

Don José Antón Oneca, Magistrado del Tribunal Supremo *

FERNANDO DIAZ PALOS

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

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

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

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

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

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

PARTE GENERAL

LA LEY

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Concurso de normas.

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

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

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

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

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

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

EL DELITO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(4) Ver nota anterior.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ADDENDA

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

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

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

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

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