 de dicho año se siguió por dicho delito en el Juzgado de V., ni asistió al juicio oral, porque el que fue sorprendido en la carretera de Viella conduciendo una motocicleta sin hallarse en posesión del necesario permiso de conducción, fue José V. P., hijo de Andrés y Josefa, natural de C. (H.), con el que personalmente se entendieron todas las actuaciones judiciales, y que dio falsamente el nombre de José Manuel L. G., para que no se conociera su verdadera filiación, porque sospechaba que se encontraba reclamado por la Autoridad Militar con su verdadero nombre por haberse fugado de las Prisiones Militares del Castillo de M. en el año 1956, nombre supuesto que también usó en sus relaciones laborales y privadas por la razón expuesta, según ha manifestado el propio V. P. en las declaraciones prestadas en este expediente, y está corroborado por las demás pruebas que han tenido lugar, en el mismo, habiéndose seguido un sumario como consecuencia de estos hechos contra el José V. P. por el Juzgado de V. con el núm. 15 del año 1962 por el delito de uso de nombre supuesto que terminó por la sentencia núm. 233 de la Audiencia de L. de fecha 17 octubre 1962 en la que, por conformidad de las partes se condenó a dicho procesado, por el expresado delito a la pena de un mes y un día de arresto mayor y multa de 1.000 pesetas, con las accesorias correspondientes, por todo lo que, estando evidenciado hasta la saciedad, por los elementos de prueba de que se ha hecho mérito, la inocencia de José Manuel L. G., respecto al delito de conducción ilegal de vehículo de motor, por el que fue condenado, sin haberlo cometido, es procedente, de conformidad con lo interesado por el Ministerio Fiscal, a cuya petición se han adherido las partes personadas, y de acuerdo con lo que preceptúa el párrafo 4.º del artículo 958 citado de la Ley de ritos en materia criminal, anular la sentencia núm. 331 pronunciada por la Audiencia de L. con fecha 19 diciembre 1960, por la que se condenó a José Manuel L. G., como autor de un delito de conducción ilegal, que no había cometido, ordenando al Juzgado de V. que se instruya de nuevo la causa contra el que resulte verdadero autor del expresado delito. (S. 14 mayo 1964.)

III. PARTE ESPECIAL

Procedimiento de urgencia: Aportación de pruebas durante el juicio oral: El motivo del recurso articulado por quebrantamiento de forma del número 1.º del artículo 850 de la L. E. Criminal, ha incidido en la causa de in-

admisión 4.^a del artículo 884 de la citada Ley, por no haberse preparado pidiendo en el mismo juicio oral la subsanación de la falta que se dice cometida por el Presidente al no preguntar a las partes si tenían que aportar nuevas pruebas, como previene el artículo 800, porque esa omisión no privaba a la defensa del procesado del derecho a manifestar que tenía prueba documental que aportar, según dice ahora, y que debía llevar preparada para su práctica inmediata como previene el mismo artículo 800 que invoca como infringido; y como no hizo petición alguna referente a esa supuesta prueba el defensor elevó a definitivas sus conclusiones provisionales sin formular reparos procesales y el mismo procesado al finalizar el acto contestó al señor Presidente que nada tenía que alegar, según consta en el acta del juicio, es visto que prestó su conformidad al estado procesal que ahora impugna, y quedó privado por ello del derecho de recurrir por una supuesta denegación de prueba que no fue pedida. (A. 4 mayo 1964)

CRONICAS EXTRANJERAS

La prolongación del plazo de prescripción para asesinato en la Republica Federal de Alemania. (Breve comentario y traducción de la toma de posición del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Hamburgo).

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

I. El § 67 del Código penal alemán vigente señala para el asesinato un plazo de prescripción de veinte años (1). Como hasta el 8 de mayo de 1945, el día de la capitulación, los crímenes de guerra cometidos por los nacionalistas no habían sido perseguidos, por razones obvias, por los tribunales de la Alemania hitleriana, se consideró que era en esa fecha cuando había empezado a correr, realmente, el plazo de prescripción. Ello suponía que el 8 de mayo de 1965 habrían prescrito los asesinatos cometidos durante el Tercer Reich, a excepción de aquellos cuyo plazo hubiera sido interrumpido por acciones judiciales. (Por supuesto que los homicidios y las lesiones han prescrito hace ya tiempo; por eso, actualmente basta con demostrar que los hechos cometidos por el procesado constituyeron homicidios y no asesinatos —lo que las defensas consiguen con relativa frecuencia— para que el delincuente quede impune.) Siempre que ha sido posible se han interrumpido, mediante los actos judiciales pertinentes, los plazos de los asesinatos de los que se ha tenido conocimiento. Pero como hasta hace muy poco los fiscales alemanes no habían podido examinar el material que se halla en los países comunistas y como, por otra parte, cada nuevo proceso contra criminales nazis pone al descubierto nuevos asesinatos, todos aquellos de los que se tenga conocimiento después del 8 de mayo de este año —y se teme que serán bastantes— habrían prescrito, no siendo posible interrumpir entonces un plazo ya consumido.

1. Había, en principio, dos soluciones. Primera: Prolongar el plazo de prescripción. Segunda: No prolongarlo.

Las opiniones en Alemania estaban, y siguen estando, divididas. Partidarios de la *segunda solución* no son sólo los elementos de la extrema derecha, sino también numerosos políticos y juristas reconocidamente demócratas; muchos de ellos, incluso, víctimas de la persecución nazi. El partido liberal, por ejemplo, se declaró a favor de la no prolongación. ¿Por qué?

(1) Sobre la prescripción de los crímenes nacionalsocialistas, cfr. entre las obras recientes y con numerosas indicaciones bibliográficas: Adolf Arndt: «Zum Problem der strafrechtlichen Verjährung», en *Juristenzeitung* 1965, fascículo 5-6, págs. 146-149; Ulrich Klug: «Die Verpflichtung des Rechtsstaates zur Verjährungsverlängerung», en *Juristenzeitung* 1965, fascículo 5-6, págs. 149-153.

Porque consideró que prolongar el plazo representaría una lesión del principio de legalidad: Al tiempo de la comisión de los hechos regía el plazo de prescripción de veinte años; prolongarlo —argumentan los liberales— sería introducir posteriormente una ley desfavorable al reo y aplicarla con efectos retroactivos. Esto es algo, dicen, que contradice el principio —consagrado en el Código penal y en la Ley Fundamental de la irretroactividad de las leyes penales.

En resumen: En contra de la prolongación del plazo de prescripción para asesinato se han pronunciado, junto a los partidarios más o menos velados del Régimen nacionalsocialista, otro sector, numeroso e importante, a quien repugna adoptar una solución que, en su opinión, viola el principio de legalidad; principio que, como es sabido, constituye uno de los pilares del Derecho penal moderno y cuya no observancia por parte precisamente del nacionalsocialismo ha sido objeto de las más duras críticas.

2. Entre los partidarios de la *prolongación del plazo* existen tres posiciones.

Arndt, el excelente jurista socialdemócrata, propone elevar el plazo de prescripción a treinta años; en su opinión, sin embargo, ello vulnera el principio de legalidad y, por ello, es necesario, al mismo tiempo, modificar la Ley Fundamental introduciendo una excepción a dicho principio.

Las otras dos posiciones, dentro de esta segunda solución, parten de la misma base: la prolongación del plazo no representa una violación del dogma de la irretroactividad de las leyes penales desfavorables.

Para el diputado cristianodemócrata Benda bastaría con extender el plazo a treinta años, sin que haya necesidad de modificar la Ley Fundamental.

La tercera posición, dentro de los que abogan por la persecución de los asesinatos después del 8 de mayo de 1965, corresponde al ex Canciller Adenauer. En su opinión, no hace falta reformar ni la Ley Fundamental ni el plazo de prescripción de veinte años señalado en el Código Penal vigente. El plazo de prescripción, piensa Adenauer y los que son de su opinión, no empezó a correr al día de la capitulación, sino el 1 de enero de 1950: pues es entonces cuando los tribunales alemanes comenazaron a funcionar normalmente, hasta entonces habían estado obstaculizados para la persecución de los crímenes nacionalsocialistas.

En el Gobierno Federal de Erhard —una coalición de cristianodemócratas y liberales— triunfó, en principio, la tesis de los segundos, defendida por el Ministro de Justicia, Bucher, del partido liberal; éste consiguió vencer a la mayoría de los miembros del Gabinete de que razones jurídicas tan fundamentales como la incompatibilidad del dogma constitucional de la legalidad con la pretendida prolongación del plazo de prescripción se oponían a la reforma.

3. La toma de posición del Gobierno agudizó la polémica. Pocos días antes del trascendental debate del Bundestag de 10 de marzo de 1965, el filósofo, profesor Karl Jaspers, hizo unas declaraciones sobre la cuestión que, en opinión de muchos, tuvieron una decisiva influencia sobre los parlamentarios alemanes.

Para Jaspers hay que distinguir, desde un punto de vista moral, entre crímenes de guerra y crímenes contra el género humano (2). Crímenes de guerra son los cometidos durante el desarrollo de un conflicto bélico. Se trata aquí de acciones guerreras injustificadas, caracterizadas por su extrema e innecesaria crueldad; pero, en definitiva, de acciones guerreras. Los crímenes de guerra, entre los que Jaspers incluye expresamente el bombardeo de Dresden y el lanzamiento de la bomba atómica sobre Hiroshima, son hechos horribles, pero no representan nada nuevo en la historia de los pueblos: rara es la guerra en la que no se han cometido delitos.

Distinta es la situación en los crímenes contra el género humano. Estos, en opinión del fundador del existencialismo alemán, no deben prescribir nunca. El intento hitleriano de exterminar la raza judía representa algo nuevo en la historia. En palabras de Jaspers, los crímenes contra el género humano "significan, fundamentalmente, el cumplimiento de la sentencia pronunciada contra otro grupo de hombres, contra un pueblo, de que no debe vivir en la tierra. El que exige esta sentencia y la ejecuta es un criminal contra el género humano. Estos hechos han sucedido y han sido dirigidos contra judíos, gitanos y débiles mentales... Nadie tiene derecho a sentenciar que un grupo étnico no debe seguir existiendo. El que en base a esta sentencia lleva a cabo, mediante una organización, el exterminio de pueblos y toma parte en él hace algo fundamentalmente distinto de todos los delitos que ha habido hasta ahora. Actúa contra un principio que tiene su fundamento en el ser persona, en el reconocimiento del hombre como tal. Y porque lo hace tiene que regir respecto de él: con hombres que llevan tales cosas a cabo, la Humanidad, a la inversa, no puede convivir".

Jaspers pedía la no prescripción de los crímenes nacionalsocialistas y dirigiéndose a los diputados, declaraba: "El pueblo alemán dirige la mirada a su Parlamento. ¿Es éste su Parlamento o no lo es?" Hasta aquí los antecedentes inmediatos. El Bundestag decidió prolongar el plazo de prescripción para asesinato, y, de entre las tres propuestas, se inclinó por la de Adenauer; esto es, por la de señalar la fecha del 1 de enero de 1950 como la del comienzo del plazo de prescripción. Se sigue manteniendo el plazo de veinte años y, en consecuencia, los asesinatos prescribirán el 1 de enero de 1970. No se ha considerado necesario modificar la Ley Fundamental.

II. La cuestión de si esta resolución del Parlamento alemán viola o no el principio de legalidad y, con ello, la Ley Fundamental de Bonn, es algo de lo que, casi con seguridad, va a tener que ocuparse el Tribunal Constitucional alemán en un futuro próximo.

De extraordinario interés, dentro de esta conexión, es la toma de posición del Seminario de Derecho Penal y Política Criminal de la Universidad de Hamburgo. Fue redactada antes de la resolución del Bundestag y a raíz de la declaración del Gobierno Erhard en el sentido de que una prolongación del plazo de prescripción para asesinato violaría el principio de legalidad. El dictamen de los juristas hamburgueses es un estudio estrictamente

(2) Según la terminología de Jaspers, los crímenes de guerra son crímenes contra la humanidad (*Menschlichkeitsverbrechen*), pero no crímenes contra el género humano (*Menschheitsverbrechen*).

jurídico sobre si existe esta violación o no, quedando al margen de él todos los problemas políticos, morales y de otro tipo que plantea el tema de la prescripción de los crímenes de guerra. Este informe fue publicado el 5 de febrero de 1965 en el semanario "Die Zeit"; se traduce al castellano con la autorización de sus autores:

Toma de posición del Seminario de Derecho Penal y Política Criminal de la Universidad de Hamburgo

"El Gobierno Federal ha decidido mantener el punto de vista de que una prolongación de los plazos de prescripción para asesinato que están corriendo es incompatible con la Ley Fundamental y con el principio del Estado de Derecho; considera, pues, inadmisibles la persecución de delitos nacionalsocialistas después del 8 de mayo de 1965, a no ser que la prescripción haya sido interrumpida a tiempo por acciones judiciales, en cuyo caso el plazo de prescripción empieza a correr de nuevo desde un principio. Este es el motivo por el que después del 8 de mayo de 1965 se celebrarán aún numerosos procesos contra criminales nacionalsocialistas.

La cuestión que se plantea es la de si al legislador le es dado prolongar el plazo de prescripción que está corriendo y alcanzar, así, que puedan seguir siendo perseguidos delitos de los que hasta ahora no se ha tenido suficiente conocimiento y en los que, por consiguiente, ya no es posible una interrupción de la prescripción.

Para decidir esta cuestión lo primero que tiene que hacer el jurista es buscar regulaciones legales expresas. Para el ámbito del Derecho penal, encuentra en el artículo 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental una disposición que se ocupa de la situación jurídica del autor, para quien al tiempo de la comisión del hecho regía una ley más favorable que al tiempo de su enjuiciamiento. La disposición tiene el siguiente tenor:

'Un hecho sólo puede ser castigado si la punibilidad había sido dispuesta legalmente antes de que el hecho fuese cometido'

Este precepto formula un principio que es considerado actualmente un elemento indispensable del Estado de Derecho. El sentido de este principio es el siguiente: El autor no debe ser castigado conforme a una ley que al tiempo del hecho no regía todavía, pues la misión de la ley penal consiste, también, en procurar al ciudadano claridad sobre cuáles son las acciones que el ordenamiento jurídico considera merecedoras de castigo. El ciudadano ha de atenerse a estas valoraciones; pero también debe poder confiar en ellas.

La cuestión que ahora se plantea es: ¿Pertenece a la 'punibilidad' en el sentido del artículo 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental, el plazo de prescripción previsto en la ley? Según la opinión casi unánime de los juristas

es esto algo que depende de si la prescripción ha de ser considerada una institución del Derecho 'material' o del 'procesal':

Sería de Derecho material si se pudiera decir que la necesidad de castigo de una acción va palideciendo paulatinamente con el transcurso del tiempo y que, finalmente, desaparece por completo en un determinado momento, a saber: cuando ha corrido el plazo de prescripción.

Sería de Derecho procesal si hubiera de ser considerada simplemente un obstáculo a la persecución del delito creado por el legislador en base a consideraciones que no afectan a la necesidad de castigo del hecho: por ejemplo, porque las dificultades de prueba son demasiado grandes después de tanto tiempo, o porque —en cuanto que los hechos han sido olvidados— no debe ser perturbada de nuevo la paz social que el tiempo ha creado.

En favor de la concepción 'material' parece abogar, a primera vista, el hecho de que los plazos de prescripción están escalonados; es decir, que son breves para los hechos leves y largos para los graves. Pero es posible demostrar de tres maneras que, en definitiva, este punto de vista no es decisivo:

1. Que si la necesidad de castigo del asesinato desapareciese después de veinte años —una vez que ha corrido el plazo de prescripción— entonces no sería posible justificar la reclusión perpetua (3). El asesino que es atrapado inmediatamente después del hecho y condenado, y que ha cumplido una gran parte de la condena —tal vez veinte años—, no es en ese momento más merecedor de castigo que el autor que ha conseguido sustraerse a la persecución; y, sin embargo, aquél debe seguir cumpliendo la condena.

2. La posibilidad de interrumpir el plazo de prescripción mediante acciones judiciales habla también en contra de que el orden jurídico considere la prescripción como una extinción de la necesidad de castigo. Pues no es posible que dependa de una acción procesal formal, cuyo efecto es el de que el plazo de prescripción vuelva a correr desde un principio, el que el hecho siga siendo o no merecedor de pena durante otros veinte años.

3. Por último, podría mencionarse que el Proyecto de un nuevo Código penal de 1962 eleva el plazo de prescripción para asesinato de veinte a treinta años; ello se ha hecho para tener en cuenta, así, las 'experiencias de la praxis', y no porque se considere, de repente, que la necesidad de castigo del asesinato se ha convertido en 'más duradera'.

Por consiguiente, si se parte de que la prescripción crea sólo un obstáculo a la persecución del delito —y en este sentido se ha expresado inequívocamente el Bundesgerichtshof (cfr. la sentencia de 22 de abril de 1952, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, tomo 2, págs. 305 y siguientes.)—, la elemental consecuencia jurídica que de ahí deriva es que el artículo 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental no se opone a una prolongación de los plazos que están corriendo. El Derecho procesal, 'según una jurisprudencia y una doctrina unánimes y constantes' (así el Bundesverfassungsgericht el 31 de mayo de 1960, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, tomo 11, pág. 146), es aplicable, desde el momento de su entrada

(3) Esta es la pena que señala el Código Penal alemán para el asesinato (N. del T.).

en vigor, a los procesos pendientes, esto es: a aquellos que afectan a un hecho cometido anteriormente.

Esta consecuencia no es sólo el resultado de una operación de cálculo jurídico-formal, sino que tiene también un fundamento material. El interés del autor de que permanezcan los plazos de prescripción que regían al tiempo de su delito no es digno de protección. Al contrario de lo que sucede con la punibilidad (es decir, con el precepto que prohíbe con una pena un determinado comportamiento), no parece que la mayor o menor extensión del plazo de prescripción pueda motivar el comportamiento de aquél. Y si el asesino ha considerado en el momento del hecho que quedará impune si consigue sustraerse a la persecución hasta que haya corrido el plazo, nada le impide hacerlo, pero el orden jurídico no tienen ningún motivo para no defraudarle en este cálculo. En cualquier caso, tiene que contar, además, con que en todo momento el plazo de prescripción puede ser interrumpido por una acción judicial, que ni siquiera hace falta que llegue a su conocimiento. Por ello no puede tampoco quejarse si el plazo de prescripción es prolongado por un acto legislativo general.

Es cierto, sin embargo, que el autor puede esperar una cosa: que con el cumplimiento del plazo de prescripción termine definitivamente el asunto, esto es, que no pueda volver a ser objeto de persecución, retroactivamente, después de que se halla producido la prescripción. El autor a quien según el orden jurídico vigente no se le puede perseguir no debe volver a convertirse en perseguible, de repente, en virtud de una reforma legal. Constituye un elemento de la paz jurídica el que el autor pueda volver a moverse libremente y con seguridad después de que se haya producido la prescripción. En tanto en cuanto, rige también para el ámbito de las disposiciones prescriptivas la prohibición de retroactividad; pero esta prohibición sólo excluye la prolongación posterior de plazos de prescripción que ya se han cumplido.

Queda por resolver la cuestión de cuáles son los hechos punibles sobre los que podría pronunciarse la prolongación. El Gobierno Federal presentó, ya en 1960, su Proyecto de Código Penal que fija en treinta años el plazo de prescripción para los hechos punibles amenazados con reclusión perpetua. Conforme a la opinión jurídica dominante, que hemos expuesto más arriba, si este Proyecto se hubiera convertido ya en ley, los plazos de prescripción que actualmente están corriendo hubieran sido abarcados por ella, y, por consiguiente, los crímenes nacionalsocialistas seran perseguibles hasta el 8 de mayo de 1975. Pues bien, en el caso de que se considere que ello es necesario, existe una medida apropiada para evitar la prescripción el 8 de mayo de 1965: anticipar esta regulación del Proyecto. También otras disposiciones del Proyecto —por ejemplo, las referentes a la privación del carnet de conducir— han sido introducidas anticipadamente, por su especial urgencia, en el Derecho penal vigente.

Separar los asesinatos nacionalsocialistas, para prolongar sólo respecto de ellos —y no respecto de otros asesinatos— el plazo de prescripción, parece peligroso; pues en el Estado de Derecho los casos iguales deben ser tratados de forma igual (artículo 3 de la Ley Fundamental). El que haya sido la existencia de asesinatos nacionalsocialistas no prescritos la que haya inducido a

pensar en una anticipación legal de la prolongación de la prescripción para todos los asesinatos, no convierte a esta anticipación en arbitraria. Más del 90 por 100 de los asesinatos que llegan a ser conocidos son esclarecidos rápidamente por la Policía; y los casos en los cuales veinte años después del hecho se sabe tan poco de éste y del autor que la prescripción no puede ser interrumpida a tiempo, sólo muy raras veces son esclarecidos posteriormente. Si sólo fuese por estos pocos casos, no existiría un interés público en introducir, ya ahora —es decir, antes que otras asimismo deseadas reformas del Derecho penal—, el plazo de 30 años. Pero si el Bundestag llega a la conclusión de que existe un interés público en poder perseguir, después del 8 de mayo de 1965, aquellos asesinatos nacionalsocialistas que hasta esa fecha no han sido lo suficientemente esclarecidos como para poder interrumpir el plazo, ello parece entonces un motivo absolutamente legítimo para acelerar esta reforma de los plazos de prescripción.

Es correcto, y es, además, una buena cosa, que nuestra época se haya hecho más sensible por lo que afecta a la violación de los principios del Estado de Derecho. Cada vez es más frecuente que se contemplen las leyes y las medidas de las autoridades desde el punto de vista de si contienen un efecto retroactivo prohibido o de si tratan desigualmente lo que es igual o de si, por algún otro motivo, son arbitrarias. Pero ello sucede siempre, o por lo menos, debería suceder, examinando cuidadosamente la situación de hecho que se da en el caso concreto. Mediante la mera aplicación de fórmulas generales, como la del Estado de Derecho, la de la prohibición de retroactividad, la de la prohibición de ampliar el poder punitivo del Estado, no puede hallarse la solución justa.

Los abajo firmantes no ven ninguna otra objeción jurídica contra la prolongación de los plazos de prescripción que están corriendo y, conforme a lo aquí expuesto, la consideran admisible (por lo que al profesor Sieverts se refiere, abandonando, con ello, puntos de vista jurídicos que anteriormente había expresado). Opinan también que tales objeciones sólo pueden ser tenidas en cuenta si son fundamentadas más detalladamente de lo que han sido hasta ahora.

Esta toma de posición ha sido elaborada por: *Richard Bärwinkel*, Priv. Doz. Dr. *Anne-Eva Brauneck*, Prof. Dr. *Heinrich Henkel*, Dr. *Peter Holtappels*, Dr. *Herbert Jäger*, *Gerhard Meyer-Gerhards*, Prof. Dr. *Eberhard Schmidhäuser*, Dr. *Horst Schüler-Springorum*, Prof. Dr. *Rudolf Sieverts*."

REVISTA DE LIBROS

ALBERCA LLORENTE, Román; VALENCIANO GAYA, Luis; SANCHEZ-PEDREÑO, José; ROS DE OLIVER, Bernardino: "Psiquiatría y Derecho Penal". Con un estudio preliminar del Profesor Marino Barbero Santos. Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos. Madrid, 1965, 189 págs.

Se viene subrayando desde Dorado Montero el divorcio existente entre juristas y psiquiatras, que han de colaborar en la justicia penal, y la necesidad de que sea sustituida por un cordial entendimiento. A esto, en que ya estamos todos conformes, tendió una serie de conferencias, dictadas en Murcia en abril de 1964, que se recogen en esta obra en la que en el sitio del prólogo, pero llamándole estudio preliminar, en una casi conferencia, se plantea y se expone esta intención por el Catedrático de Derecho Penal de aquella Universidad señor Barbero Santos, que atribuye esta falta de entendimiento a la vieja idea, ya tópico, de falta de preparación psiquiátrica de los juristas.

El primer trabajo aquí, conferencia entonces, creo que el más sólido y fundamentado es el del Dr. Alberca, Catedrático de Psiquiatría en la Universidad de Valencia, que versa sobre "La actualidad de la enfermedad y la tipicidad del delito en Derecho Penal", está dividido en dos partes. En ellas se afirma el delito al trastorno mental se afianza y va a ser estudiada por dos caminos la relación temporal entre la comisión del delito y la vigencia del trastorno, así como la tipicidad del delito según el cuadro clínico. También afirma, que conviene destacar, que la gravedad clínica no quiere decir gravedad criminológica y lo que es para nosotros más importante se pregunta si se da un tipo específico de delito para cada enfermedad mental, contestándose que si no específico sí hay delitos típicos de cada grupo de enfermos, que destaca. Termina diciendo que la función del psiquiatra es lograr el diagnóstico clínico para enfrentarlo con el delito y con sus circunstancias.

El segundo trabajo es del Dr. Valenciano Gaya, Director del Dispensario de Higiene Mental de Murcia, lleva por título "Problemas Médico-Forense de la Psicosis delirante", enfocado desde un principio y totalmente sobre lo que según se apresura a decir, es el más alto interrogante de la psiquiatría, es decir, la paranoia, de la que acepta la definición de KRAEPELIN de ser él "desarrollo insidioso de un sistema delirante permanente e inmovible surgido según causas internas... que cursa con absoluta conservación de la claridad y orden del pensamiento, de la voluntad y de la conducta".

Al exponer después sus características, dice que muy raramente se presenta pura, sino entremezclada con otras enfermedades, para, ya centrado en la esfera forense, subrayar la diferencia entre "demencia" y "enajenación" y terminar diciendo que el peritaje psiquiátrico es la tipificación de cuadros psicopáticos

y su relación con el delito, mostrándose partidario de que se encomiende preferentemente, entre las personas de diferente orientación científica y profesional que pueden realizarlo, a psiquiatras clínicos.

El tercer trabajo de un médico forense, el de Murcia, Dr. Sánchez Pedreño, versa sobre "Problemas de la sinceridad y sus derivaciones en psiquiatría forense" y está dedicado a la valoración y comprobación de confesiones y testimonios según su sinceridad, problema de psicología judicial o forense al que se ha dedicado poca atención en España.

El autor prelude su exposición con la mención de los distintos puntos de vista desde los que la sinceridad, quizá mejor la insinceridad, ha sido estudiada y la relación que puede haber entre ella y un estado mental determinado, engendrada por la fabulación y la mitomanía. Estudia después las operaciones mentales que forman el testimonio y el valor de éste según provenga del niño y del enfermo mental, la simulación como engaño psicológicamente afina la mentira, para terminar con el estudio de los procedimientos de exploración de la sinceridad según técnicas de orden psicológico, psicofisiológico, de expresión motriz, narcosis químicas, examinando la licitud del empleo del "Suero de la verdad".

El cuarto y último trabajo corre a cargo de un jurista, Ros de Oliver, Fiscal de la Audiencia, también de Murcia, y versa sobre la "Valoración forense de los informes psiquiátricos". El autor, quizá por jurista y quizá también por hablar en último término, hace como un resumen y saca con ponderado juicio la consecuencia que en el derecho y, sobre todo, en el proceso y práctica judicial penal tienen los conceptos, ideas y sugerencias de los que le precedieron, entrando después en su materia, que, si tiene el mayor interés práctico, no es posible recensionar ni transcribir, tan apretada y ligada está su exposición, siendo lástima que al final de ella, al tratar de la clasificación de penados para su tratamiento y consonancia con su personalidad, se conforme con el arcaico empirismo de nuestras disposiciones reglamentarias en la materia.

DOMINGO TERUEL CARRALERO

BASTERO ARCHANDO, Joaquín: "El nuevo Código penal de la Rusia Soviética". Separata de la revista "Temis". Zaragoza, 1964, páginas 123-129.

El profesor Bastero, asiduo colaborador de esta revista, considera, en este breve estudio sobre el Código penal ruso de 1960, que el retorno a los principios jurídicos tradicionales es más aparente que real, principalmente por lo que se refiere a los postulados de legalidad y culpabilidad. Donde mayores cauces se inician en el nuevo Código de la U. R. S. S. es en la amplitud de la función penal, que se hace intimidativa, correccionalista y preventiva, una vez que el término de "seguridad social" comienza a ser sustituido por el de "responsabilidad", y el de "medida de seguridad" por el de "pena".

La pena habrá de ser aplicada por los Tribunales rusos con el amplio arbitrio judicial que dicte la "conciencia socialista" de los juzgadores, sin olvidar

La personalidad del infractor, la trascendencia del hecho y las circunstancias que a éste acompañen. Se mantiene la dureza punitiva, creándose nueva figura de delito atentatorio al Poder y a la Organización política del soviét.

Se sancionan con dureza la agitación y la propaganda antisoviética y las actividades y propaganda encaminadas a la subversión, al debilitamiento del poder soviético y a la comisión de delitos peligrosos contra el Estado.

Quedó abolida la interpretación analógica; pero, afirma Bastero, la ambigua redacción del precepto abre amplios cauces al juzgador. Y no hay que olvidar que los jueces se eligen por períodos cortos, que han de dar cuenta de su mandato y que están sometidos a continua y múltiple vigilancia.

En el tratamiento de la delincuencia infantil es justo reconocer—dice el profesor Bastero—que este Código penal de 1960, siguiendo directrices de la Ley de 1958, ha confirmado un sistema más humano, profiláctico y educativo en busca de la rehabilitación del delincuente precoz.

DIEGO MOSQUETE

**DAS DANISCHE STRAFGESETZBUCH (El Código penal danés),
Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, núm. 84, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1964, VIII + 84 págs.**

El Código penal de Dinamarca, que ya había sido publicado en 1953 en la *Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher* de Walter de Gruyter, ha sido editado nuevamente en dicha colección para recoger las importantes modificaciones introducidas en la última década.

Entre estas modificaciones destacamos tres. Reforma de la regulación de la condena condicional (parágrafos 56 a 61). Bajo determinados presupuestos, ahora es posible aplicar el Derecho penal juvenil a delincuentes que tengan hasta veintitrés años de edad. Agravación de penas en los delitos de rufianismo, lenocinio, homosexualidad, escándalo público y hurto de uso; en este último delito se agrava la pena cuando la cosa no es devuelta después de su utilización.

ENRIQUE GIMBERNAT

FERNANDEZ ALBOR, A.: "Homicidio y asesinato". Ed. Montecorvo, Madrid, 1964, 209 págs.

Es un hecho evidente que se comprueba, recientemente, una mayor atención de los estudiosos de nuestro país hacia los problemas que plantea la parte especial del Derecho penal. En atención al momento en que se encuentra la doctrina penal española, su grado de evolución quizá sea justamente lo que más convenga: los trabajos de Parte Especial van desbrozando los preceptos concretos de nuestro Código, con particulares soluciones, como paso previo para construir un sistema con pretensión de validez general. Los términos, sin embargo, no se invierten, si así sucede. El círculo vicioso, variamente formulado, de si es

primero la Parte General o la Parte Especial, tiene sentido tan sólo teóricamente nadie escribirá de Parte Especial sin utilizar conceptos de la Parte General, y debiera suceder lo mismo a la inversa también. Pero que se estudien puntos concretos de nuestro Código, de sus específicas figuras delictivas, no significa necesariamente haber resuelto todos los problemas de la teoría jurídica del delito, e incluso adoptar una posición, correcta o equivocada, sobre ellos, sino solamente resolver particulares cuestiones de nuestro Código, utilizando nociones y conocimientos de la Parte General para ponerlos a prueba. La Parte Especial, en ese sentido, no es más que un campo de operaciones, de verificación de la Parte General: mal puede ser sostenida la Parte General sin que encuentre su realización y conformidad en el diferente juego de los concretos delitos.

El libro de Fernández Albor es su trabajo doctoral, redactado bajo la dirección de José María Navarrete y leído en la Universidad de Santiago de Compostela con la máxima calificación. Un mérito inicial se comprueba, a mi juicio, de la simple lectura del sumario: se trata de un estudio que pudiéramos llamar *clásico*, pues el autor ha desoído, con buen criterio, los singulares sueños de geometra que hace algunos años se han propuesto en la literatura española para el estudio de la Parte Especial. Dentro, por tanto, de la línea ortodoxa, Fernández Albor busca un eje que sirva para distinguir el asesinato y el homicidio, y plantea la fundamental cuestión de si el primero puede ser considerado como delito autónomo, con sustantividad propia, o, por el contrario, se trata de un simple homicidio cualificado. Fernández Albor emplea en su investigación, en primer lugar, una exposición histórica de la línea evolutiva del homicidio, y llega a la siguiente conclusión: "a pesar de la concepción objetiva que encontramos en ciertas etapas, aparece, inadvertidamente sentido por los juristas, el fundamento subjetivo, que se abre camino y llega a ser el predominante". Su estudio parte del Derecho romano, pasando por el Derecho visigodo, Partidas y recopilaciones, hasta el Código penal de 1932.

El capítulo III se refiere a la "Relación homicidio-asesinato en la doctrina, en la jurisprudencia y en el Derecho vigente". Centra su atención fundamentalmente en los elementos diferenciadores que provienen del autor: "el asesinato demuestra una mayor peligrosidad en el agente, en cuanto es indicador de una perversidad, de un instinto criminal más caracterizado por una mayor peligrosidad". A su juicio, "es muy distinto el asesino del homicida; el primero nos pone de manifiesto una especial tendencia psicológica criminógena; no tienen la misma consideración el ratero que el ladrón, e igual ocurre aquí".

La posición definitiva de Fernández Albor pudiera calificarse de intermedia: el asesinato es una figura de contornos afines, pero no iguales, al homicidio, ya que el objeto lesionado es el mismo, aun cuando acepta que "también el asesinato ha de tener su voluntariedad propia, la existencia de la voluntad homicida y, además, que se cometa el delito en circunstancias tales que pongan de manifiesto su personalidad (pág. 137).

El último capítulo se destina al estudio de las circunstancias específicas y su entendimiento por la doctrina y jurisprudencia españolas.

El presente trabajo encierra, sin duda, innegable valor por el material recogido y examinado, así como por la ponderación con que se exponen las dis-

tintas posiciones, y especialmente la línea histórica señalada, que ofrece datos de interés para ulteriores investigaciones.

MANUEL COBO

FESTSCHRIFT FÜR HELLMUTH VON WEBER ZUM 70. GEBURTSTAG (Libro homenaje a Hellmuth von Weber en su 70 cumpleaños), editado por Hans Welzel, Hermann Conrad, Armin Kaufmann y Hilde Kaufmann, Bonn, 1963, Ludwig Röhrscheid Verlag, 453 págs.

Ante la imposibilidad de comentar en este lugar cada una de las contribuciones que figuran en el Libro Homenaje al profesor von Weber, vamos a limitarnos a informar meramente sobre los temas que en la obra se tratan.

Además de seis trabajos sobre Derecho procesal penal de Hans Heinrich Jescheck, Max Grünhut, Eduard Kern, Karl Peters, Ulrich Stock y Hans von Hentig—el de Jescheck se ocupa de cuestiones internacionales y el de von Hentig lleva el título: “Objetos abandonados por descuido en el lugar del delito. Una contribución a la teoría de los indicios”—, figuran en el Libro Homenaje los siguientes artículos: Paul Mikat, “Responsabilidad por el resultado e idea de la culpabilidad en el Derecho penal de los anglosajones”; Eberhard Schmidt, “El proceso inquisitivo en las fuentes jurídicas de los siglos xv y xvi de la Alta y de la Baja Baviera”; Hermann Conrad, “Sobre las bases espirituales de la reforma penal de José II (1780-1788)”; Hans-Jürgen Bruns, “¿La ‘prevención general’ como fin y base de medición de la pena? Un análisis de la jurisprudencia”; Friedrich Nowakowski, “La compatibilidad de las medidas preventivas con el Estado de Derecho”; Friedrich Schaffstein, “La custodia preventiva según el Proyecto de Código penal de 1962”; Hellmuth Mayer, “Observaciones previas a la teoría del concepto de la acción”; Richard Lange, “Cuestiones legislativas en las causas de justificación”; Günter Stratenwerth, “Sobre la función de los elementos juridicopenales de disposición del ánimo (strafrechtliche Gesinnungsmerkmale)”; Richard Busch, “Sobre la fundamentación legal de la punibilidad de la comisión por omisión”; Armin Kaufmann, “Omisión y dolo”; Horst Schröder, “Delitos de propia mano y especiales en los tipos culposos”; Hans Welzel, “La relación de los delitos de ocasionamiento de muerte con las lesiones”; Karl Engisch, “El problema de la causalidad psíquica en la estafa”; Thomas Würtenberger, “Sobre la punibilidad de la homosexualidad”; Erich Schwinge, “La lucha contra lo obsceno en el Derecho angloamericano”; Hans Schultz, “Nuevas evoluciones en el Derecho penal internacional”; Hilde Kaufmann, “El sistema de Grammatica de la Defensa Sociale y el Derecho penal alemán de la culpabilidad”.

E. G.

LOPEZ RIOCEREZO, José María: "Labor jurídico-cultural de la Universidad escurialense". Separata de "La Comunidad Agustiniana en el Monasterio de El Escorial". El Escorial, 1964. 131-166 págs.

El presente trabajo está dedicado al acontecimiento que ha de suponer el IV Centenario de la Fundación del Real Monasterio de El Escorial, erigido por especialísimo deseo del Rey Prudente, Felipe II.

Como tributo de admiración hacia los antiguos maestros de la Universidad Escurialense, se recogen los nombres y se examina la obra de figuras destacadísimas en los distintos campos del saber, y entre ellos el del sabio penalista P. Jerónimo Montes, cuya personalidad descuella con singular relieve en el área del Derecho Punitivo y de la Criminología. Sus obras fueron calificadas por Quintiliano Saldaña como "maestras", y Jiménez Asúa diría que los estudios del P. Montes "eran la más profunda investigación histórico-penal editada en España, no sólo en sus últimos tiempos, sino de muchos años ha".

El P. Riocerezo, sucesor del P. Jerónimo Montes en la Cátedra de Derecho penal de aquel Centro, examina en este trabajo la bibliografía del insigne maestro, que en el campo penal publicó libros tan importantes como "Los principios del Derecho penal según los escritores del siglo XVI", "Los precursores de la ciencia penal en España", "La pena de muerte y el derecho de indulto", "El crimen de herejía", y, sobre todo, su "Derecho penal español". Se destacan, además, sus grandes estudios historico-críticos sobre la ciencia penal española. En toda su obra se revela su gran diligencia en investigar, erudición, y un arte singularísimo de exponer, de sintetizar, con arreglo a un plan propio, los que eran elementos dispersos o agrupados de otra manera.

El autor del trabajo que anotamos, ya trató extensamente el examen de la obra de su antecesor en un libro que tituló: "Labor jurídico-penal del P. Agustino Jerónimo Montes en la historia del Derecho Penal Español".

D. M.

DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manual: "Lardizábal, un penalista ilustrado". Cuadernos del Departamento de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, núm. 10, Santa Fe (República Argentina), 1964, 107 páginas.

El profesor español Rivacoba, catedrático de la Universidad Nacional del Litoral, ha escrito un excelente libro en el que, precisamente por acercarse al objeto de su estudio concienzudamente, se destacan aspectos desconocidos de Lardizábal y se demuestra lo erróneo de algunos de los tópicos que circulan sobre el penalista hispanoamericano.

El autor pone especial empeño en mostrar las diferencias existentes entre Lardizábal —el "Beccaria español", como algunos le llaman— y el marqués italiano; así, por sólo mencionar un ejemplo, respecto del contenido que cada uno atribuye al principio de legalidad. En realidad, escribe Rivacoba, dichas

diferencias derivan necesariamente de las distintas bases ideológicas en que se apoyan: Lardizábal es un representante típico del pensamiento penal de la Ilustración; Beccaria lo es del pensamiento penal revolucionario.

Particularmente interesante es como el monografista va exponiendo el pensamiento de Lardizábal e indicando, cuando se presenta el caso, aquellos puntos en los que puede ser considerado un precursor de ideas y movimientos posteriores. Así, se exponen pensamientos de Lardizábal que luego hubo de desarrollar Lombroso, e incluso la preocupación de aquél por la materia que posteriormente recibió el nombre de Criminología. Dentro de esta conexión es de subrayar también que Lardizábal exigía, como presupuesto del delito, la existencia de culpabilidad y que, por lo que a la pena respecta, su mayor originalidad residió en entender que uno de sus fines es el de la corrección del delincuente.

El último capítulo del libro se ocupa de la influencia de Lardizábal. Fue escasa en España y en Europa, pero no en América, donde en la reforma carcelaria San Martín tuvo muy en cuenta los pensamientos de Lardizábal. El libro de Rivacoba está escrito con un admirable rigor científico y ha de ser considerado una importante contribución a la Historia del Derecho penal español.

E. G.

RODRIGUEZ DEVESA, José M.^a: “Derecho penal español” (Parte Especial), Vol. I, 1.º, 1963 y 2.º, 1964, 432 págs. Vol. II, 1965, 630 páginas. Valladolid.

El aumento, cada vez mayor, de los estudios de Parte Especial es, en definitiva, una muestra más de ese proceso de concreción que caracteriza la moderna producción jurídica, y también la penal. En el fondo se esconde, además, una verdad más profunda por la naturaleza de los trabajos se hace difícil recostarse cómodamente —por emplear expresión no muy peyorativa—, en las investigaciones de otros autores, generalmente extranjeros, cediendo así lo que es y debe ser la esencia de toda dogmática jurídica: la propia construcción ante un derecho positivo dado. Una actitud de *relax*, sin más problemas que los planteados en climas extraños, es poco frecuente encontrarla, por fortuna, en los estudios de Parte Especial, y no porque la tentación no haya surgido, mostrando los encantos (¿) de dejarse conducir por la mano de otro, sino más bien por las particularidades de nuestro derecho positivo, por su sugestiva singularidad, o quizá mejor, por su implícita rebeldía para ser reducido a esquemas que nada tienen que ver con él.

En España asistimos a un interesante momento, que desde luego dejará honda significación: se está comenzando a construir dogmáticamente la Parte Especial. El penalista español, cansado de duchar con molinos de viento, o de ses-tear, o de “recensionar” simplemente lo que otros escribieron, vuelve su mirada hacia el estudio de su derecho positivo, de sus problemas y de sus propias soluciones. Dentro de la presente consideración debe situarse la creciente preocupación por la Parte Especial, y asimismo la muy estimable contribución de Ro-

dríguez Devesa. En este sentido, es aleccionador que el profesor de Valladolid haya dedicado su libro a quien tanto luchó por verificar esas mismas inquietudes: Rodríguez Muñoz, que una y otra vez llamó la atención sobre la necesidad de trabajar nuestro derecho positivo, con las satisfacciones y desventuras que comporta.

El propósito de Rodríguez Devesa, modestamente reflejado en el prólogo, en orden a que su libro constituye un "tanteo de aproximación a los problemas técnicos y político criminales de nuestro derecho positivo", que pudiera ser útil "para quienes deseen iniciarse en su estudio, y que acaso no deje de ofrecer interés para los que ha tiempo abandonaron las aulas universitarias", queda, a la vista de los volúmenes publicados, ciertamente superado. La Parte Especial de Rodríguez Devesa no es un simple libro orientador, ni tampoco estrictamente pedagógico—lo que sin duda sería ya encomiable—, sino que llega a más: se desarrollan con profundidad determinados problemas, ofreciendo soluciones dogmáticas, serias y pensadas, que efectivamente le hacen salirse de los cauces sencillos por los que discurre un texto para estudiantes. Es cierto que en algunas figuras delictivas, Rodríguez Devesa solamente ha confeccionado un esquema de fácil entendimiento, propio de aquella función; pero no lo es menos que en otras se realiza un detenido tratamiento de cuestiones, especialmente cuando se emplea letra pequeña, que excede favorablemente de su limitado propósito. Esta consideración no supone incurrir en tópico, frecuentemente utilizado en notas para la sección bibliográfica de las Revistas, sino que personalmente lo he podido comprobar cuantas veces leí y consulté la Parte Especial comentada. Concretamente, en tema de consentimiento en las lesiones, Rodríguez Devesa, en breves y densas páginas, llevó a cabo una profunda revisión del problema, que me obligaron a verificar una segunda redacción de un trabajo ya escrito, guiado por el rigor que debe informar toda investigación científica. El diálogo técnico entablado con el autor presentó interesantes relieves y contribuyó eficazmente al replanteamiento que por mi parte proponía y a sus diferentes soluciones, aun cuando no participara de la tesis de Rodríguez Devesa. Un libro tan elemental no hubiese necesitado la detenida reflexión de un trabajo especializado y monográfico.

En el orden sistemático, el autor ha realizado un considerable esfuerzo por encuadrar formalmente las variadas figuras delictivas de todo el Libro II del Código penal español. El sistema, en cuanto es una estructura formal, responde ciertamente, o al menos así debe suceder, a consideraciones provenientes de instancia sustantiva, que en nuestro caso concreto se encuentran regidas por el bien jurídico lesionado. La Parte Especial de Rodríguez Devesa se informa en el bien jurídico, y no por el absurdo galimatías que algunos han propuesto, afortunadamente de manera proyectiva y ensayista, para coordinar sistemáticamente los tipos penales. Que se acepten las limitaciones del bien jurídico en la interpretación de los delitos en particular, no significa que sea desechado como criterio sistemático, o se pierdan de vista otros instrumentos que muestren, con mejor fortuna en ciertos casos, su adopción en concretos grupos de delitos, lo que no haría más que confirmar el carácter fragmentario, que por la propia naturaleza del objeto, tiene la Parte Especial. Rodríguez Devesa lo reconoce cuando afirma: "el bien jurídico adquiere importancia como criterio rector en cuanto

constituye la esencia de la antijuridicidad, pero no es un módulo exclusivo. El objeto sobre el que la acción recae, el medio empleado para cometer el delito y todas las demás modalidades del tipo que trascienden a la antijuridicidad de la conducta, influyen también aquí. En realidad, ninguna clasificación de las que parten del bien jurídico deja de tomar en cuenta las aludidas modalidades" (I, pág. 8). Pero de eso a declarar pedantescamente derogado el criterio clasificador proporcionado por el bien jurídico, media un abismo, sobre todo si se tiene en cuenta que quienes así se pronuncian incurrirán después en graves contradicciones, pues la sistemática que proponen continúa encontrándose vinculada al criterio del bien jurídico, lo que hace pensar que ignoran el alcance de su propia tesis, de sus propias palabras, o que desconocen lo que aquél significa en el estudio de la Parte Especial. De ese error se halla bien distante el libro de Rodríguez Devesa: su sistemática, que no coincide con la legal, ha supuesto sin duda un meticuloso examen de los distintos bienes jurídicos, al objeto de incluir los delitos dentro de las diferentes rúbricas que les compendian.

Si ahora entramos en el contenido de los títulos, y primeramente dentro de los llamados por Rodríguez Devesa "delitos contra las personas" (vida humana, salud e integridad personal, honestidad, honor, estado civil, libertad y seguridad, y propiedad), que componen los dos tomos del volumen primero, debe destacarse, muy brevemente, lo siguiente:

En los delitos contra la vida, y en referencia con el importante problema del objeto material, el autor adopta un criterio normativista y no biológico: "el límite entre la fase uterina y la extrauterina lo traza el nacimiento. Este es un concepto jurídico", deducido del artículo 410 (infanticidio) (I, pág. 21). Distingue, asimismo, entre vida humana independiente y no independiente (aborto). En la participación en delitos propios (parricidio e infanticidio), acepta la tesis mixta: ruptura del título, salvo cuando el *extraneus* no realiza acto de ejecución, y entonces, de acuerdo con el principio de accesoriedad, no habrá inconveniente en conservar una calificación unitaria. Estima el infanticidio como delito *sui generis*, compatible con la atenuante de arrebató u cbeceación, y no admite la posibilidad de su comisión culposa. El 408 es, a su juicio, un delito de sospecha, opinión que será poco compartible en un futuro, si finalmente se interpreta el 408 de acuerdo con el principio de culpabilidad y sin quebrantar su texto.

El aborto es un delito pluriofensivo (tesis por demás afortunada): lesiona la vida del feto, el interés del Estado en mantener cuota alta de natalidad, y pone en peligro la vida o salud de la madre. El concepto médico de aborto no es el mismo que el jurídico, afirma también con acierto. Aborto es muerte del feto mediante su destrucción en el seno materno o por expulsión provocada prematuramente (I, pág. 70). En los delitos de peligro para la vida humana incluye el abandono de menores y la comisión de socorro.

Las lesiones son, para Rodríguez Devesa, los genuinos atentados contra la integridad personal y la salud. Especial tratamiento verifica del difícil tema del consentimiento de la víctima. No es fácil compartir la tesis de su eficacia justificante, como propone Rodríguez Devesa, en atención a la vigencia del artículo 428 y a las modificaciones introducidas en los artículos 425 y 426. Rodríguez Devesa hace un gran esfuerzo por conservar la tesis de la relevancia; pero

no podemos adherirnos a sus conclusiones, a pesar de la sagacidad de sus argumentos, dado el tenor de nuestro derecho positivo.

En los delitos contra la honestidad distingue, con acierto, entre los que afectan al orden moral sexual individual y al colectivo. En estos últimos incluye el escándalo público, la prostitución, y también el adulterio, y si bien en éste compartimos las consideraciones político criminales y de *lege ferenda* que con buen sentido expone, no creemos, sin embargo, sea admisible su inclusión en la citada rúbrica, conforme se expuso en otro lugar. Interpreta la voz "yacimiento" de forma amplia, afectando a los distintos tipos delictivos.

En los delitos contra el honor incluye las injurias y calumnias. Su investigación sobre el concepto de honor es por demás convincente: deja al margen una serie de consideraciones retóricas, repetidas incluso recientemente, cuya única virtud era la de empañar con graves prejuicios la investigación jurídica. La extensión del honor a las personas morales es perfectamente compatible, a pesar de la restrictiva actitud de nuestra jurisprudencia. Correctísima, asimismo, la crítica que realiza de la extensión que pudiera sostenerse entre autoridad y funcionario público a los efectos del artículo 467, que efectivamente carece de toda base legal.

En los delitos contra el estado civil de las personas distingue entre aquellos que afectan al estado civil absoluto y relativo, y en estos últimos incluye el matrimonio mediando impedimento dirimente no dispensable, la bigamia y la autorización de matrimonios ilegales. Rodríguez Devesa ha preferido en esta ocasión, como también en otras (adulterio, sustracción de menores, etc.), conservar una sistemática que renuncia a que sean conducidos a los llamados "delitos contra la familia" tales infracciones, aun cuando cada una de ellas tenga su específica objetividad jurídica protegida. Su posición es en este extremo abiertamente contraria.

Los delitos titulados "contra la libertad y seguridad" son clasificados en delitos contra la voluntad y contra la seguridad. El autor lleva a cabo, desde su punto de vista, un excelente estudio de cada uno de los delitos en particular, que, como es sabido, constituyen una de las partes más interesantes, llena de dificultades técnicas, del Libro II de nuestro Código.

Los delitos contra la propiedad son objeto de detenida reflexión. En referencia con el bien jurídico protegido se acepta la tesis intermedia, por ser la más congruente con nuestro derecho positivo. La fórmula "delitos contra la propiedad", pues, "designa un conjunto indeterminado de relaciones jurídico patrimoniales que tienen un valor económico". "El derecho a tener un patrimonio es un derecho natural reconocido por las leyes y no un mero producto de ellas." Clasifica los delitos contra la propiedad en delitos sin enriquecimiento (expropiación sin apropiación correlativa; daños, incendios y estragos) y de enriquecimiento (expropiación con apropiación correlativa: con desplazamiento y sin desplazamiento patrimonial). Desde la perspectiva político criminal suscribimos totalmente las críticas que formula Rodríguez Devesa: los delitos contra la propiedad, o mejor, su exagerada penalidad, son expresión de factores profundos que no pasan inadvertidos al jurista, si éste lleva a cabo una serie de consideraciones socio políticas. Rodríguez Devesa lleva razón cuando afirma: "repugna a los sentimientos de jus-

ticia ligados a la idea de la proporcionalidad de las penas, el que determinados ataques contra la propiedad, v. gr., el hurto, puedan llegar a ser castigados con la misma pena abstracta que señala la Ley para el delito de homicidio, o que, volviendo al ejemplo del hurto, una sustracción de más de cincuenta mil pesetas tenga una pena más severa (*presidio mayor*) que el dejar dolosamente ciega a una persona (*prisión mayor*)". Por razones evidentes, dada la naturaleza de la presente nota, omitimos en este momento llevar a cabo un resumen de las diferentes tesis sostenidas sobre los tipos específicos de los delitos contra la propiedad.

La parte segunda, con la que se inicia el volumen II de la obra, se refiere a los llamados "delitos contra la sociedad". El autor ha llevado a cabo una meritoria labor en su confección, si se tiene en cuenta la escasísima atención que ha prestado la doctrina española al estudio de la mayoría de estos delitos. Rodríguez Devesa incluye en ella los delitos contra el Estado (seguridad exterior e interior), contra los sentimientos religiosos, contra la salud pública, juegos ilícitos, contra la fe pública, contra la administración de justicia, y los cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.

Especial interés tiene la investigación realizada sobre las falsedades. En referencia con la difícil tarea de delimitar el bien jurídico protegido, se afirma por el autor que éste no viene constituido por una amplia y genérica ausencia de verdad, sino que se centra en determinadas apariencias que ordinariamente corresponden a la realidad, sea por hallarse garantizadas directamente por el Estado, sea en virtud de un consenso común. De esta suerte, Rodríguez Devesa se adhiere a la tesis de aquellos que afirman como bien jurídico protegido en los delitos de falsedad, la fe pública. También debe destacarse, y merecería especial atención el título correspondiente a los delitos contra la administración de justicia.

La parte tercera se destina a las faltas, y la cuarta a la legislación especial. En esta última Rodríguez Devesa lleva a cabo un completo estudio de la legislación penal, que afecta al derecho de sufragio, economía, energía nuclear, migraciones, potencial militar, derecho penal militar, propiedad industrial, riquezas naturales, seguridad del Estado, transportes y emisiones radio-eléctricas.

En este rápido y breve recorrido se han destacado algunos extremos de interés de esta completísima Parte Especial, concediendo mayor importancia a los delitos más elaborados doctrinalmente, sin que ello suponga en ningún momento que el autor no haya tratado, con igual rigor, aquellos menos elaborados técnicamente. Nuestro balance crítico es abiertamente positivo, tanto por los diversos datos empleados como, y esto muy especialmente, por la aportación personal al estudio dogmático de los delitos en particular. La obra, pues, se encuentra dentro de la línea a la que aludíamos al comienzo de esta nota: hecha *para* y *de* nuestro derecho positivo. Quizá sea éste su mayor valor, y también su más generosa contribución: se ha evitado la apariencia y brillantez por la eficacia y operatividad de la construcción estrictamente jurídica.

M. C.

STRAFGESETZBUCH DER RUSSISCHEN SOZIALISTISCHEN FEDERATIVEN SOWJET-REPUBLIK (Código penal de la República Federativa Socialista Soviética Rusa), Sammlunng Ausserdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, núm. 82, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1964, 107 págs.

La traducción alemana del Código penal ruso de 1960, que ha venido a sustituir al de 1926, es obra de la señorita Teresa Pusylewitsch; en la edición que recensamos se incluyen las modificaciones introducidas hasta 1963.

En la *Parte General* se declara, en el artículo 3, que sólo serán punibles las acciones culpables, esto es: las dolosas o culposas; en el mismo artículo se consagra el principio de legalidad. "No existe delito", dice el artículo 7, "cuando una acción o una omisión, a pesar de contener formalmente las características de uno de los comportamientos castigados en la Parte Especial de este Código, no es, por su intrascendencia, social-peligrosa". En el artículo 8 se define el delito doloso: "Un delito se considera doloso cuando el autor conocía el carácter social-peligroso de su acción o de su omisión, previó sus consecuencias social-peligrosas y las quiso o consintió conscientemente la producción de estas consecuencias." En el artículo 9 se define el delito imprudente. La mayoría de edad penal comienza, según el artículo 10, a los dieciséis años; sin embargo, se declara la plena responsabilidad penal de los mayores de catorce años y menores de dieciséis, cuando han cometido determinados delitos (homicidio doloso, violación, robo, hurto, gamberrismo malicioso, etc.). En los artículos 13 y 14 se definen la legítima defensa y el estado de necesidad; en ambos se alude expresamente, y en primer lugar, a la "defensa de los intereses del Estado soviético" (art. 13) y a "un peligro que amenace los intereses del Estado soviético" (art. 14).

En la *Parte Especial* se señala la pena de muerte para los siguientes delitos: algunos delitos contra el Estado, asesinato, actos de terror contra delincentes que se están reformando en establecimientos penitenciarios, falsificación de moneda cuando hubiera profesionalidad, delitos de divisas cuando hubiera profesionalidad, reincidencia o se tratase de grandes cantidades, violación con circunstancias agravantes, soborno con circunstancias agravantes y ataque contra la vida de un miembro de la Milicia o de la Guardia Popular de voluntarios. En el artículo 102 se establecen las once circunstancias que convierten el homicidio doloso en asesinato. El aborto se castiga sólo en dos supuestos: Cuando ha sido realizado por un médico, únicamente en el caso de que haya infringido las disposiciones legales que regulan la práctica del aborto; en cualquier caso, cuando el autor sea una persona que carezca de formación médica universitaria. En el artículo 121 se castiga la homosexualidad entre hombres. En el artículo 123 se tipifica el incumplimiento del deber de alimentos de los hijos respecto de los padres incapaces para el trabajo. El artículo 134 castiga la lesión de la igualdad de derechos de la mujer. El artículo 138 tipifica la infracción de la legislación laboral. Se consideran también delitos las infracciones de las leyes sobre separación de Estado e Iglesia y de Escuelas e Iglesia (art. 142). El artículo 143 protege la libertad de cultos, considerando delito las acciones encaminadas a impedir o estorbar la práctica de

actos religiosos. La estafa se define en el artículo 147 en una figura en la que los medios de defraudación son el engaño o el abuso de confianza. A los delitos contra la economía se dedican dieciocho artículos (del 152 al 169). En el artículo 206 se castiga el gamberrismo, estableciéndose una agravación cuando los hechos se han caracterizado por su cinismo o descaro extraordinarios. El último capítulo de la Parte Especial, el doce, está dedicado al Derecho penal militar.

E. G.

DER STRAFKODEX DER UNGARISCHEN VOLKSREPUBLIK (El Código penal de la República Popular Húngara), Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, núm. 83. Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1964, XII + 135 págs.

La traducción al alemán del Código penal húngaro es del doctor Ladislaus Mezöfy, a quien se deben también unas notas explicativas y la Introducción.

El Código de 1961, en el que han influido considerablemente las leyes penales soviéticas, es el primer Código socialista de Hungría.

Entre las características más importantes del Código de 1961 destacamos las siguientes: Están incluidos en él todo el Derecho penal juvenil y el Derecho penal militar. En la tentativa con medios inidóneos o sobre un objeto inidóneo el juez está facultado para rebajar la pena e, incluso, para prescindir por completo de ella. No existe ninguna diferencia entre la penalidad de autores y de cómplice. Se definen el dolo directo y el eventual, no estableciéndose ninguna distinción entre los dos por lo que a la pena se refiere. La definición de la culpa se hace en base al criterio de la previsibilidad. El error de hecho y el Derecho excluyen la responsabilidad, a no ser que fuera culpable, en cuyo caso se impone la pena señalada al delito imprudente. Para ejecutar la pena de muerte es preciso que el autor tuviera por lo menos veinte años en el momento de cometer el delito. La condena condicional se admite cuando la pena no es superior a los dos años.

El Capítulo 10 se ocupa de los "Delitos contra la paz y contra la humanidad" (asesinato de grupos nacionales, religiosos o sociales, crueldades de guerra, abuso de los símbolos de la Cruz Roja, etc.). En el párrafo 62 se castiga un "delito periodístico" consistente en pedir una contraprestación para publicar o silenciar algo en la prensa. El Capítulo 13 (28 párrafos) está dedicado a los "Delitos contra la economía". En el párrafo 255 se castiga la inducción y el auxilio al suicidio; la pena es más grave cuando el suicida es un menor o un anormal mental. En el párrafo 259 se regula la omisión del deber de socorro, imponiéndose una pena más grave cuando el necesitado de ayuda haya fallecido y la actividad del autor hubiera podido evitar la muerte

E. G.

SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio: "El cheque en descubierto", Editorial Ariel, Barcelona, 1965, 74 págs.

Los primeros trabajos que se realizan sobre un nuevo texto legal tienen verdadero interés, pues constituyen, por decir así, líneas directrices de ulteriores investigaciones, en la medida que necesariamente serán tenidos en cuenta y habrá que partir de ellos en sucesivas publicaciones. Sin duda, esa función será desempeñada por el estudio que reseñamos.

El texto revisado de 1963 del Código penal, contiene un nuevo delito bajo el título "del cheque en descubierto", al que se le destina el artículo 535 bis. Sobre dicho precepto Suárez Montes ha confeccionado el presente libro, llevando a cabo un tratamiento dogmático de las distintas cuestiones que el nuevo artículo presenta.

Para Suárez Montes la naturaleza del precepto se centra en la protección del cheque, "pero con importantes limitaciones" (pág. 17). No se trata, en consecuencia, de una simple estafa, sino que con el artículo 535 bis se ha llegado a una solución de compromiso, entre la posición que afirma tenga esta naturaleza, y la de aquellos que ven en él la protección del cheque. A continuación lleva a cabo un esquema de los distintos aspectos mercantiles que el cheque plantea.

La sistemática utilizada por Suárez Montes en el estudio de este problema de Parte Especial de Derecho penal se centra, fundamentalmente, en la distinción entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo. En el primero, incluye la conducta y los elementos objetivos del tipo, y en el segundo, el dolo y la culpa. En el tipo objetivo trata, concretamente, de la dación en pago, de la falta de provisión suficiente de fondos para hacer efectivo el cheque y del impago, todo ello referido al tipo básico del párrafo primero del artículo 535 bis. Verdadero interés tienen los distintos problemas que plantea en el citado precepto lo referente al tipo subjetivo. Ante el término "a sabiendas" que en el mismo se utiliza, Suárez Montes adopta la siguiente tesis: "locución que sirve para expresar el conocimiento de algún elemento al que ha de extenderse la conciencia del agente para que su actuar sea doloso, y quede así establecido la contraposición a lo culposo" (pg. 49).

En otro apartado se ocupa del párrafo segundo del artículo 535 bis, y de forma especial, del tipo subjetivo, concretamente culpa. Plantea la cuestión del momento de la existencia de la negligencia, que efectivamente constituye problema fundamental del citado texto. A su juicio el momento de la existencia de negligencia, no sería otro sino el de la entrega del cheque.

En otro título desarrolla las diferentes cuestiones que suscita el artículo 535 bis en referencia con el delito de estafa, llevando a cabo una exposición de la distinción formulada por la doctrina y jurisprudencia españolas. Especiales problemas presenta el párrafo último del artículo 535 bis, por la particular redacción que el mismo se le ha dado: "empleo de medios engañosos con propósito de defraudar". La interpretación del anterior pasaje ofrecerá sin duda auténtico interés. Ante ella Suárez Montes adopta la siguiente actitud: se refiere a supuestos en que el empleo del cheque quede enmarcado dentro de una más amplia conducta de estafa, es decir, sería el cheque como medio para la comisión de la estafa (pg. 65).

En el último capítulo de la obra se estudian los extremos referentes a la penalidad de los tipos descritos por el 535 bis. Asimismo desarrolla el tema de los grados de ejecución del delito (consumación, tentativa y frustración), y la función asignada al desistimiento y arrepentimiento. Para Suárez Montes el "pago posterior es irrelevante, sin perjuicio de que pueda ser apreciado como circunstancia atenuante (novena del artículo 9)" (pg. 73). El arrepentimiento activo se dará, a su juicio, "cuando, con posteridad al libramiento doloso, el librador, depona su voluntad delictiva y, antes de que se irroge el perjuicio al tenedor, verifica la provisión suficiente. Ello determinará la impunidad de la acción" (pg. 73).

Por último, presta atención a un problema de indudable trascendencia, cual es el de la falsificación del cheque y el deslinde entre el delito de cheque en descubierto frente al delito de falsificación del cheque. Cuestión, que en sus líneas generales, recordará a veces el complejo problema del concurso entre falsedad y estafa.

M. C.

REVISTA DE REVISTAS

A L E M A N I A

Neue Juristische Wochenschrift 1964

WELZEL, Hans: «Gesetzsmässige Judentötungen?» (¿Muertes legales de judíos?). *Neue Juristische Wochenschrift* 1964, págs. 521-523.

Welzel se ocupa en su artículo de la dirección doctrinal que atribuye rango de ley a la orden secreta de Hitler en la que se dispuso la «solución final de la cuestión judía». Si esto fuese así, dicha orden habría anulado legalmente, desde un punto de vista de Derecho positivo y a pesar de su evidente oposición al Derecho natural, la punibilidad de las muertes ocasionada a judíos.

Pero Welzel niega que dicha orden pueda ser considerada una ley; y no puede serlo, afirma el catedrático de Bonn, por faltarle uno de los requisitos indispensables de toda ley: la publicación. El articulista demuestra, citando escritos aparecidos en la época nacionalsocialista —de Werner Weber y de Ernst Rudolf Huber—, que también entonces se era de la opinión de que no se podía prescindir de la publicación de la ley. «Precisamente con la supresión de la publicidad del procedimiento legislativo parlamentario ha adquirido la publicación formal del Derecho una importancia aún mayor para su conformación; no es admisible, en absoluto, considerar la publicación del Derecho una manifestación específica del liberalismo y, así, devaluar su significación», escribía Werner Weber en 1942. Huber, en 1944, se expresaba en idéntico sentido: «Por ello, la publicación es hoy el minimum de forma del que no se puede prescindir, so pena de destrozarse la ley como forma de manifestación del Derecho».

En base a todo ello, Welzel ratifica su postura de que un elemento esencial del concepto de ley —también del concepto de ley del Tercer Reich— es la publicación.

Pero es que, además de carecer de publicación, continúa Welzel, la orden secreta de Hitler careció de contenido legal. Como ley hubiera debido tener el siguiente contenido: «§ 1. Se desposee a los judíos del derecho a la vida; deberán ser matados inmediatamente. § 2. La ejecución de esta ley queda encomendada al Jefe del Reich de la S.S.» Una ley con este contenido, escribe Welzel, no ha existido nunca.

El artículo termina con estas palabras: «Siempre que una persona disponga a su arbitrio de la vida de los demás, estaremos única y exclusivamente ante un acto de fuerza, no ante un acto de Derecho. La apelación al «derecho» del más fuerte es siempre una negación del Derecho, es la constatación tautológica de la fuerza del más fuerte... Por ello, la orden de matar a los judíos pudo funcionar como emanación de una fuerza superior, pero no pudo ser nunca un precepto jurídico sobre el derecho a disponer de la vida de los judíos».

VON SCHUMANN, Hans-Joachim: «Probleme des Sittenstrafrechts. Ein Beitrag zur Strafrechtsreform vom Standpunkt des Arztes» (Problemas del Derecho penal de los delitos contra la honestidad. Una contribución a la reforma del Derecho penal desde el punto de vista del médico), *Neue Juristische Wochenschrift* 1964, págs. 1158-1162.

El articulista es de la opinión que en la reforma de los delitos contra la honestidad habrán de tenerse en cuenta las transformaciones sufridas en los últimos años sobre el concepto de la moral sexual, así como los nuevos conocimientos científicos.

Para von Schumann el Código penal de 1871 (StGB) partió de la idea de que la sexualidad era algo vil y bajo. El legislador se atribuyó el papel de juez de las costumbres —incluso en la esfera íntima—, surgiendo, así, un Código penal con una concepción marcadamente enemiga de lo sexual.

Actualmente, el § 180, párrafo 2, StGB, castiga la explotación de los locales destinados a la prostitución. El tipo se conserva en el Proyecto de 1962. De hecho, sin embargo, es éste un delito que no se persigue. El articulista aboga por la supresión del precepto. En su opinión, existen varios argumentos que hablan en favor de la no prohibición de los prostíbulos. Ahí pueden encontrar satisfacción hombres sexualmente perversos, con lo que se previene el peligro de delitos de violación y de escándalo público. Al estar sometidas las prostitutas a un control médico se impide la propagación de enfermedades venéreas. Además, los burdeles hacen innecesaria la prostitución callejera, evitándose así el escándalo para niños y jóvenes y las molestias a los ciudadanos en general. Por último, la existencia de prostíbulos hace disminuir el rufianismo, ya que las mujeres públicas necesitan «protección» sobre todo cuando tienen que moverse libremente.

El § 229 del Proyecto de 1962 tipifica con toda meticulosidad la trata de blancas. En opinión de von Schumann, sin embargo, dicho comercio es algo que actualmente sólo pertenece al mundo de las películas. Según los informes de la Interpol, en los casos de la llamada trata de blancas de los que se ha tenido que ocupar, todas las personas objeto del comercio estaban de acuerdo con el fin y el destino del viaje.

El § 221 del Proyecto castiga la publicidad de procedimientos y medicos anticonceptivos, así como la venta pública de estos últimos, si con ello se lesionan las buenas costumbres. Schumann cree, en cambio, que lo que hay que tratar de alcanzar es un mayor conocimiento por parte de los ciudadanos de las posibilidades anticonceptivas, ya que éste es el procedimiento más indicado para impedir profilácticamente los abortos criminales. Dentro de esta conexión, von Schumann opina que el comercio sexual prematrimonial no es considerado ya algo inmoral, apoyando esta tesis con datos del Departamento Federal de Estadística: En la República Federal de Alemania, aproximadamente, el 70 por 100 de los primogénitos han sido engendrados antes del matrimonio.

Tras estudiar el problema de la castración voluntaria y el del aborto por indicación ética, von Schumann pasa a ocuparse de la homosexualidad. En el Proyecto de 1962 se establecen importantes limitaciones respecto del Derecho vigente. La masturbación recíproca dejará de ser punible: en el fu-

turo § 216, que castigará la homosexualidad, sólo podrán subsumirse acciones análogas al coito. No es posible entrar aquí en los argumentos de todo tipo —históricos, jurídicos, médicos, psicológicos— a que acude el autor para demostrar lo desacertado de prohibir, bajo la amenaza de una pena, la homosexualidad entre varones adultos. Me limito a recoger un interesante dato al que hace referencia von Schumann: En una encuesta de carácter universal realizada en 1957 por la Organización Internacional de Policía Criminal, negaron la mayoría de los países consultados que la homosexualidad tenga una especial significación delincencial.

ENRIQUE GIMBERNAT

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Tomo 75, 1963, fasc. 4.

ROXIN, Claus: Die provozierte Notwehrlage («La situación de legítima defensa provocada»).

El trabajo de Roxin es una contribución importante para la delimitación del derecho de defensa. Según la opinión dominante en la doctrina alemana (recogida en las propuestas de Eb. Schmidt y Schwalm en la Comisión de reforma del Código penal alemán) no se da la eximente cuando la situación de defensa ha sido provocada «intencionadamente» por el sujeto. Según la teoría de la «actio illicita in causa», formulada por Baumann y sustentada también —con variaciones importantes, que no podemos detallar aquí— por Lenckner y Schröder, la conducta defensiva del provocador que lesiona los bienes jurídicos del provocado está amparada por la legítima defensa, pero el provocador responde de la lesión de dichos bienes jurídicos —a título de dolo o culpa— por haber provocado la situación de defensa.

Roxin pone de manifiesto la fragilidad de esta construcción de la «actio illicita in causa», en relación con la fundamentación de la causa ilícita, la justificación de la conducta defensiva del provocador y las consecuencias que se derivan para la autoría y la participación y la delimitación de los actos preparatorios y la tentativa.

Roxin considera, acertadamente, que sólo mediante el principio del abuso de los derechos (el abuso es un límite inmanente de todos los derechos) es posible delimitar correctamente en estos casos el derecho de defensa. Rechaza, sin embargo, el criterio de la opinión dominante, por ser, en un sentido, demasiado amplio (la provocación intencional de la situación de defensa excluye siempre la justificación), y en otro, demasiado restringido (porque no tiene en cuenta los casos en que la provocación no es intencional, pero es dolosa, culposa o de algún otro modo culpable).

Roxin agrupa los casos que se han presentado en la práctica de su país. Distingue en el plano subjetivo según que la situación de defensa haya sido creada intencionada, dolosa, culposamente o de otro modo culpable. En el plano objetivo distingue según que la acción provocadora sea exigida por el

Derecho, autorizada por el Derecho, antijurídica o reprochable desde el punto de vista de la Ética social. En la provocación intencionada y dolosa de la situación de defensa llega a las mismas conclusiones. Si la conducta provocadora era exigida por el Derecho o era jurídicamente lícita, el sujeto puede invocar la legítima defensa para rechazar la agresión injusta del provocado. En el primer caso, la intención o dolo del sujeto no puede alterar el sentido social de la acción. En el segundo supuesto, para llegar a esta solución, Roxin se ve obligado a rechazar (de un modo convincente a mi juicio) la opinión dominante en la doctrina y en la práctica alemanas de que el ánimo de defenderse debe ser predominante, o al menos no debe quedar relegado por el de lesionar u ofender. Roxin cree que basta el dolo de la defensa, es decir que el ánimo de defenderse se dé junto a otros y aunque ocupe un lugar secundario.

Cuando la conducta provocadora era antijurídica —pero no constituía agresión ilegítima, que pudiera servir de base, a su vez, a la legítima defensa— el procesado queda privado, según Roxin, del derecho de defensa. Al crear, intencionada o dolosamente, la situación de defensa con una conducta antijurídica abusa del derecho de defensa. No puede invocar ya la representación y defensa del ordenamiento jurídico, ni la necesidad de autodefensa (porque se ha colocado voluntariamente en la situación de defensa para lesionar a otro). Lenckner, como ya antes nuestro Silvela, observa que el provocador se ve entonces en la dura alternativa de tolerar la agresión «injusta» del provocado o defenderse. Roxin señala, sin embargo, que su criterio (que es en este punto el de la opinión dominante) no implica una legalización de la venganza privada del provocado, porque la conducta de éste sigue siendo antijurídica y que no existe, en rigor, un deber de tolerar la agresión por parte del provocador. En la práctica, sin embargo, la negación del derecho de defensa implicará muchas veces un deber de tolerancia. Es cierto, sin embargo, que el reconocimiento del derecho de defensa implicaría una contradicción con el fundamento de la eximente (la defensa del Derecho y la necesidad de la defensa).

Si la conducta provocadora es reprochable, desde el punto de vista ético-social, queda privado también su autor, según Roxin, del derecho de defenderse. También aquí el provocador abusa del derecho de defensa.

Cuando la provocación es culposa o el que provoca dolosamente no prevé o confía en que no se produzca la reacción antijurídica del provocado, o la reacción excede de los límites previstos, el provocador está amparado por el derecho de defensa. Es cierto, dice Roxin, que no puede invocar ya la calidad de defensor del ordenamiento jurídico, pero sí la necesidad de defensa. El provocador no ha contado con la agresión, se ve sorprendido por ella y necesita, por tanto, ayuda. Es preciso, sin embargo, que el provocador no pueda sustraerse a la agresión. Si puede hacerlo y se defiende, abusa de su derecho. En el mismo sentido resuelve Roxin los casos en que la provocación no es culposa —por faltar la culpa respecto a la creación de la situación de defensa—, pero es de algún modo culpable.

En la sección de Derecho comparado se publican artículos de Solnaf, «Los principios fundamentales del nuevo Derecho penal checoslovaco» y Simson, «La evolución del Derecho penal y el Proyecto de Código penal alemanes desde el punto de vista sueco».

* * *

Las recensiones bibliográficas versan esta vez sobre Filosofía del Derecho y coren a cargo del Prof. Engisch y el Dr. Fiedler.

JOSÉ CEREZO MIR

E S P A Ñ A

Revista Española de Derecho Militar

Número 18. Julio-Diciembre 1964

La parte penal de este número está relegada a la sección de «notas», pues en la preminente de «estudios» publica artículos de otras materias, pues no hay que olvidar que se trata de una revista general, dentro de la especialidad militar.

He aquí los trabajos aludidos:

HERNANDEZ OROZCO, Joaquín: Notas sobre el Derecho penal suizo (páginas 57 a 91).

El estudio de un Derecho extranjero no supone un estudio de Derecho comparado, sólo un presupuesto de él. Este presupuesto trata de llenarlo el presente trabajo, que empieza exponiendo a grandes rasgos las características de la organización política suiza y como consecuencia de la primacía del Derecho federal sobre el cantonal, con el ámbito de competencia de los organismos federales y su consecuencia sobre el ordenamiento jurídico penal militar de aquella nación, cuyas leyes fundamentales se enumeran.

La evolución histórico-legislativa del Derecho penal militar suizo la hace refiriéndola a los tres períodos de la evolución política de aquel país: El de la Confederación antigua, en el que predomina el espíritu alemán y en que el ejército se forma por el conjunto de el de los cantones, que conservan sus características y leyes propias, hasta cuando los suizos pasan a servir en el ejército de otros Estados, con exclusión de las ordenanzas de éstos, si bien por la asistencia de individuos de diversos cantones en los regimientos suizos, se apliquen, como ocurrió en Francia y en España, la Ordenanza de Carlos I y V, llamada la Carolina; el de la hegemonía francesa durante el período napoleónico, con la promulgación de un Código penal militar, casi inaplicado; el del pacto confederal de 1815, caracterizado por la dependencia directa del Ejército de la Dieta y la existencia de coroneles

federales, aunque el reclutamiento, instrucción y armamento de los Cuerpos militares estuviere atribuida a los Cantones, dándose en la ley de 1877, frutos de los esfuerzos unificadores, lo que puede ya llamarse Código Penal Militar suizo, y la del Estado federal contemporáneo, en el que se acentúa el predominio de las autoridades federales con la promulgación de la ley federal sobre justicia penal de las tropas federales, que rige hasta la entrada en vigor del actual Código penal militar único de 1928.

El resto del trabajo es la consideración del acierto y oportunidad de su promulgación, las críticas y alabanzas que ha merecido y su característica y estructura, haciendo notar su parabolismo con el Código penal ordinario, cuya elaboración se suspendió para darle paso, finalizando con una amplia bibliografía sobre el tema.

VEJAR VAZQUEZ, Octavio: Las garantías individuales en la jurisdicción castrense mejicana (pág. 91 a 101).

La garantías penales y procesales establecidas en la Constitución son de plena aplicación en la jurisdicción castrense, que no podrá extenderse nunca hasta comprender personas no militares. Un juego de recursos que estudia, en el que está comprendido el de amparo, sirven para hacer valer estas garantías, que sólo pueden suspenderse en todo el país o en parte de él y por tiempo limitado, en casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquier otro que ponga en grave peligro la sociedad. Para ello es necesario el acuerdo del Presidente, del Consejo de Ministros, del Congreso o de su Comisión permanente.

* * *

El número contiene las acostumbradas secciones de recensiones y noticias de libros, la más completa, que yo sepa, de esta rama del Derecho, Información, Legislación, y en este número la ley belga sobre objetores de conciencia y Jurisprudencia, que es sabido recoge la del Consejo Supremo de Justicia Militar y Tribunal Supremo.

DOMINGO TERUEL CARRALERO.

Revista de Derecho de la Circulación

Año I, núm. 5.º, mayo 1964

En éste número se contienen dos trabajos doctrinales: «Consideraciones sobre la naturaleza del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la Ley de 24 de diciembre de 1962», por J. María Blanc Díaz; y «El Derecho de la circulación en las Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo, Memoria de 1960», por J. Calvillo.

El primero de los señalados estudios es de Derecho privado, y el segundo

de índole procesal, en su mayor parte, por lo que no creemos de interés su comentario desde el punto de vista del Derecho penal.

GERARDO ENTRENA CUESTA

Año I, núm. 6.º, junio 1964

LOPEZ-MUÑIZ GOÑI, M.: «Investigación de accidentes. El caso de la bombilla encendida». Págs. 377 a 381.

Se comenta un accidente de carretera. En principio, el conductor del vehículo siniestrado afirmó que había sido deslumbrado, cuando marchaba con luz de cruce, por un automóvil que circulaba en sentido opuesto, lo que motivó que se estrellara contra un árbol.

Sin embargo, en el filamento de la luz de carretera de la bombilla del vehículo siniestrado se observó la presencia de óxido, lo cual asevera que en el momento del accidente no era la luz de cruce la que el automóvil llevaba, sino la de carretera.

Se pudo comprobar que el accidente fue debido al hecho de haberse dormido el conductor.

GERARDO ENTRENA CUESTA

Junto con los dos trabajos recensionados se publican en este número, en su sección doctrinal, otros dos: «Cuestiones procesales de la Ley de 24 de diciembre de 1962: Momento adecuado, para el ejercicio de la acción directa contra el asegurador» (Ferrer Martín), y «El auto del procesamiento y la Ley de vehículos de motor» (J. Vicente Chamorro), que por su índole exclusivamente procesal no nos detenemos a estudiar.

GERARDO ENTRENA CUESTA

Año I, núms. 7.º y 8.º, julio-agosto 1964

LATOUR BROTONS, J.: «La culpa del perjudicado». Págs. 425 a 433.

Distingue el autor al hacer su estudio según que la culpa del perjudicado en la producción del resultado dañoso concorra o no con la del agente.

En el supuesto de que el resultado dañoso se deba única y exclusivamente a culpa del perjudicado, ésta habrá de soportar todas sus consecuencias, ya que el ordenamiento jurídico le niega toda pretensión de indemnización contra tercero. Examina el autor, en apoyo de su tesis, una rica gama de sentencias de nuestro más alto Tribunal, así como lo que en

el artículo 39 de la Ley de 24 de diciembre de 1962 se dispone al respecto, diciendo que habrá de tenerse en cuenta para determinar la culpa o negligencia del perjudicado «la diligencia media ajustada a la normalidad del tráfico», sin que sea preciso que su conducta sea ilícita, bastando con el comportamiento antirreglamentario del mismo, al descuidar en su propio interés las reglas de la circulación.

El problema de la coexistencia de culpa de agente y perjudicado en la producción del daño, afirma el autor, se da con harta frecuencia en la práctica judicial: bien por haberse producido realmente una concurrencia de culpas, o bien como expediente adecuado para la exculpación del agente.

Dicha concurrencia encontrará siempre adecuada solución en el juego de la compensación judicial.

Esta doctrina ha encontrado franca acogida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, siendo la de 14 de octubre de 1957 la que perfila y postula la doctrina más acabada de nuestra jurisprudencia al respecto.

En cambio, ha venido siendo axiomático, en la doctrina penal, el principio de la no admisión de la compensación en supuesto de concurrencia de culpa de agente y perjudicado, por entender que la imprudencia de la víctima no puede estimarse como causa eficiente del resultado, sino como mero cooperador en el proceso de causalidad.

El autor, estudiando los artículos 61, 565, 586, 600 y 601 del Código penal, llega a la conclusión de que puede admitirse la compensación judicial de culpas en el Ordenamiento penal; con el fin de facilitar normas flexibles y de estricta justicia para enjuiciar en toda su justa dimensión la variada y rica gama de hechos que nos presenta la circulación de hoy en día.

G. E.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: «Comentarios a la Doctrina jurisprudencial. De la penalidad en la imprudencia: Interpretación del párrafo 4.º del artículo 565 del Código penal». Págs. 433 a 444.

Tres son las direcciones seguidas por la doctrina jurisprudencial respecto a la penalidad de la imprudencia:

a) La pena que procede degradar es la del delito intencional, que sirve como módulo o tope a la penalidad de la imprudencia (S. 25-I-1963).

b) La pena que corresponde degradar es la que a la imprudencia temeraria o a la simple, con infracción de reglamentos, se señala en los dos primeros párrafos del artículo 565 (S. 2-XII-1963).

c) La pena a imponer es la que resulte más adecuada al delito doloso del caso concreto, que ha de ser siempre inferior a la del doloso correspondiente (S. 1-VII-1963).

La primera de estas tres interpretaciones es la que tiene un mayor arraigo histórico y ha venido señoreando nuestra doctrina y práctica hasta fecha reciente. «Un perezoso hábito mental, afirma el autor, al que no fue-

ron ajenos nuestros legisladores, no hace pensar sistemáticamente que el delito de daños, atentatorio contra el patrimonio, es menos grave que el de lesiones», pero lo cierto es que en nuestro Derecho positivo los daños dolosos, cuando llegan a ciertas cuantías, son sancionados con penas de multa que, si por obra y gracia de una decisión legislativa están situadas en las escalas graduales por debajo de las de arresto mayor, en la práctica pueden representar más grave sanción e incluso una privación de libertad que llegue a 180 días, esto es, idéntica al máximo de aquella pena de arresto y que además, cuando afecta a penados solventes, no se benefician de la suspensión condicional. Por lo que si esto ocurre en el terreno de los delitos dolosos, otro tanto sucede en los ejecutados culposamente.

Para salvar este escollo se inicia una nueva corriente a la cual pertenece la S. 2-XII-1963. Pero si la pena a degradar es la de la imprudencia, y si el párrafo cuarto del artículo 565 dispone que la pena a aplicar en ese caso es «la inmediata inferior», resulta que en los supuestos de imprudencia temeraria correspondería imponer según las escalas de los artículos 70 y 73, arresto mayor, sin poder llegar a la multa, que es inferior en dos grados con lo que ciertas imprudencias resultarían sancionadas igual o más gravemente que el correlativo delito doloroso.

De aquí que surja la tercera dirección, a la que corresponde la S. 7-VII-1963.

En suma, históricamente la interpretación tradicional del párrafo 4.º del artículo 565 es la que responde mejor a los propósitos de sus redactores y se acomoda a los criterios seguidos por el legislador en los distintos Códigos penales; gramaticalmente, cualquiera de ellas satisface la redacción del precepto; lógicamente es la interpretación tradicional la que mejor permite cumplir el mandato de la degradación de la pena inmediata, y sistemáticamente, la norma de degradar la pena del delito-tipo perfecto (el doloso) es la utilizada precisamente en todos los casos de comisión disminuida e imperfecta. No obstante lo cual, quedan subsistentes problemas que el autor considera en su trabajo.

G. E.

CASTRO PEREZ, B. F.: «Circunstancias de irresponsabilidad en el Derecho de la circulación». Págs. 361 a 377.

Partiendo el autor del concepto de libertad llega a la afirmación de que todo hombre, por el hecho de serlo, puede elegir en su actuar. No es bueno ni malo por naturaleza, dice, es simplemente desfalleciente, como ya señaló Hauriou.

Pues bien, a elegir, la persona puede violar una norma reguladora de la convivencia humana. De aquí surge el concepto de responsabilidad. Esta será distinta, según el tipo de norma lesionada, social, moral o jurídica. Y en el tercer supuesto puede incidir sobre lo público o sobre el aspecto privado.

¿Qué se requiere para que se produzca la responsabilidad? La conjunción de cinco elementos esenciales, que el autor enumera y explica:

1.º La realización de una conducta humana voluntaria. Dentro del término «conducta» se considera tanto la acción como la omisión.

2.º Resultado dañoso.

3.º Que tal daño haya sido motivado por la conducta del sujeto imputable.

4.º Actitud psicológica del agente, que da lugar a culpabilidad del mismo (dolo o culpa).

5.º Al lado de la disconformidad subjetiva anterior de la voluntad con la norma, para que el sujeto pueda ser inculcado, debe existir otra disconformidad objetiva de la conducta con la norma, la antijuricidad.

Para que estemos a presencia de un hecho responsable es requisito imprescindible que concurren todos y cada uno de los elementos anteriormente señalados. Por ello, cualquier causa que haga desaparecer a alguno de los mismos dará lugar, en opinión del autor, a que la acción sea considerada lícita «ab initio». Se examinan, pues, a continuación las causas que pueden dar lugar a la irresponsabilidad, siendo de notar la singular finura del autor al considerar las que hacen referencia a la ausencia de acción, culpabilidad y antijuricidad.

Se critica por B. F. Castro Pérez, por último, el establecimiento de la responsabilidad objetiva en el Derecho de la circulación, y apoya su argumentación en el mensaje de S. S. Pío XII dirigido al VI Congreso Internacional de Derecho Penal.

G. E.

ESTADOS UNIDOS

The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science

Volumen 55, núm. 1.º, marzo 1964

De las diversas colaboraciones que contiene el presente número del «Journal», suscitan, a nuestro modo de ver, especial interés las que siguen:

KITTRIE, Nicholas N.: «A post mortem of the Eichmann case the lessons for international law» («A posteriori» del caso Eichmann. Lecciones que el mismo suscita para el Derecho internacional); págs. 16 y ss.

¿Promoverá el caso Eichmann una evolución aceptable del Derecho internacional? Formulándose tal pregunta el articulista (que ha sido, entre otros cargos, Asesor de la Minoría en el Comité Judicial del Senado, Subcomité contra los Truques y Monopolios norteamericanos), nos esboza el ámbito dentro del cual se desarrolla su trabajo, consistente en una investigación en orden a cómo los conceptos del Derecho internacional resultaron afectados por la captura, el proceso y la condena de Eichmann.

EPSTEIN, David M.: «Advance notice of alibi» (Aviso de la coartada); páginas 29 y ss.

En este artículo su autor hace observaciones acerca del frecuente interés con que pueden considerarse aquellas normas legales por las que se exige que, para que el procesado pueda aducir la existencia de coartada en su favor, ha de dar noticia previa de la misma a la acusación.

BAKER, J. E.: «Inmate self-government» (Autogobierno de los reclusos); págs. 39 y ss.

El autor de este trabajo, guardián asociado adscrito a los servicios terapéuticos de la Penitenciaría norteamericana de Terre Haute, en el Estado de Indiana, comienza inquiriendo si verdaderamente es el auto-gobierno o la auto-administración de los propios reclusos un concepto cuya utilidad se conserva en los sistemas correccionales de su país; y es, contestando a tal cuestión, cómo en el artículo se examinan todos los aspectos que el susodicho auto-gobierno sugiere con propósitos específicos, en orden al provecho real que cabe esperar del «consejo de reclusos», que aún funciona en alguno de los sistemas aludidos.

D. ROBIN, Gerald: «William Douglas Morrison (1852-1943)»; págs. 48 y ss.

En este artículo, publicado bajo el epígrafe genérico de los «Pioneers in criminology», a que ya nos vino habituando el «Journal», su autor, aspirante al Doctorado por el Departamento de Sociología de la Universidad de Pennsylvania, hacia el Profesor de la cual, Thorsten Sellin, dedican una mención de gratitud por haberle resaltado la personalidad del biografiado, William Morrison; se consideran las aportaciones de éste respecto al estudio del delito y causas del mismo, debiendo recordarse al respecto que el reverendo Morrison, rector que fue de Saint Marylebone, en Londres, desde 1908 a 1943, prestó sus servicios como Capellán en el Servicio de Prisiones de Su Majestad desde 1883 a 1898, despertándose en él, como consecuencia de su experiencia penitenciaria, un gran interés por la penología y criminología, interés cristalizado en sus dos libros sobre el delito de los adultos y de los jóvenes, así como en numerosas colaboraciones a revistas y periódicos. El señor Robin expone los criterios de Morrison y los enjuicia con la perspectiva peculiar del criminólogo común.

GERALD ROBIN: «Gang member delinquency: its extent, sequence and typology» (Delincuencia del bandolero, su ámbito, modalidades y tipología); págs. 59 y ss.

Hasta en aquellas obras monumentales, como «The gang» (La banda), de Thrasher (2.ª ed., 1960, y «Juvenile delinquency and urban areas», de

Shaw y McKay, no hay un estudio sistemático, como dice el autor de este artículo, de la actividad del miembro de una banda de delincuentes.

En relación con ello, una cantidad importante de datos empíricos, no utilizada todavía en forma adecuada, y que puede consultarse en los registros de la policía, puede también brindar la confirmación, asimismo objetiva de las hipótesis hasta ahora admitidas al respecto, o promover, por el contrario, la adopción de otras nuevas más eficaces, que permitan el conocimiento más completo del delito de los adolescentes.

DAVIS, George F.: «A study of adult probation violation rates by means of the cohort approach» (Un estudio de los porcentajes de quebrantamiento del régimen de prueba (y bajo palabra) por el método de «cohort approach»); págs. 70 y ss.

Basado, indudablemente, en los estudios previos que al respecto constan en los Informes emitidos por el Departamento de Salud Pública del Estado norteamericano de Wisconsin, el autor nos ofrece aquí un concienzudo trabajo sobre las expectativas de predicción de los recursos de quebrantamiento de las condiciones impuestas a los sometidos a los aludidos regímenes de prueba y «on parole».

JOSE SANCHEZ OSES.

FRANCIA

Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal

Número 4.º de 1964

Preceden a este número de la «Revue», que se edita bajo los auspicios, tanto de «Société Générale des Prisons et de Législation Criminelle», como de la «Union des Sociétés de Patronage de France», sendas notas necrológicas, que no podemos por menos de suscribir en natural y obligada condolencia de profesionales del Derecho, en memoria de Charles Germain, Abogado ante la «Cour de Cassation», miembro del Consejo de Administración de la primera de las Entidades que acabamos de citar, autor de lo que con modestia tituló «Éléments de Science Pénitentiaire», Director que fue de Administración Penitenciaria del Ministerio de Justicia, y al que, entre múltiples esfuerzos que realizó en pro de la reforma penitenciaria, se debe el establecimiento, en Fresnes, del Centro Nacional de Orientación, la conquista legislativa que supone lograr adquiriese en su país carta de naturaleza el régimen de «probation», hasta entonces sólo aplicado a título experimental. En recuerdo de tanto bien como hizo a la humanidad el que fue Presidente de la «Fondation Internationale Pénale et Pénitentiaire», unimos nuestros sentimientos a los del Sr. Paul Amor cuando éste dirige a la viuda e hijos de Charles Germain la expresión de sus sinceras condolencias.

Otra nota triste en memoria de Louis Hertz (1901-1964), juez que fue por espacio de casi veinte años encargado de la ejecución de penas en la Prisión-Escuela de Oermingen, en la baja Alsacia-Lorena, donde son remitidos todos los penados jóvenes de cualquier rincón de Francia, cual en última tentativa de recuperación. Caracterizaron al fenecido Hertz las prendas personales de bondad, altruismo y confianza en los demás.

LEVASSEUR (Profesor): «Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle».

Como Ponencia para la Asamblea General de la «Société Générale des Prisons», que tuvo lugar en 30 de mayo del pasado año, aún que pensando también en el ulterior Congreso de la «Association Internationale de Droit Pénal», el citado Profesor Levasseur leyó un estudio muy cuidado e interesante acerca de los problemas suscitados por la represión de infracciones contra la familia y por el estudio sobre la conveniencia o no de reglamentar la actitud sexual de los individuos, si bien en el estudio referido se aunan ambos aspectos al enfocarlos desde la perspectiva de las «soluciones legales francesas en la represión de un comportamiento sexual antifamiliar».

Toda vez que ni la protección física, ni la de índole pecuniaria, sino la protección moral de la familia puesta en peligro por consecuencia de ciertos comportamientos sexuales, es lo que ha constituido la esencia del estudio en cuestión, no es de extrañar (a aquellos de nuestros lectores que a la consulta directa del tema reseñado acudan) el no ver en el mismo abordados de un modo sistemático, ni los atentados al pudor, con o sin violencia, ni la violación, ni el atentado al público recato, especialidades que tan sólo se rozan, valga la expresión en tanto en cuanto las mismas han sido realizadas en el ámbito familiar y en la medida en que las mismas puedan llegar a ser elemento constitutivo de la infracción, o incluso una circunstancia agravante.

Por razón idéntica no han sido considerados ni la prostitución ni el proxenetismo más que por el peligro que estas actividades pueden implicar para la familia, ya que, como bien hizo notar anteriormente el Sr. Sacotte («Revue Pénitentiaire», 1963, pág. 398), es en familias que adolecen de alguna desunión donde la prostitución tiende a efectuar sus reclutas, aparte de ser aquélla el origen del abandono de millares de niños (la mayor parte de las prostitutas son madres de criaturas que éllas no pueden atender en condiciones normales).

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que el abandono familiar no debe excluirse al tratar de las cuestiones en un principio enunciadas, ya que tal hecho es frecuentemente la consecuencia de la inconstancia de los esposos en la elección de compañía; el mero amancebamiento culpable aboca la ruptura del hogar, al abandono, incluso al solamente pecuniario, del que pueden seguirse otras irregularidades.

Por lo que a la inmoralidad sexual atañe, aunque ésta a veces no llegue a turbar el orden público, debido a las precauciones de «discreción» de que puedan rodearse en sus actividades censurables los adultos participantes,

no por ello puede desconocerse el dato que aquéllas ha de causar a las familias, a la firmeza de los lazos familiares e incluso a la propia esencia de la constitución familiar y, consecuentemente, al desarrollo y estabilidad de la misma.

Con tales antecedentes es como el profesor Levasseur abordó los conceptos fundamentales de la legalidad francesa en la materia, así como la evolución experimentada en la legislación del país vecino; la incriminación y la represión de las infracciones contra la familia y la moralidad sexual en Derecho francés vigente; la protección del matrimonio y de la familia mediante el resepto al principio monogámico; la protección penal de las obligaciones conyugales, especialmente en el ámbito sexual, en el que no se descarta por el ponente la enorme dificultad que entraña la difícilísima percepción de irregularidades, excesos, atropellos y degeneraciones que tengan lugar al amparo precisamente de la protección legal que depara el hogar familiar. Igualmente se considera, a la luz de la legalidad francesa en vigor, la protección de la natalidad, la «protección de la libertad ajena contra los abusos de la (pretendida) libertad sexual» (atentados con violencia o sin ella; la represión de los procederres que entrañan perjuicio a la dignidad humana y producen perturbación social, incitación al desenfreno de los menores; atentados a las costumbres por medio de la prensa, control de espectáculos, etc.

Concluyó la moción con el análisis de los métodos tradicionales de represión para tal clase de infracciones, así como de los de índole terapéutica.

A lo largo de esta publicación periódica se pueden consultar asimismo los trabajos de M. R. Schmelck sobre el «Régimen de los establecimientos penales» estudio no menos meritorio y documentado, en el que se exponen datos muy ilustrativos acerca de experiencias logradas en establecimientos de la clase aludida como los de Caen, Prisión-Escuela de Loos, casa de detención en Evreux; régimen de prueba y ayuda post-penal; libertad condicional, instituciones y aportaciones de origen privado o particular; problemas del personal penitenciario, especialista y no especializado, formación del mismo; edificios, su explotación y mantenimiento; trabajos penitenciarios; estadística de trabajos ejecutados en los establecimientos penales franceses durante el año 1963; la Inspección, función del asesor pedagogo; la del inspector médico.

J. S. O.

Igualmente contiene este número de la «Revue» una Crónica de criminología clínica a cargo del Sr. Badonnel, Jefe-Médico del C. N. O.; un estudio sobre el Centro nacional de estudios e investigaciones penitenciarias, por G. Picca; a más de otras crónicas extranjeras a cargo del Dr. Herzog, por Alemania, y de J. C. García Basalo, por Argentina.

Por cuenta del «Boletín de la Unión de Sociedades de Patronato Francésas» se inserta en el propio número un trabajo-informe, suscrito por el señor Jean Foyer, sugiriendo a la Presidencia de la República unas bases de «Reorganización del Ministerio de Justicia francés»; otro informe anual de la Dirección de Instrucción Vigilada, con unos anexos sobre Delincuencia.

juvenil, Protección a la Infancia y a la Adolescencia en Peligro, Tutela de los albergues familiares y otras cuestiones con tales temas conexas.

Por cuenta de la señora Jean Catry, su fundadora, se publica un informe sobre la «Obra de reeducación mediante el trabajo, en Lila», amén de otras noticias sobre instituciones o fundaciones similares.

J. S. O.

Revue Pénitentiare et de Droit Pénal

En esta publicación donde periódicamente condensan, cual bien sabe la mayoría de nuestros lectores, sus «Boletines» respectivos la «*Société Générale des Prisons et de Législation Criminelle*» y la «*Union des Sociétés de Patronage de France*», aparece, en la Sección de «*Crónicas Extranjeras*», una colaboración del Magistrado Don Domingo Teruel Carralero, la que se nos permitirá reseñemos en primer lugar, no ya por tratarse de un muy ilustre compatriota, sino también por consistir en un delicado y emotivo homenaje a la memoria del Profesor Cuello Calón, con quien tan asiduamente trabajó el señor Teruel Carralero.

Bajo el epígrafe: «*Ya no explicará más Cuello Calón*» («*Maintenant, Cuello Calón n'enseigne plus*»), El señor Teruel evoca la pérdida que hemos experimentado con la pérdida del maestro inolvidable, haciendo constar como el mismo era especialista en problemas penitenciarios, recordando que la célebre «*Penología*», por vez primera publicada en 1920, acaso fuese el trabajo del maestro que más notoriedad comenzó a brindarle.

Seguidamente evoca también el señor Teruel que precisamente uno de los trabajos que últimamente vino dedicándose con más ahinco el fenecido Profesor fué la «*Nueva Penología*», obra de la que sólo pudo aparecer el primer volumen, de setecientas páginas, donde se abordaron cuestiones tan sugestivas cuales la de la conveniencia constante de una mayor intervención judicial en la ejecución de las penas; la de que la Penología, si bien estrechamente relacionada con la Criminología, no constituye una mera parte de esta última; la de que el fin principal de la pena es la realización de la justicia, sin perder en éllo de vista la prevención especial; que la pena debe individualizarse, y nada mejor al efecto que la sentencia indeterminada; que la pena de muerte es susceptible de supresión donde los delitos violentos sean escasos; la conveniencia, en fin, de sustituir las penas cortas de reclusión por medidas de seguridad adecuadas, el perdón y el trabajo obligatorio.

Enumera, después el señor Teruel Carralero cuestiones de las que también se ocupó el Profesor Cuello Calón en diversos artículos; tales: «*Vicisitudes y Panorama Legislativo de la Pena de Muerte*»; «*Las Medidas de Seguridad*»; «*Tratamiento de los Delincuentes en Libertad*» (Régimen de Prueba), etc.

En un breve y certero esquema biográfico, señala también el señor Teruel las Cátedras que desempeñó el Profesor Cuello Calón, de cómo éste se consagró, en la más rigurosa acepción del vocablo, a la enseñanza del Derecho penal y de las Ciencias del mismo orden; mas, en lo que se supera,

si cabe, el señor Teruel, es en la gallardía con que proclama otra gran verdad: la de que el Profesor Cuello Calón fue un «adelantado», acaso el más preclaro, en esa larga y difícil lucha en pro de una jurisdicción especial para la delincuencia juvenil, como ahora se dice.

No podemos por menos de elogiar esa gallarda actitud del señor Teruel, por ser otra gran prenda de las muy buenas que le adornan y, en compensación, puede abrigar la seguridad de que si, como desgraciadamente es cierto, como aquél mismo expresa con frase inevitablemente acongojada: «que ahora ya no enseñará más el Profesor Cuello Calón»; mientras quedan discípulos del mismo, tan competentes y leales al maestro como el señor Teruel Carralero, la pérdida por ausencia tan irreparable será siempre más soportable.

* * *

Para no hacer excesivamente extensa la reseña presente, permítasenos ofrecer ahora al lector una escueta reseña del resto del contenido de este número de la «Revue Pénitentiaire», haciendo constar al respecto que en él, se publica asimismo una referencia sobre la sesión celebrada en París, el 24 de octubre de 1964, dedicada a la «Oportunidad de utilizar el sistema conjunto socio-dramático en el tratamiento de delincuentes adultos» a cuya sesión concurren, además del propio señor Teruel Carralero, nuestro también compatriota señor Carretero Pérez.

Insértase luego una «Crónica de Criminología Clínica», particularmente enfocada a las «reacciones agresivas de los maniáticos», a cargo del Dr. Badonnel, Médico Jefe del C. N. O. en Fresnes; las ya aludidas «Crónicas Extranjeras», entre las que figura, además de la que hemos dado a conocer en primer lugar, una relativa a la «Detención con fines de tratamiento según la Ley canadiense sobre estupefacientes», trabajo de A. J. Mac Leod, Comisario del Servicio Canadiense de Penitenciarias; y otra alusiva al «Sistema Penitenciario Italiano, desde las perspectivas del régimen legal vigente y de la reforma en proyecto», debida a la pluma de A. Garofalo, Director General de Instituciones para la Prevención y Aplicación de las Penas.

Bajo los auspicios de la «Union des Sociétés de Patronage de France», se publican en este mismo número las correspondientes Secciones de Jurisprudencia, Crónicas administrativa y financiera, donde se trata de Centros regionales para la infancia inadaptada y del empleo de los niños en los espectáculos; Crónicas de las Sociedades de Patronato para Adultos, en que se hace especial consideración sobre los «inadaptados sociales» y el «patronato de liberados».

Tras la Crónica de Revistas, dividida en sendas secciones para Francia, el extranjero y para revistas de ámbito internacional, concluye con una serie de «Noticias» referentes a la Sociedad de Legislación comparada, al Instituto de Derecho Comparado de París, donde pronunciaron conferencias los señores Langmeijer y Paul Cornil, Profesor éste como es sabido en la Universidad de Bruselas, y el cual se ocupó del Régimen de Prueba. Hay finalmente sendas noticias referentes a la sesión conmemorativa organi-

zada por el Instituto de Criminología de la Facultad de Derecho y de Ciencias Económicas de París, y a un curso social en la sede de la Federación Francesa de Trabajadores (diríamos mejor «asistentes» o «técnicos») sociales.

J. S. O.

Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé

Núm. 1, enero-marzo, 1965

LOPEZ REY, Manuel: «Aspects et problèmes de la codification pénale à l'heure actuelle»; págs. 1-50.

Con el anterior artículo el consejero de las Naciones Unidas para la prevención del crimen y el tratamiento de la delincuencia, ofrece su punto de vista en referencia con la seria y delicada cuestión de la codificación penal en la actualidad. Como es natural, y expresamente lo hace constar López Rey, se trata de sus opiniones y no de las del organismo a que pertenece.

Comienza afirmando el autor, en una breve introducción, que los aspectos y problemas de la codificación penal en el momento actual exigen un estudio mucho más profundo que el de un simple ensayo. El movimiento de reforma que día a día se va extendiendo es por demás significativo de la importancia del tema: haría falta no sólo una transformación total de lo que se denomina «administración de justicia», sino también una auténtica reforma penitenciaria. El autor reconoce, la íntima vinculación existente entre un determinado orden político y el orden penal, pero las críticas que lleva a cabo se fundamentan en razones penales y no políticas, incluso en el supuesto de que su opinión sea contraria a determinados regímenes.

En el segundo apartado de tan interesante artículo estudia López Rey los distintos códigos penales y proyectos de reforma más sobresalientes, que proporcionan una visión panorámica de la legislación penal. En referencia con el código español, lleva a cabo inteligentes consideraciones sobre la reforma producida por el texto revisado en 1963. Dedicó también atención a los proyectos existentes en la Argentina, Japón y República Federal Alemana. Es encomiable la elección, pues cada uno de ellos pertenece a tres distintos continentes, si bien en líneas generales su estructura y su contenido viene a ser muy similar. Quizá el reproche de que se trata de proyectos excesivamente jurídicos, técnicos y casuísticos sea por demás justificado.

En el título 3.º de su estudio se trata de las cuestiones de orden general que plantea la codificación penal. El primer epígrafe viene referido a los distintos problemas que giran en torno a la persona y a la comunidad. Persona y comunidad deben ocupar su auténtica situación en el derecho penal y en la criminología. El derecho penal de nuestros días debe refle-

jar: la subordinación, en ciertos terrenos, del Estado y de la comunidad nacional a la comunidad internacional; el respeto y la protección del Estado de los derechos de las comunidades nacionales; y la protección penal que los organismos internacionales, comenzando por la Organización de Naciones Unidas, solicitan en el ejercicio de alguna de sus actividades y funciones, y cuya protección debe cristalizar en los códigos penales nacionales. En referencia con el objeto de la ley penal se afirma que la readaptación es si no el único el más importante objeto de la ley penal. Sin embargo, tal concepción es exagerada. Las razones son las siguientes: una gran parte de los delincuentes, particularmente los primarios, no tienen necesidad de ser readaptados, si por esto se entiende la ayuda a encontrar su puesto en la comunidad; otros nunca pueden ser readaptados; para otros sería inútil por su edad y por la duración de las penas; y por último, otros no merecen el esfuerzo de ser readaptados, tales como los criminales de guerra, los autores de atrocidades y aquéllos que han perseguido sistemáticamente, torturado y ejecutado, a quienes se oponían a ellos y a su régimen. El verdadero objeto de la ley penal, como el de todas las demás leyes ante un conflicto, es el de hacer justicia. Esta afirmación de ninguna forma puede ser considerada como pasada de moda, pues ella no pasa nunca. A continuación ofrece una serie de argumentos que pueden perfectamente compartirse dentro de la presente reflexión. Siguen los epígrafes en los que desarrolla el tema de la extensión de la ley penal y el referente al derecho y criminología.

El 4.º título de éste bien pensado trabajo, se refiere a los numerosos problemas de la codificación. De entre todos ha escogido López Rey los siguientes: ventajas y desventajas de la codificación; cómo hacer un código penal; la responsabilidad penal y la formulación de los delitos en particular. Son por demás interesantes las reflexiones llevadas a cabo en la segunda de las cuestiones, referida a la confección de un código penal, y la variante que supone la trasplatación y a los diferentes métodos que pueden seguirse en la realización de un ordenamiento penal en general.

Finaliza tan interesante contribución al tema con unas consideraciones finales, en las que se destaca la concordancia que debe existir entre la legislación penal de cada país y el momento de desarrollo en que se encuentra el mismo. Condena López Rey el derecho penal dogmático, técnico, sistemático y erudito por excelencia que pertenece al pasado y es causa de una serie de intereses creados y que considera sobre todo como el objeto de una profesión, pero no como la expresión de una función social. Sería interesante, según López Rey, realizar una encuesta para ver las disposiciones de los códigos penales que jamás se han aplicado, lo que pondría de manifiesto una serie de conflictos entre ellas y la realidad.

CORNIL, Paul: «Sursis et probation. La loi belge du 29 juin 1964»; páginas 54-71).

Se trata de una conferencia pronunciada en la sección de Derecho penal y ciencia criminal del Instituto de Derecho comparado de la Universidad de París. Cornil, muy brevemente, lleva a cabo un estudio de ambas instituciones, de su origen, de la terminología utilizada y de los distintos problemas que ambas plantean en inmediata referencia con la ejecución penal en la Ley belga de 29 de junio de 1964. A su juicio, la puesta en práctica de esta ley será difícil y ofrecerá problemas delicados a todos aquéllos que participen en dicha empresa.

ZLATARIC, Bogdan: «La nouvelle législation yougoslave concernant l'exécution des sanctions criminelles»; págs. 73-86.

Se trata de una exposición de la legislación yugoeslava que se encuentra vigente en la actualidad. Su autor lleva a cabo una introducción referente a la relación existente entre la totalidad de un sistema jurídico y el concreto sistema de sanciones criminales. Por demás interesantes son las consideraciones referidas a la ejecución de las sanciones penales y a la protección de las libertades y derechos fundamentales de la persona. A su juicio, la legislación yugoeslava sobre la ejecución de sanciones criminales, adoptada en 1961, presenta un doble interés para los juristas extranjeros: en primer lugar, puede ser objeto de atención por lo que se refiere a su forma y composición técnico jurídica; en segundo lugar, por lo que se refiere a su contenido. Para Zlataric la realidad yugoeslava, en esta concreta materia, no se corresponde con la legislación, pues ésta contiene una serie de reglas jurídicas que deberían ser respetadas en la práctica cotidiana de la ejecución de la sanción criminal.

Sin embargo, el legislador yugoeslavo se encuentra fuertemente inspirado en los grandes valores morales enunciados en el comienzo de su comunicación y que son salvaguardia de los derechos del hombre y del respeto a la dignidad de la persona humana.

En la sección de estudios y «varietés», vienen los siguientes trabajos.

«L'expérience des mesures de sûreté en droit pénal suisse» de Francois Clerc (pgs. 87-103); «La protection du secret de la correspondance au regard du droit pénal» por Jean Pelissier (pgs. 105-117).

Asimismo contiene el presente número las distintas crónicas legislativas, de derecho penal militar, de criminología, de policía, de defensa social, que son habituales en la revista, y la sección informativa y bibliográfica.

NOTICIARIO

INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA

En el presente año académico 1964-65 ha comenzado a funcionar el nuevo Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, bajo la dirección del profesor Dr. D. Juan del Rosal. El Instituto está agregado a la Facultad de Derecho, pero mantiene estrechas relaciones con la de Medicina y Filosofía de las que procede una parte de sus Profesores.

El Instituto de Criminología se propone una doble función: La enseñanza y la investigación en el campo de la Criminología. Para cumplir su primera función ha organizado la docencia a dos niveles: El Curso Elemental, que dura un año y al que pueden inscribirse todos los que lo deseen; y el Curso Superior de dos años de duración, al cual son admitidos solamente Licenciados en una Facultad universitaria o equivalente, y los estudiantes que poseen el Diploma del Curso Elemental. Después de haber aprobado los exámenes, los alumnos reciben el Diploma correspondiente a dicho curso. Para obtener el título de Graduado en Ciencias Criminológicas se requiere estar en posesión del Diploma del Curso Superior y presentar una tesis por un Profesor del Instituto.

Para cumplir la segunda función ha organizado el Instituto un Departamento de Investigación, que estudiará el delincuente y el delito en su ambiente social contemporáneo con el fin de realizar una futura labor profiláctica, penitenciaria y terapéutica del delincuente en el campo de la Política Criminal. Estos trabajos serán desarrollados por un grupo de Investigadores, que se espera agregar al Instituto y en ellos colaborarán los estudiantes durante el tiempo de la redacción de su tesis. También entra en el cuadro de actividades del Instituto la redacción de cuantos estudios sobre materias criminológicas le sean solicitados por Entidades Públicas o Privadas.

Este curso cuenta ya el Instituto con unos cien estudiantes, en su mayoría Licenciados y Funcionarios de los Cuerpos Judicial y de Prisiones. Entre los Profesores y Colaboradores del Instituto forman destacadas figuras españolas y extranjeras.

El Instituto prepara un folleto con el Reglamento, Plan de Estudios y Lista de Profesorado, que será enviado a cuantos lo soliciten de la Secretaría de este Instituto.

El Curso próximo durará desde el 15 de octubre de 1965 al 31 de mayo de 1966. La matrícula se abrirá desde el 1.º de octubre.

PREMIO DE LA SOCIETE INTERNATIONALE DE DROIT PENAL MILITAIRE ET DE DROIT DE LA GUERRE

El premio, de carácter científico, instituído por la «Société Internationale de Droit pénal militaire et de droit de la guerre», será otorgado, por segunda vez, en 1967. Su importe asciende a 1.000 francos franceses. El reglamento para su atribución es el siguiente:

1. Este premio se destina a recompensar un estudio sustancial y original que verse sobre derecho penal militar, derecho disciplinario militar, o derecho de la guerra.
2. Los estudios presentados pueden ser manuscritos o editados en 1964, 1965 o 1966. En igualdad de méritos, un libro será preferido a un artículo, y una obra publicada a un manuscrito. Los idiomas admitidos son: francés, inglés, neerlandés, alemán, español e italiano.
3. El jurado estará compuesto por:
 - M. J. GILISSEN, Vicepresidente de la Societé, primer sustituto del Auditor General, Abogado general del Tribunal militar, profesor de la Universidad de Bruselas (Bélgica).
 - DE NO LOUIS, E., General Auditor, Director de la Sección de Derecho Militar del Instituto Francisco de Vitoria (España).
 - V. VEUTRO, General, Procurador Militar de la República (Italia).
 - J. B. ELLERT, Teniente Coronel, Oficina del Judge Advocate General (Estados Unidos).
 - J. HINZ, Dr., Ministerialrat en el Ministerio Federal de Defensa (República Federal Alemana).
 Sus decisiones son inapelables.
4. Los trabajos presentados deberán remitirse, en cinco ejemplares, al presidente del jurado (M. Giglissen, 155 Avenue des Statuaires, Bruxelles-18 (Bélgica), antes del 1.º de abril de 1966.
5. El Consejo de dirección de la Societé se reserva el derecho de publicar el estudio premiado en la colección de los Recueils de la Societé, o en la *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*.
6. El resultado del concurso será hecho público con ocasión del IV Congreso internacional de la Societé, en mayo de 1967.

NUEVO CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL

Tras reñidas oposiciones ha obtenido la cátedra de Derecho penal de la Universidad de Santiago de Compostela, don José Antonio Sáinz Cantero, que hasta ahora fue Profesor Adjunto de la misma disciplina en la Universidad de Granada.

Nos complace felicitar al nuevo catedrático, colaborador valioso de este ANUARIO.

INDICE GENERAL

TOMO XVIII

Fascículo I

	Páginas
SECCION DOCTRINAL	
El delito de detenciones ilegales en el Código penal español, por JUAN CORDOBA RODA	5
La presunción legal de voluntariedad, por GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO. "Praeter intentionem" y principio de culpabilidad, por MANUEL COBO ...	33
	85
SECCION LEGISLATIVA	
Ley belga referente a la suspensión y remisión condicionales y sumisión a prueba de 29 de junio de 1964, por DOMINGO TERUEL CARRALERO.	119
SECCION DE JURISPRUDENCIA	
De la excusa absolutoria del artículo 226 del Código penal, por JUAN DEL ROSAL	129
Jurisprudencia penal correspondiente a los cuatrimestres segundo y tercero de 1963, por ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG	142
Jurisprudencia procesal penal (Sala 2. ^a del Tribunal Supremo). Segundo cuatrimestre de 1964, por FERNANDO GIBBERT CALABUIG	172
CRONICAS EXTRANJERAS	
La prolongación del plazo de prescripción para asesinato en la República Federal de Alemania. (Breve comentario y traducción de la toma de posición del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Hamburgo), por ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG	216
REVISTA DE LIBROS	
ALBERCA LLORENTE, Román; VALENCIANO GAYA, Luis; SÁNCHEZ-PEDREÑO, José, y ROS DE LIVER, Bernardino: "Psiquiatría y Derecho Penal", por Domingo Teruel Carralero	223
BASTERO ARCHANCO, Joaquín: "El nuevo Código penal de la Rusia Soviética", por Diego Mosquete	224
DAS DANISCHE STRAFGESETZBUCHS "El Código penal danés", por Enrique Gimbernat	225
FERNÁNDEZ ALBOR, A.: "Homicidio y asesinato", por Manuel Cobo ...	225
FESTCHRIFT FÜR HELLMUTH VON WEBER ZUM 70. "Geburtstag", por Enrique Gimbernat	227
LÓPEZ RIOCEREZO, José María: "Labor jurídico-cultural de la Universidad escorialense", por Diego Mosquete	228

Anuario de Derecho penal y Ciencias penales

	Páginas
DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel: "Latidzábal, un penalista ilustrado", por <i>Enrique Gimbernat</i>	228
RODRÍGUEZ DE VESA, José María: "Derecho penal español" (Parte especial), por <i>Manuel Cobo</i>	229
STRAFGESETZBUCH DER RUSSISCHEN SOZIALISTISCHEN FODERATIVEN SOVIET-REPUBLIK: "Código penal de la República Federativa Socialista Soviética Rusa", por <i>Enrique Gimbernat</i>	234
DER STRAFKODE DER UNGARISCHEN VOLSKREPUBLIK: "El Código penal de la República Popular Húngara", por <i>Enrique Gimbernat</i>	235
SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio: "El cheque en descubierto", por <i>Manuel Cobo</i>	236
REVISTA DE REVISTAS	
Alemania	
NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT 1964, por <i>Enrique Gimbernat</i>	238
ZEITSCHRIFT FUR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT.—Fasc. 4, 1963, por <i>José Cerezo Mir</i>	240
España	
REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR.—Julio-diciembre, 1964, por <i>Domingo Teruel Carralero</i>	242
REVISTA DE DERECHO DE LA CIRCULACION.—Mayo, junio, julio-agosto, 1964, por <i>Gerardo Entrena Cuesta</i>	243
Estados Unidos	
THE JOURNAL OF CRIMINAL LAW, CRIMINOLOGY AND POLICE SCIENCE.—Marzo, 1964, por <i>José Sánchez Osés</i>	247
Francia	
REVUE PENITENTIAIRE ET DROIT PENAL.—Núm. 4, 1964, por <i>José Sánchez Osés</i>	249
REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PENAL COMPARE.—Enero-marzo, 1965, por <i>Manuel Cobo</i>	259
NOTICIARIO	257

Revista de libros 223

ALBERCA LLORENTE, Román; VALENCIANO GAYA, Luis; SÁNCHEZ-PEDREÑO, José, y ROS DE LIVER, Bernardino: "Psiquiatría y Derecho Penal", por *Domingo Teruel Carralero*; BASTERO ARCHANCO, Joaquín: "El nuevo Código penal de la Rusia Soviética", por *Diego Mosquete*; DAS DANISCHE STRAFGESETZBUCH: El Código penal danés", por *Enrique Gimbernat*; FERNÁNDEZ ALBOR, A.: "Homicidio y asesinato", por *Manuel Cobo*; FESTCHRIFT FÜR HELLMUTH VON WEBER ZUM 70. GEBURTSTAG, por *Enrique Gimbernat*; LÓPEZ RIOCEREZO, José María: "Labor jurídico-cultural de la Universidad escurialense", por *Diego Mosquete*; DE RIVACOPA Y RIVACOPA, Manuel: "Lardizábal, un penalista ilustrado", por *Enrique Gimbernat*; RODRÍGUEZ DEVEVA, José M.^a: "Derecho penal español" (Parte especial), por *Manuel Cobo*; STRAFGESETZBUCH DER RUSSISCHEN SOZIALISTISCHEN FÖDERATIVEN SOWJET-REPUBLIK: "Código penal de la República Federativa Socialista Soviética Rusa), por *Enrique Gimbernat*; DER STRAFKODE DER UNGARISCHEN VOLSKREPUBLIK: "El Código penal de la República Popular Húngara", por *Enrique Gimbernat*; SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio: "El cheque en descubierto", por *Manuel Cobo*.

Revista de Revistas 238

Alemania: *Neue Juristische Wochenschrift* 1964, por *Enrique Gimbernat*; *Zeitschrift für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, fasc 4, 1963, por *José Cerezo Mir*; España: *Revista Española de Derecho Militar*, julio-diciembre 1964, por *Domingo Teruel Carralero*; *Revista de Derecho de la Circulación*, mayo, junio, julio-agosto 1964, por *Gerardo Entrena Cuesta*; Estados Unidos: *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, marzo 1964, por *José Sánchez Osés*; Francia: *Revue Penitentiaire et Droit Penal*, núm. 4, 1964, por *José Sánchez Osés*; *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, enero-marzo 1965, por *Manuel Cobo*.

Noticario 257

Suscripción anual: España, 300,— pesetas
Extranjero, 400,— pesetas
Numero suelto: España, 125,— pesetas
Extranjero, 150,— pesetas