

UNIVERSIDAD DE BARCELONA
DISCURSO INAUGURAL DEL AÑO ACADEMICO 1971 - 72



ENJUICIAMIENTO
Y
SENTENCIA PENAL

POR EL
DR. D. MIGUEL FENECH NAVARRO
CATEDRÁTICO DE LA FACULTAD DE DERECHO

BARCELONA
1971

PREAMBULO

*Excmo. Sr. Rector Magnífico de la Universidad
de Barcelona;*

Excelentísimos e Ilustrísimos Señores;

Queridos compañeros, alumnos y amigos todos;

Señoras y señores:

La designación por mi Facultad, hace unos meses, para ocupar este lugar en la solemnidad del día de hoy, despertó en mí dos sentimientos encontrados: el primero, de honda satisfacción, ya que tal vez desde que se gana la cátedra, no haya en el plano universitario un momento tan solemne en la vida del catedrático como el de dirigirse a todo el claustro de la Universidad en que se sirve, para impartir lo que es propio de su función, a todos los que la integran; y otro sentimiento de nostalgia, porque este honor, que se concede normalmente una sola vez en la vida del profesor, cuando se pertenece en alma y vida a una Universidad de la categoría de la de Barcelona, con un número tan elevado de claustrales que componen sus seis Facultades, significa que están ya lejanos los tiempos en que se iniciaron las labores docentes. En este mismo trimestre se cumplen los treinta años de aquel momento inolvidable en que fui votado catedrático para la Universidad de Granada, y el mes

pasado se cumplieron veintisiete años de mi incorporación a esta Universidad barcelonesa a la que, con toda mi alma, he dedicado con más o menos acierto, pero con mi mejor voluntad, estos largos años, los mejores de mi vida, poniendo toda mi vocación a su servicio.

Si tuviera que hacer en estos momentos el balance de tantos años, sin otro auxilio que mis recuerdos, la memoria no me suministra más que satisfacciones: Mis alumnos incorporados a la vida y a la sociedad en los más variados lugares y posiciones de los que constantemente recibo, en el caminar de la vida, muestras de respeto, estimación y cariño; mis libros, que han servido para formar generaciones de juristas, tanto en España como en casi toda la América hispana, y que forman parte de las bibliotecas de los Abogados en ejercicio; pero, sobre todo, mis discípulos, formados día a día junto a mí, a los que si algo enseñé o contribuí a su formación, fue mucho más lo que yo aprendí de ellos. Por eso considero un legítimo orgullo traer a estas páginas, y pronunciar, en voz alta los nombres, que se conocen con respeto, del Dr. D. Jorge Carreras Llansana, actual Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra; del Dr. D. Manuel Serra Domínguez, catedrático de la Universidad de Oviedo, y del Dr. D. Manuel Peláez del Rosal, Profesor Agregado de nuestra Universidad, que siguen la misma tradición formativa, de la que es buena prueba, que el primero de los nombrados tenga ya un discípulo formado por él, el Dr. D. Eduardo Gutiérrez de Cabiedes, catedrático de la Universidad de Santiago de Compostela.

Sin nombrarlos individualmente, quiero recordar también a los que, codo a codo, colaboran en mi cátedra: los profesores adjuntos, los ayudantes, los co-

laboradores, los doctores y doctorandos, sin cuya eficaz y continua ayuda nada de lo realizado podría haberse logrado. Justo es rendir este homenaje de gratitud a todos ellos, porque les debo mucho e hicieron posible la labor desarrollada en mi Departamento.

Sólo quiero reivindicar para mí la entera y total responsabilidad del pasivo de este balance. Los errores, las faltas cometidas a lo largo de estos años son entera y únicamente míos, y quiero pedir perdón, en estos momentos, a todo aquél que haya podido ser ofendido o perjudicado por ellos, así Dios me perdone.

A todos estos sentimientos, se sobrepone la conciencia racional de la responsabilidad asumida al aceptar el encargo de mi Facultad para abordar en este trance, el desarrollo de un tema de la disciplina que profeso. Es difícil encontrar un auditorio más sobrecogedor que el que constituís los aquí reunidos, ya que cada uno de vosotros vale más que yo, y juntos potenciais vuestros saberes y vuestra capacidad crítica a alturas inconmensurables. Sólo el deber de estado, sólo la disciplina profesional pueden llevar a un hombre a atreverse a hacer uso de la palabra en este lugar y en esta ocasión.

La elección del tema ha sido para mí difícil y angustiosa, porque el momento crítico que atraviesa la Universidad, por el mero hecho de estar inserta en una sociedad, y en un mundo en el que los cambios de todo orden, y el progreso ciego y fatalista, que camina con pasos gigantescos, nos hace sentirnos inseguros y atemorizados. Este progreso, que como ha dicho William Blake, es el castigo de Dios, nos hace vacilar en el interés que puede despertar

un determinado estudio concreto sobre una parcela de una ciencia del espíritu, entroncada con la moral y la justicia. Pero nada debe impedirnos mirar con confianza el futuro, ni inhibirnos de contribuir a su formación, ni a desalentarnos. Por el contrario, hemos de darnos cuenta de que si el progreso material es evidente, en el terreno de la moral y de la justicia estamos en la prehistoria, y que la única solución, para evitar el caos, que puede ser producido por el desequilibrio entre el progreso material y el retraso moral, la tenemos en nuestras propias manos, no dejándonos arrastrar por las fuerzas irracionales que impulsan todos los mecanismos, sino por el contrario, tomar una actitud producto de la seguridad y confianza en las posibilidades humanas de dirección de estas fuerzas, como ha dicho con certera frase y sentido de la responsabilidad, Juan-Eduardo Cirlot.

El tema elegido, después de muchas vacilaciones y honda reflexión, lo ha sido por estas razones: en primer lugar quería que fuera un tema técnico, no de divulgación, porque no es ésta la misión del profesor universitario, y porque el respeto que os debo me impedía hacerlo, y me vedaba al propio tiempo elegir un tema demasiado doctrinal, apto tan sólo para una revista especializada; en segundo lugar, porque quería que fuese de actualidad, y en estos momentos se acometen, con no demasiada fortuna, modificaciones legislativas, en materia de Justicia, que afectan a todos los ciudadanos, en el reconocimiento y respeto a sus derechos, a la exigibilidad de sus deberes, y, en una palabra, a su vida.

He elegido este tema, porque aun siendo concreto, intentaré desarrollarlo partiendo de bases bien conocidas por los juristas, a través de mis propias obras; con la necesaria amplitud para que os pueda

interesar a todos, cualquiera que sea la especialidad de cada uno, máxime teniendo en cuenta que la disciplina que profeso tiene un objeto que está enraizado en lo más profundo del hombre, de cualquier hombre y de todo ser humano.

El Derecho procesal es la ciencia que estudia el juzgar. Nuestra ciencia tiene un fin concreto: enseñar cómo juzgan los hombres. Tiene una aspiración máxima: enseñar cómo deben juzgar.

I

EL ENJUICIAMIENTO PENAL

EN EL

ORDEN JURIDICO

La misión esencial del Estado, en su concepción actual, consiste en programar y establecer la conducta de los ciudadanos, y de los que sin serlo habitan permanente u ocasionalmente en el territorio nacional. Esta función se realiza por medio de las normas objetivas que llamamos leyes. Las leyes imponen a los destinatarios determinados deberes, genéricos o concretos, correlativos a los derechos subjetivos, facultades o poderes en cuyo interés han de obrar, o abstenerse de hacerlo, los obligados, en el más amplio sentido de este concepto.

Las leyes, por tanto, reconocen o establecen derechos subjetivos que engendran a su vez obligaciones concretas para los que voluntariamente contrajeron aquéllas, pero al propio tiempo reconocen situaciones jurídicas de carácter subjetivo u objetivo que engendran deberes independientes de la voluntad del obligado. No se puede contraer una obligación si no es con la concurrencia de la voluntad del que se obliga, pero en cambio todos tenemos deberes que cumplir, no sólo respecto de los demás, sino hasta con nosotros mismos. El concepto del deber es más amplio que el concepto del derecho subjetivo, aunque en la historia del pensamiento jurídico, y de sus efectos en la legislación positiva, o mejor dicho en las declaraciones programáticas fuertemente impregnadas de carácter político, hayan precedido las declaraciones

de derechos a las de los deberes, hecho explicable tal vez por necesidades políticas de transformación más o menos revolucionaria de la sociedad en cada país y en cada momento histórico.

Una ojeada al panorama jurídico de un país occidental en los tiempos actuales nos hace descubrir, sin necesidad de grandes esfuerzos de análisis, la siguiente situación:

a) Un sector muy importante regido por el reconocimiento legal de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, siquiera vaya apareciendo cada vez mayor una sombra que oscurece el poder autónomo de voluntad y limita la libertad contractual, si no en la iniciativa, sí en la realización, a cargo sobretudo de la reglamentación de carácter administrativo y/o fiscal.

Los contratos nominados que conoció el Derecho romano, y que por la acción que concedían a sus titulares, se diferenciaban en contratos reales (cuya obligación surgía de la entrega de una cosa: mutuo, prenda...), y consensuales (compraventa, mandato, sociedad...), respondían a operaciones económicas elementales. Más tarde se fueron incrementando con los contratos innominados, amparados por la *actio praescripti verbis*; y en la Edad Media, el Derecho canónico, por su carácter general, y las legislaciones patrias, va creando nuevas formas de obligarse, y sobre todo se reconocen las nuevas y complicadas cláusulas de los contratos matrimoniales y sucesorios.

Hoy la complejidad de la vida comercial, respeta la libertad de contratación, reconoce la autonomía de la voluntad que se traduce en la licitud de la iniciativa privada como norma general. El viejo aforismo *pacta sunt servanda* fructifica de manera insos-

pechada en el ámbito civil, pero sobre todo en el Derecho mercantil. Bástenos recordar los contratos de seguro con sus mil facetas, los bancarios, los de publicidad, los de transportes, los de edición, los de producción, distribución y exhibición de películas cinematográficas, de discos, de cintas y *cassettes*, conteniendo palabras, música o imágenes, los de ventas a plazos, con toda la gama de modalidades, desde la venta con reserva de dominio hasta la fórmula *leasing*..., la mayor parte de ellos huérfanos de regulación legal de carácter civil ni mercantil, cuyo vacío lo llena la reglamentación fiscal o sindical.

Todos estos contratos conceden derechos subjetivos y establecen obligaciones sólo entre los contratantes, sin trascendencia a terceros, que no hayan sido parte en el contrato o traigan su causa de alguno de los primitivos contratantes.

b) Otro amplísimo sector constituido por situaciones jurídicas protegidas por el Derecho, y que pueden no engendrar obligaciones concretas respecto de personas determinadas, porque ninguna de éstas han intervenido, voluntariamente, en su constitución o establecimiento, pero que, en cambio, producen el deber genérico de respetarlas.

La vida, el honor, la honestidad de una persona, su libertad, su patrimonio espiritual y material, su trabajo, su cultura, su matrimonio, las relaciones paternofiliales, son todas ellas situaciones jurídicas más o menos definidas en las leyes —porque no es necesaria una definición exhaustiva—, que sin ser constitutivas de derechos subjetivos (aunque en el interior de las mismas puedan producirse o existir), llevan consigo deberes genéricos en todos los demás a respetarlas, deberes sociales, morales y/o jurídicos.

La infracción de los primeros puede dar lugar a un reproche social, a la exclusión de la comunidad social del infractor, o al menos a molestias e incomodidades en el trato que le puede ser restringido o condicionado; los deberes morales engendran el reproche de nuestra propia conciencia en primer lugar y sanciones morales, de acuerdo con el sistema moral aceptado. Además impregnan las relaciones jurídicas, influyendo de modo cada vez más palpable en la valoración jurídica de las infracciones de los deberes jurídicos, condicionando en muchos casos su exigibilidad y sirviendo de medida, en no pocos, para graduar la sanción por incumplimiento, en los casos en que la medida concreta de la sanción queda al arbitrio del juzgador.

Por último, hemos de contemplar los deberes jurídicos que pueden ser genéricos o específicos. Ejemplo de los primeros, y quizás el más importante de todos el de no causar daño injusto a otro, recogido ya por el Derecho romano en su fórmula *neminem laedere*, en el que el *laedere* tenía una amplitud extraordinaria. En este deber está incluido el de la prohibición del enriquecimiento injusto a costa de otro (*neminem cum alterius detrimento locupletiores fieri*). Son los deberes específicos engendrados por las mismas obligaciones contraídas voluntariamente, tales como la fidelidad a la palabra empeñada, el deber de cumplir bien y fielmente los deberes inherentes a las obligaciones asumidas, en compensación a los beneficios obtenidos en las convenciones, los deberes de diligencia, etc. Pueden encerrarse todos ellos en el llamado principio de buena fe (*bona fides*) que debe informar e informa el Derecho de los pueblos civilizados.

c) Y por último, otro sector, también muy amplio, en el que la ley objetiva protege los derechos subjetivos, adquiridos mediante obligaciones voluntariamente contraídas, y las situaciones jurídicas que acabamos de describir, y además establece poderes o potestades y correlativamente sujeciones o deberes. Aquí podemos encuadrar casi todo lo que se ha venido denominando tradicionalmente el Derecho público (organización del Estado, provincia y municipio), entes paraestatales, sindicales, etc. Tienen este mismo carácter las situaciones jurídicas objetivas que están sustraídas a la posibilidad de renuncia o modificación por parte de los implicados en ellas. Ejemplo de ellas son las que afectan al estado o capacidad de las personas y a casi todo el derecho de la familia, especialmente en las relaciones matrimoniales y paternofiliales.

El incumplimiento de las obligaciones concretas contraídas voluntariamente o de los deberes y sujeciones establecidos en las leyes engendran, en los que las incumplieron o infringieron los deberes y sujeciones, la necesidad de sufrir las consecuencias del incumplimiento o de la infracción; esta necesidad recibe en derecho el nombre de responsabilidad. Esta responsabilidad da lugar a una sanción que ha sido regulada por el Derecho de distintas formas.

Cuando las obligaciones han sido asumidas voluntariamente por convenciones o contratos entre particulares, de acuerdo con lo dispuesto en la norma jurídica, su incumplimiento da lugar a la llamada responsabilidad contractual, de carácter patrimonial y a la que quedan afectados todos los bienes presentes y futuros del deudor (art. 1911 del Código civil); cuando el deber deriva inmediatamente de la ley, y se ha producido un hecho que coincide con el supuesto de

hecho de la norma civil, su infracción ocasiona el nacimiento de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, sancionado por la ley civil con carácter general, al disponer que el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado (art. 1902 del Código civil).

Es bien sabido, que dentro de la responsabilidad extracontractual, se incluye la nacida del incumplimiento de deberes no nacidos de la convención e incluso conforme a la jurisprudencia reciente, la engendrada por el llamado abuso del derecho subjetivo, entendiendo por tal el uso que hace un titular de un derecho subjetivo no en satisfacción de un interés personal, serio y confesable, sino dándole una dirección antisocial, para molestar dolosamente a otro, en cuyo caso, esta desviación del fin ordinario del derecho engendrará una responsabilidad susceptible de sanción.

Pero lo mismo la responsabilidad contractual que la extracontractual constituyen especies del mismo género que se denomina responsabilidad civil; el responsable del incumplimiento de una obligación o de la infracción de un deber, en definitiva, y para todos los supuestos, viene sujeto a la indemnización genérica de daños y perjuicios, aparte de otras sanciones civiles específicas de aplicación limitada a ciertas hipótesis concretas establecidas en las leyes civiles.

Ciertos deberes, por su trascendencia social, deben ser reforzados con otras normas que tienden a hacer posible la convivencia de los individuos en la sociedad; la generalidad de las obligaciones nacidas de la ley o del contrato deben ser cumplidas únicamente para satisfacer el interés o el derecho del titular correlativo, y si se incumplen, únicamente el

titular de la prerrogativa que concede el derecho o interés puede exigir la responsabilidad por su incumplimiento, y pedir, por tanto, que se imponga la sanción civil correspondiente. En cambio, los deberes, cuya infracción trasciende de la esfera individual, deben ser cumplidos, no sólo en beneficio de quien tiene un interés económico o social en su cumplimiento, sino de toda la comunidad, en el seno de la cual no podría existir la paz y el orden jurídico sin asegurar enérgicamente su cumplimiento. Por afectar a toda la comunidad el incumplimiento de estos deberes, la exigencia de que se sancione esta infracción trasciende de la esfera jurídica del titular del interés personal, familiar o económico correlativo para afectar por tanto a la propia comunidad social y política.

Por otra parte, no basta en estos casos una sanción meramente económica, que en todo caso podría reparar la lesión del mismo carácter consecuencia del incumplimiento de la obligación o de la infracción del deber, sino que es necesaria una sanción que afecte a la propia persona del infractor y que, por ello, tienda a satisfacer el interés no económico de la comunidad constituida orgánicamente en Estado.

De aquí que en todo Estado se delimite por medio de normas objetivas, no sólo lo que es justo e injusto civilmente, sino además lo injusto penal.

En las normas civiles se prescribe, por lo general, la conducta justa; el conjunto de las normas civiles se dirige predominantemente a determinar lo justo civil, y sólo de manera secundaria se regula también la consecuencia de la conducta civilmente injusta por medio de escasas y elementales normas sancionadoras.

En las normas penales, en cambio, no se prescribe la conducta justa penalmente. Las leyes penales son

esencialmente sancionadoras, y por ello se limitan a establecer las sanciones específicas que deben imponerse a los que infringen los deberes genéricos que gravan a todos para hacer posible la vida en una comunidad. No es necesario definir las conductas justas penalmente, la mayor parte de las hipótesis vienen definidas por la ley natural, y por la mera naturaleza de las cosas cuya observación es suficiente para determinar lo justo o injusto en un caso concreto. El respeto a la vida, al honor, a la honestidad ajena, a la libertad, no exige la previa definición normativa de un derecho a la vida, al honor, etc. Llamar derecho a esto constituye un uso abusivo de esta palabra que los juristas debemos evitar. Lo que sí existe es el deber de respetar la vida, el honor, etc., y la infracción de estos deberes lleva consigo la sanción penal, además de la civil y como refuerzo de aquélla. Y lo mismo ocurre cuando se atenta injustamente contra derechos bien definidos como el de propiedad, por ejemplo, cuyo deber de respetar, afecta a todos los demás y cuya infracción también da lugar a sanciones penales. Incluso en las relaciones jurídicas de derecho privado, que engendran unas obligaciones frente a derechos subjetivos concretos, existe el deber de no substraer dolosamente los bienes propios a las responsabilidades resultantes de los incumplimientos de obligaciones voluntariamente adquiridos. Cuando el principio de la buena fe se sustituye por el de la mala fe, pueden engendrarse responsabilidades penales y sanciones de este mismo carácter por incumplimiento doloso de obligaciones civiles.

Por ello el Estado, más que precisar lo que es justo, ya que no es necesario, debe delimitar y delimita lo que es injusto, es decir, no define los deberes que

hay que cumplir, sino las infracciones a deberes que engendran responsabilidad criminal y paralelamente a las cuales señala la correspondiente sanción penal específica.

La ley penal es una ley sancionadora, lo que ha inducido a un sector de la doctrina a afirmar paradójicamente que el delincuente no infringe, si no se ajusta a la ley penal; esta paradoja deja de serlo cuando se observa que el delincuente al incumplir sus deberes infringe una norma de conducta que no es necesario establecer formalmente en todos los casos, bastando la promulgación formal de la ley que establezca las hipótesis en que una conducta humana debe llevar aparejada una sanción penal.

Cuando un individuo comete una de las infracciones delimitadas tipificadas en la ley penal, incurre en una doble responsabilidad, o mejor, incurre en dos órdenes de responsabilidad: la llamada civil, o genérica que surge de la infracción de toda clase de deberes jurídicos, y la criminal o específica, que lleva aparejada la propia infracción por el hecho de hallarse incluida o tipificada en la ley penal. Por la responsabilidad civil queda sujeto el infractor a la imposición y actuación de una sanción civil de resarcimiento; por la penal o criminal, queda sujeto además a una sanción de carácter personal o patrimonial independiente de los daños y perjuicios causados con su acción u omisión delictiva, e incluso aunque la naturaleza de la infracción no los produzca.

Ahora bien, para que surja la responsabilidad criminal no basta el mero hecho de la realización de una conducta tipificada en la ley penal, sino que es preciso que la infracción se haya producido sin que ninguna circunstancia impida su antijuricidad, y además que el hecho realizado lo haya sido culpable-

mente, es decir, concurriendo el dolo genérico o específico requerido en cada caso concreto, o con negligencia culpable. Si falta alguno de estos presupuestos del incumplimiento de estos deberes nace la responsabilidad civil, pero la responsabilidad criminal no llega a producirse.

La ley penal establece que de todo delito o falta nace acción para pedir la restitución de la cosa, la reparación de los daños y la indemnización de perjuicios, lo que equivale a decir que de toda infracción penal surge una responsabilidad civil además de la criminal; esta formulación legal, y el hecho de que por su trascendencia social, en el proceso penal se discrimine esencial o necesariamente la responsabilidad criminal y sólo accesoriamente y de modo contingente se proyecte la actividad jurisdiccional sobre la responsabilidad civil del delincuente, son causa de que, a menudo, se traten las infracciones penales y las civiles como dos mundos aparte, y que sólo accidentalmente las infracciones penales sean consideradas a la vez como infracciones civiles.

En realidad, este planteamiento legal no es correcto: y la infracción penal es, esencialmente y ante todo, una infracción civil sin que exista solución de continuidad, en la teoría general del Derecho, entre ella y las demás infracciones. La infracción de un deber —tipificada en la ley penal—, constituye una infracción civil de un deber cuyo cumplimiento se ha reforzado jurídicamente con la amenaza de la sanción penal, además para el caso de incumplimiento. Al revés de la formulación que lleva a cabo el Código penal, la regla expresada correctamente debería decir que de todo delito, además de la acción civil para pedir el resarcimiento, nace una acción para pedir la imposición y actuación de una sanción penal.

Sólo así se comprende que una sentencia absolutoria penal no produzca efecto de cosa juzgada en el proceso civil en que se reproduzca la pretensión de resarcimiento de los daños y perjuicios causados, con la sola excepción prevista en el art. 116 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, de que el hecho haya sido declarado inexistente (*rectius*: insubsistencia del hecho objetiva o subjetiva), y queda justificada la reiterada jurisprudencia civil de que la valoración penal del hecho no impide una posterior valoración del mismo a los efectos civiles, por los Tribunales de este orden jurisdiccional.

2

Para la prevención y represión de las infracciones de estos deberes, reforzados con una sanción penal prevista para el caso de su incumplimiento infracciones que conocemos con el nombre genérico de delitos, el Estado y el Derecho deben establecer y establecen efectivamente un sistema de órganos públicos perfectamente diferenciados en su actividad, tales como la policía, el Ministerio fiscal y los Jueces y Tribunales penales.

Pero, si bien dichas actividades diferenciadas tienden a una finalidad superior común, es indudable que exigencias de justicia requieren una atribución de funciones distintas a cada uno de los órganos; cuando se funden o confunden estas funciones diversas se corre el riesgo evidente de que se frustren los fines supremos de justicia que debe cumplir el Estado.

En efecto, la policía tiene como funciones primordiales la de impedir, dentro de los límites de lo posible, la comisión de hechos delictivos, y aprehender a

cualesquiera persona sospechosa de haber incurrido en una infracción penal, ayudando además a descubrir los hechos delictivos y la participación de ellos de quienes sean sus autores. Pero no le corresponde a la policía discriminar si efectivamente el sospechoso fué o no el autor de un hecho que se reputa delictivo, ni si este hecho era o no delictivo en realidad, ni si por su comisión se incurrió o no en responsabilidad criminal; la policía cumple su función cuando detiene a un sospechoso, lo mismo si éste es inocente o culpable, y lo mismo si ha incurrido o no por sus actos en responsabilidad criminal.

Pero la imposición de la pena y su posterior ejecución no pueden dirigirse contra cualquier persona, sino precisamente contra el autor de un hecho delictivo y siempre que por la comisión de éste haya incurrido en responsabilidad criminal, y para conseguir este propósito se precisa, además de los conocimientos técnicos de las personas que integran el órgano a que se atribuye semejante tarea, el presupuesto indeclinable de la imparcialidad.

Aun suponiendo que al funcionario técnico se le atribuyera la función de policía o que los funcionarios de policía reunieran los presupuestos de carácter técnico imprescindible, no podría dejarse o atribuirse a ellos la misión de imponer la pena correspondiente al delito, por falta de la necesaria imparcialidad; en efecto, al funcionario que tiene a su cargo la averiguación de los delitos y de sus autores tiende psicológicamente a ser parcial, en cuanto el mismo apasionamiento, loable por su actividad, le conduce a deformar el juicio sobre la inocencia o culpabilidad del imputado. Es, pues, absolutamente imprescindible que la formulación de este juicio recaiga en persona distinta, que pueda depurar los datos aportados por la

policía; y esta separación llega tan lejos, que incluso dentro del proceso penal se venían tradicionalmente atribuyendo a titulares distintos del órgano jurisdiccional penal la función instructora y la función decisoria, aunque recientemente (Ley de 8 de abril de 1967) y con desprecio a este principio de garantía, se han concedido funciones decisoras al Juez de instrucción.

La exigencia de imparcialidad en quienes enjuician los hechos y declaran la responsabilidad criminal, en su caso, deriva de una doble función, a saber: condenar al culpable y evitar que se condene al inocente. El enjuiciamiento de los hechos atribuido a un órgano imparcial supone, para el Estado, la garantía de que se condenará sólo al verdadero culpable de un delito; para el particular imputado, la garantía de que no será condenado siendo inocente, o la de que, aun siendo culpable, no se le impondrá sanción distinta ni más grave que la señalada por la ley.

Finalmente, interviene en la represión de los delitos el Ministerio fiscal, y su actividad está igualmente diferenciada de la policíaca y de la jurisdiccional; el Ministerio fiscal, a diferencia de la policía, es un funcionario técnico jurídico, y a diferencia de los titulares del órgano jurisdiccional es parte en la represión del delito, en cuanto representa el interés del Estado en la persecución y sanción de los delincuentes. Es precisa su intervención para asegurar la imparcialidad del órgano jurisdiccional, en cuanto se ha considerado necesario que el sujeto imparcial que ha de juzgar esté por encima de las partes en contradicción, y sólo colocando una parte acusadora diferenciada del imputado, puede el Tribunal superar la posición parcial y decidir prescindiendo de los intereses particulares o públicos ajenos a su fin de justicia.

La actividad imparcial destinada a juzgar y decidir en cada caso sobre la existencia de responsabilidad criminal en el imputado y a imponer y ejecutar la sanción penal que legalmente corresponda recibe el nombre de actividad jurisdiccional penal; el órgano encargado de realizar dicha actividad imparcial es el órgano jurisdiccional penal, y los titulares de dicho órgano son los Tribunales penales, que reciben el nombre de Tribunales en sentido estricto si son colegiados, y el de Juzgados si son unipersonales.

3

Todo individuo, por el hecho de vivir o residir aún temporalmente en el territorio de un Estado, está sujeto a la jurisdicción de los Tribunales penales, en cuanto, caso de recaer sobre él una sospecha de comisión de un delito, se halle en la necesidad de ser sujeto pasivo de un proceso en el que se declare la certeza o incerteza de su responsabilidad criminal. Así, el inocente del hecho que se le imputa, o el que realizó el hecho concurriendo una causa de justificación —como la legítima defensa— o una causa de inimputabilidad —como la enajenación mental—, que excluyen la responsabilidad criminal, están sujetos, sin embargo, a esta potestad de los Tribunales penales, que se ejercita a través de todo el proceso y tiene su culminación en la sentencia absolutoria o condenatoria. Pero la sujeción se limita en estos casos al pronunciamiento merodeclarativo, que en los casos de culpabilidad es previo al pronunciamiento fundamental de la sentencia condenatoria.

Cuando el imputado o sospechoso ha incurrido en responsabilidad criminal por la comisión de un hecho delictivo, no sólo está sujeto como todo otro indivi-

duo a la potestad declarativa del Tribunal, sino que, además, está sujeto a la otra potestad del Tribunal de imponer la pena; esta segunda potestad, correlativa a la sujeción en que consiste la responsabilidad, sólo la tiene el Tribunal frente al verdadero delincuente; nace con el delito, y, aún cuando se exprese concretamente en la sentencia, produce sus efectos *ex tunc* y no *ex nunc*. El Tribunal penal, frente al inocente, extingue su potestad con la mera declaración de su inocencia; en cambio, frente al culpable, después de ejercitar su potestad declarativa decidiendo la culpabilidad, ejercita su potestad de imposición determinando la pena correspondiente.

Se ha dicho por algún sector doctrinal, ya de la doctrina procesal, como Carnelutti, ya de la doctrina penal, como los defensores de la concepción normativa de la culpabilidad, que la imposición de la pena en la sentencia, ya se llame condena constitutiva, ya juicio de reproche, constituye condición de la existencia del delito. Lejos de ser tal condición, la imposición de la pena constituye la consecuencia normal del delito.

La potestad de declarar la existencia del delito es anterior al delito mismo, la potestad de imponer la pena nace, repetimos, con el hecho delictivo y la potestad de infligir y aplicar la pena, de ejecutarla, en una palabra, nace con la sentencia condenatoria.

Normalmente, la potestad declarativa de la existencia del delito y la potestad de imposición de la pena aparecen confundidas en la sentencia condenatoria; pero, aparte de que en la sentencia absolutoria se pone de relieve la diferencia entre ambas potestades, existen también hipótesis de sentencias condenatorias en que éstas aparecen perfectamente diferenciadas.

A veces el Tribunal declara la existencia del delito y no puede, en cambio, ejercitar su potestad impositiva de la pena; esto ocurre, por ejemplo, cuando concurre en el imputado alguna de las llamadas excusas absolutorias; el cónyuge que se apropia de bienes muebles pertenecientes al otro cónyuge comete, sin duda, el delito de hurto, pero el Tribunal penal no puede, a pesar de ello, imponer pena alguna al delincuente. Pero nótese que para que el Tribunal penal declare que no impone la pena, es preciso que haya declarado la existencia del delito y las circunstancias que lo rodearon y cualificaron, de modo que la sentencia no es declarativa de la certeza de inexistencia del delito, sino todo lo contrario. El Tribunal, en este caso, ejercita su potestad declarativa, pero no puede actuar la potestad impositiva de la pena.

Una vez declarada la existencia del delito e imputada la pena, declaración e imposición efectuadas en la sentencia condenatoria, se ha creado un título ejecutivo y el condenado queda sujeto a una nueva potestad del Estado, la de ejecutar o aplicar la pena; esta aplicación o ejecución se lleva a cabo por los Tribunales, aunque la realización material se lleve a cabo por funcionarios administrativos cuando la sanción consiste en la pérdida de la vida o en la privación de la libertad personal.

Esta potestad de aplicar la pena recibe vulgarmente el nombre de derecho a castigar o *ius puniendi*, que no nace con el delito, sino con la sentencia.

Entre la potestad de imponer la pena y la de aplicarla existe también una perfecta diferenciación; el Tribunal debe imponer al declarado reo la pena que la norma objetiva señala en cada caso, dentro de los límites establecidos, y no puede imponer otra distinta; su arbitrio en la imposición de la pena viene es-

tablecido en la propia ley. En cambio, el Estado, aun luego de impuesta la pena, y al proceder o deber procederse a su aplicación, puede disponer de su propio derecho o sancionar, liberando al delincuente de la sanción total o parcialmente por medio de la amnistía o indulto, acortando su duración por medio de la redención de penas por el trabajo o por medio de la libertad condicional, o remitiendo condicionalmente el cumplimiento de la pena con el instituto de la condena condicional.

Al igual que el acreedor civil puede, luego de la sentencia, por los motivos de política económica, condonar su deuda al obligado condenado, también puede el Estado disponer de su potestad de aplicar la pena luego de la sentencia, por razones de política penal.

Y es que el ejercicio de ambas potestades estatales, la de imposición y la de aplicación de la pena, se rigen por principios diversos. En el ejercicio de la primera juegan los principios que hemos indicado ya inicialmente; el cumplimiento de determinados deberes debe reforzarse señalando una sanción penal a su incumplimiento, además de la civil, que también se determina en el proceso penal.

El orden jurídico exige, pues, que se imponga la pena inexorablemente a quien cometió el delito e incurrió en responsabilidad criminal, a menos de que la propia norma contenga una excusa absolutoria. De otro modo peligrarían los principios de represión del delito y ejemplaridad en los que la pena tiene su razón de ser, y con dichos principios peligraría el fin supremo de justicia.

Pero una vez impuesta la pena, y cuando se trata de su aplicación, el fin primordial que debe perseguir ésta es la redención del reo, es decir, la curación de la enfermedad psíquica que el reo sufre, por medio

de la aplicación de un dolor, al igual que el médico inflige un dolor para lograr la curación física del individuo. En la ejecución de la pena no puede regir la ley del talión y atribuir al dolor un fin meramente retributivo, sino que debe dejar ésta paso al principio de la caridad y la redención.

Por ello es necesario que la aplicación de la pena deba estar dotada de una cierta flexibilidad, como ya pusimos de relieve en otra ocasión, para que el Estado pueda conseguir en ciertos casos, aun sin necesidad de ejecutar la pena en su totalidad, o sustituyendo la pena impuesta en la sentencia por otra más benigna, puede conseguir el fin de redención propuesto.

Para terminar esta primera parte de nuestro estudio, debemos referirnos ahora de nuevo a la sanción civil que debe aplicarse a toda persona responsable criminalmente. Advertíamos que toda infracción penal es, antes y esencialmente, una infracción civil, y que lo injusto penal sólo se delimita para reforzar unos deberes cuya infracción, sin este refuerzo, daría únicamente lugar a una responsabilidad civil.

Ahora bien, aun cuando la sanción del injusto civil se atribuye normalmente a un órgano jurisdiccional distinto específicamente al penal, por razones de economía y protección de los perjudicados por el delito, el Estado permite que en el propio proceso penal se ejerciten por los Tribunales penales, junto a sus potestades específicas ya mencionadas, las potestades que en lo relativo al injusto civil tiene el órgano jurisdiccional de esta naturaleza.

La imposición y aplicación de las sanciones civiles que corresponden a la responsabilidad civil propia de toda infracción penal se convierte en el proceso penal en una cuestión accesoria, de la que se puede

prescindir por iniciativa, renuncia o disposición de los propios interesados.

Cuando el órgano jurisdiccional civil conoce de una cuestión de esta índole, tiene atribuidas las mismas potestades que corresponden en el otro género de infracciones al órgano jurisdiccional penal, es decir, la potestad declarativa de la existencia o inexistencia de responsabilidad civil, la potestad impositiva de la sanción y la potestad ejecutiva; las dos primeras se llevan a cabo a través de un proceso de declaración y la otra a través de un proceso de ejecución.

En cambio, cuando la responsabilidad civil es un corolario de la infracción penal, al órgano jurisdiccional penal sólo se le atribuyen la potestad impositiva y la ejecutiva en materia civil, pero no la mero-declarativa de existencia o inexistencia de responsabilidad civil.

En efecto, el Tribunal penal impone y aplica la sanción civil como consecuencia de la declaración de responsabilidad penal, a cuya existencia o inexistencia se limita su potestad merodeclarativa; pero, no existiendo responsabilidad penal, no puede declarar si existe o no la responsabilidad civil, cuestión cuyo conocimiento corresponde al órgano jurisdiccional de esta índole. Deberá reservar en tal caso al perjudicado su acción para que la ejercite ante los Tribunales correspondientes.

Si la responsabilidad criminal existe, es innecesaria la declaración de existencia de la responsabilidad civil, ya que aquélla presupone ésta; si no existe responsabilidad criminal, la labor de los Tribunales penales ha concluído, y no puede prejuzgar en una cuestión ajena a sus límites de atribución jurisdiccional.

La potestad impositiva de la sanción civil, por el contrario, corresponde a los Tribunales penales cuan-

do se ha declarado la existencia de responsabilidad criminal, y se ejercita en el propio proceso penal de declaración; pero para que pueda actuarse dicha potestad, al igual que ocurre en el proceso civil, es preciso que se hayan producido efectivamente los daños y perjuicios que se trata de indemnizar; si el acto delictivo no ha producido ninguna lesión en el patrimonio del perjudicado, o aun producida no consigue probarse en el proceso, el Tribunal deberá abstenerse de imponer la sanción civil correspondiente, al igual que debía abstenerse de imponer la sanción penal cuando concurrían excusas absolutorias.

Y, una vez impuesta la sanción civil, su aplicación se lleva a cabo en el proceso penal de ejecución por el propio Tribunal sentenciador.

De este modo podemos concluir en el sentido de que, accesoriamente, puede ser también objeto del proceso penal de declaración la potestad impositiva de la sanción civil, y del proceso penal de ejecución la de aplicación de dicha sanción. Pero si las partes reservan su acción civil para ejercitarla ante los Tribunales civiles, o renuncian a la indemnización, esta materia accesoria desaparece; y si, ejercitada la acción por el perjudicado o por el Ministerio fiscal, no se prueba la existencia de daños y perjuicios, bien por actividad deficiente de las partes acusadoras, bien porque no existan estos daños y perjuicios, la materia civil es objeto del proceso penal de declaración, pero no puede ejercitarse por el Tribunal penal la potestad impositiva civil, ni actuarse ninguna sanción de esta índole en el proceso penal de ejecución.

II

TEORIA GENERAL

DEL

ENJUICIAMIENTO PENAL DEFINITIVO



La actividad jurisdiccional cristaliza en la sentencia definitiva que emite el titular del órgano jurisdiccional del Estado como etapa final de la función de enjuiciamiento del proceso decisorio. Antes, durante el proceso, se han llevado a cabo otros enjuiciamientos, el primero de ellos sobre la procedibilidad entendida como conjunto de circunstancias jurídicas o facticias, subjetivas u objetivas, estáticas o dinámicas, que han de concurrir en un caso concreto para que pueda iniciarse, desenvolverse y lograr su fin inmediato la actividad jurisdiccional del Estado en cada caso.

Enjuiciado positivamente el inicio del proceso, a medida que avanza éste los titulares del órgano jurisdiccional formulan juicio sobre el material del proceso, examinando en primer término si puede afectar a un sujeto o varios determinados, y en segundo lugar si puede pasarse o no de una fase a otra; estos sucesivos enjuiciamientos, el último de los cuales precede a la sentencia penal, en la que se plasma la actividad lógica del Tribunal cognitivo, constituyen la máxima garantía para el imputado o imputados, y tienen por objeto, de un lado, la misma procedibilidad y, de otro, la coincidencia de los hechos históricos con el supuesto de hecho de la norma penal.

En el proceso civil no existe, por lo general, más que un presupuesto de procedibilidad, que se transforma luego en una condición a lo largo del proceso

ya iniciado; a la vez, no existe más enjuiciamiento esencial que el que precede a la sentencia (si exceptuamos el que recae en los incidentes de incontestación a la demanda, provocado normalmente por las excepciones dilatorias).

El presupuesto de que depende la iniciación y continuación del proceso civil está integrado por la demanda, como acto por medio del cual se ejercita la acción civil. En el proceso civil la sola presentación y admisión de la demanda determina la persona del demandado (salvo los casos excepcionales en que la demanda se dirige frente a personas desconocidas, pero determinables por circunstancias objetivas pre-fijadas en aquélla) y a éste podrá condenársele o absolversele en la sentencia, pero no se puede condenar a otra persona distinta ni absolverla, ya que es el actor quien elige y determina la persona del demandado; en cambio, en el proceso penal no basta el ejercicio de la acción para determinar la persona del imputado como parte procesal, ya que el imputado sólo pasa a ser procesado —parte— cuando recae una decisión —procesamiento— del titular del órgano jurisdiccional imputándole formalmente la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito; por otra parte, no es ni siquiera necesario que la acción se dirija contra persona determinada, ya que precisamente una de las incógnitas que ha de despejar el proceso penal es la del supuesto autor del hecho punible, incluso durante la pendencia del proceso, y antes de que en la sentencia se determine si coincide la parte material activa con la parte procesal pasiva.

Dejando a un lado los interesantes problemas que plantea la distinción de la naturaleza jurídica de la acción civil, que ha apasionado a los juristas durante más de un siglo, sin que se haya logrado un criterio

pacífico en este punto, pero también sin que la concepción doctrinal elaborada por cada sector doctrinal influya, de manera decisiva, en el posterior tratamiento científico de la realidad jurídica constituida por el proceso penal y el proceso civil, nos vamos a ocupar con la mayor concisión posible de la actividad que lleva a cabo el titular del órgano jurisdiccional para dictar la sentencia, y que puede distinguirse en dos fases: el enjuiciamiento del proceso decisorio y la redacción de la sentencia.

Una vez terminado el juicio oral, y conclusos los autos para sentencia, lleva a cabo el Tribunal penal el enjuiciamiento definitivo del proceso decisorio, en el que destacan las dos funciones típicas de todo enjuiciamiento con la decisión correspondiente: de una parte, por medio de la sentencia que debe seguir al enjuiciamiento, se fija, en su caso, la sanción que deberá actuarse o aplicarse a una determinada o determinadas personas, cumpliéndose la función procesal; de otra, el propio enjuiciamiento definitivo supone la máxima garantía para el imputado o imputados, ya que el Tribunal lo realiza para determinar esencialmente la inocencia o la culpabilidad de los acusados, y el mismo interés debe poner en condenar al culpable que el absolver al inocente, puesto que la función del Tribunal consiste en hacer justicia, esto es, en decidir lo justo en el caso concreto.

La realización de este enjuiciamiento, así como la emisión de la declaración de voluntad consiguiente, debe ser realizada por el Tribunal penal, constituido con arreglo a la norma; si en la composición del Tribunal sentenciador no se observan las prescripciones legales, la sentencia y el enjuiciamiento que la precede quedan viciados y pueden ser anulados por el Tribunal Supremo, ya que constituyen motivos de

casación por quebrantamiento de forma, lo mismo la composición de un Tribunal sin que concurra el número de Magistrados establecido por la Ley (art. 851, n.º 5 de la Ley de Enjuiciamiento criminal), que aquella en que integren dicho Tribunal algún Magistrado cuya recusación, intentada en tiempo y forma y fundada en causa legal, se hubiese rechazado (art. 851, n.º 6 de la Ley de Enjuiciamiento criminal).

El enjuiciamiento definitivo se acostumbra a estudiar como uno de los elementos de la sentencia, o mejor como el substracto lógico de ella, y se concibe como un juicio lógico, que tradicionalmente se estima reconducible a la esquemática forma de un silogismo, en que la premisa mayor estaba constituida por la norma, la menor por los hechos, y la conclusión por el resultado de la subsunción de los hechos en la norma.

Sin embargo, nada más lejos de la realidad que esta explicación silogística del enjuiciamiento; el resultado a que llega el Juzgador no puede en manera alguna ser considerado como el fruto de un juicio lógico-objetivo, sino que es obra de una serie de factores en los que no sólo entran los razonamientos puros, sino también impresiones, creencias e incluso actos típicos de voluntad.

Las diversas operaciones que integran el enjuiciamiento, cada una de las cuales supone a su vez la formulación de juicios individuales y con un fin limitado, pueden agruparse en dos fases que, normalmente, reciben el nombre de juicio de hecho y juicio de derecho, por la naturaleza del material sobre el que se opera.

No siempre es fácil la distinción de la calificación facticia o jurídica de un tema determinado. Este problema ha sido objeto de estudio por amplios sectores

de la doctrina, entre los que destaca el profesor de Bruselas, Perelman, a quien se deben estudios de gran importancia sobre el tema, efectuados por él mismo y por otros bajo su dirección, y en los que se analizan no sólo las investigaciones de los autores que podemos llamar continentales, sino los de los formados en el Derecho anglosajón, para los que el problema facticio y los de la prueba prevalecen sobre los jurídicos formales. La casación, necesariamente formalista, ha marcado su impronta en nuestra formación jurídica, obligándonos a la distinción tajante entre problemas de hecho y problemas de derecho, a la hora de utilizar el único recurso que se concede contra las sentencias definitivas. El desconocimiento de esta institución en los países del *common law* lleva consigo un predominio de los problemas del hecho y su prueba, que se refleja entre otras en la institución del jurado, a quien se defieren los problemas del enjuiciamiento de los hechos, determinantes de la culpabilidad del imputado, reduciéndose la función del Juez técnico, además de la pura procesal de dirección del proceso, a la de fijar la pena del declarado culpable, o la absolución, e inmediata libertad en su caso, si la decisión del jurado fuera la inculpabilidad.

En las páginas que siguen inmediatamente recogemos, a base del material elaborado por nosotros mismos en estos trabajos, cómo debe llevarse a cabo idealmente la función de enjuiciamiento por el Tribunal penal. Trataremos de efectuar un análisis conceptual de las distintas etapas lógicas que ha de seguir el pensamiento del juzgador, partiendo del material facticio acumulado en el sumario, y que debe haber sido elaborado siguiendo la misma técnica en las calificaciones de la acusación y de la defensa.

No se nos oculta la dificultad que entraña en la práctica encauzar el proceso del raciocinio humano sin otra posibilidad que las normas de la lógica. La intuición del juzgador, potenciada por la imaginación latina, y desarrollada por su propia profesión sustituye en la mayoría de los casos el largo y penoso camino del análisis por una síntesis intuitiva, la mayor parte de las veces acertada, pero que puede estar abocada al error por dos factores esenciales: la prisa, esa gran corruptora de nuestra actividad en el mundo atrafagado en que vivimos, y la rutina, producida por la infravaloración de la actividad profesional diaria en relación con otros estímulos o preocupaciones que impiden el sosiego indispensable para llevar a cabo una función tan delicada como la del enjuiciamiento de un asunto penal

Por otra parte, el rigor lógico al que debe estar sometido el razonamiento jurídico, en general, y particularmente el que constituye el juicio que ha de servir de base a la sentencia definitiva, ha dado lugar a una tal cantidad de estudios, trabajos, escuelas, discusiones, etc., sobre la lógica y el derecho, y sobre la lógica del derecho, que amenazan con sumergirnos en un mar inextricable en el que los logicistas pretenden ahogar con sus fórmulas incomprensibles y sus ecuaciones esotéricas la vivencia humana del derecho. Es difícil decidir qué dirección es más peligrosa, si la amenaza llevarnos hacia la cibernética, con la definitiva deshumanización mecánica del jurista, o de la lógica dialéctica en el sentido hegeliano y marxista de la palabra, que lleva aneja el aniquilamiento de la personalidad humana en lo que se refiere al libre desarrollo de su libertad y de su espiritualidad.

El método para conocer, razonar y enjuiciar es viejo como el mundo imperfecto como el hombre, que no es sólo un ser lógico, sino provisto de sentimientos y voluntad, limitado por el espacio y por el tiempo. Por eso ha dicho con gran acierto Carnelutti que el Juez tiene sobre sí la angustiosa tarea de resolver el futuro de otra persona a base de un pasado que sólo conoce a través de la representación —volver a traer al presente— que le proporcionan los medios de prueba.

Las leyes procesales proporcionan al Juez unas toscas directrices para el desarrollo de su función de conocimiento y de enjuiciamiento; meros esquemas por los que ha de discurrir la infinita gama de matices de su propia personalidad humana. Se obliga al Juez a no usar otros conocimientos que los adquiridos mediante las pruebas, prescindiendo de todo lo que se ha llamado su ciencia privada, como si fuera posible escindir en la realidad la formación de la persona que conoce como Juez de la persona como hombre; se le dan normas para que juzgue un hecho, un acto humano, una conducta, limitándole artificialmente su conocimiento del hecho, acto o conducta, y se le obliga además a que los juzgue de acuerdo con unas leyes que no son sino fórmulas esquemáticas de conductas y de sus respectivos efectos. El Juez ha de subsumir unos hechos realizados por el hombre, con toda la riqueza de sus motivaciones y todos los matices de su desarrollo, en ese lecho de Procusto de la ley, objetiva, fría, inflexible. Y no se detiene aquí el camino del Juez. De los hechos humanos, conocidos a través de las pruebas ha de ir a la Ley, y de ésta volver otra vez al hombre, para fijar su conducta futura, sometiénolo a una dolorosa pérdida de su libertad y hasta de su vida, si así está

dispuesto en la Ley. Este es el «peso de la Ley», certera síntesis popular del angustioso problema que nos venimos planteando.

Las operaciones mentales que debe realizar el Juez para realizar el enjuiciamiento de los hechos objeto del proceso son las siguientes: *a)* valoración de los hechos; *b)* apreciación o valoración de la prueba; *c)* determinación de los hechos ciertos, y *d)* determinación de los hechos inciertos.

a) El Tribunal penal inicia la fase del enjuiciamiento facticio, o juicio de hecho, normalmente, con una valoración de los hechos delimitados por las partes en sus calificaciones definitivas y en sus informes, determinando la importancia de cada uno de ellos, y la eficacia, que en cuanto a la determinación de un hecho típico, puede tener cada uno de ellos, puede valorar su importancia y desechar los que juzgue irrelevantes entre los alegados y probados.

En esta primera tarea, las partes colaboran eficazmente por medio de sus calificaciones, al formular definitivamente las pretensiones, a pesar de lo cual debe el Tribunal en este momento revisar la actividad de las partes en orden a la relevancia de los hechos que se afirman probados.

La elección de los hechos, por así decirlo, debe limitarse a los que han sido objeto de alegación y prueba en el juicio oral, de modo que el Tribunal no puede tener en cuenta hechos que, sin haber sido alegados ni probados, son objeto de su conocimiento privado. En caso de apreciar como ciertos hechos de tal naturaleza, la función jurisdiccional coincidiría peligrosamente con la testifical; la declaración de conocimiento llevada a cabo por un testigo, que re-

lata hechos que ha conocido con anterioridad al proceso, precisa para su eficacia de una depuración psicológica que lleve a cabo el Tribunal, no sólo para determinar la veracidad del declarante, sino para separar de la verdad los errores y deformaciones involuntarios en que puede incurrir el testigo. Si el Tribunal aportara hechos de los que tiene un conocimiento privado, actuaría en realidad como testigo, faltando entonces el sujeto que pudiese depurar el conocimiento del órgano jurisdiccional.

Pero esta limitación de la actividad del Tribunal en cuanto al conocimiento privado de los hechos no se extiende sino a los que han de ser luego calificados y tenidos en cuenta para la aplicación de la norma, y en modo alguno puede estimarse infringido el principio *iuxta allegata et probata* cuando el conocimiento privado del Tribunal sirve para valorar los hechos y apreciar la certeza de los mismos.

b) La segunda operación del juicio de hecho es la de apreciación o valoración de la prueba practicada, en orden a determinar la certeza de los hechos relevantes. Se trata de una operación meramente intelectual, dirigida a poner el material facticio en relación con el probatorio, y determinar en cada caso la eficacia de la prueba para acreditar la certeza de los hechos.

En una etapa histórica anterior, la valoración de la prueba estaba regida por el principio de la prueba tasada, consistente en el establecimiento de ciertas reglas que, de manera rígida, asignaban un determinado resultado a los medios de prueba formales que se utilizaban en el proceso; en este sistema el Juzgador no podía formar su convicción sobre la certeza de los hechos sino que debía formar su criterio apli-

cando las reglas estrictas que presidían la valoración de la prueba.

Por el contrario, en el proceso actual, el Tribunal debe regir su actuación por el principio de libertad de la prueba; apreciará por tanto la practicada según su conciencia (art. 741), sin que haya de consignar en la sentencia las razones en que base su criterio (artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento criminal). Este criterio de libertad en la apreciación de la prueba ha sido sancionado repetidamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias 26 de abril de 1890, 21 de septiembre de 1898 y 13 de noviembre de 1920, entre otras).

No obstante, el Juzgador debe regirse en esta operación por criterios racionales, de modo que si no está vinculado por normas jurídicas lo está por normas lógicas y aun experimentales que regulan el correcto discurso de la mente en sus operaciones intelectivas.

De esta apreciación libre no están exentos ninguno de los medios de pruebas regulados especialmente por la Ley, sin excluir siquiera la pericial, ya que las declaraciones de los peritos no constituyen más que una clase de pruebas, cuyo análisis, calificación y apreciación corresponden al Tribunal sentenciador, sin que quepa contra su apreciación recurso alguno (Sentencias 23 y 27 de abril de 1887).

Para la apreciación y valoración de la prueba testimonial, el Tribunal debe juzgar sobre la credibilidad del testigo, teniendo en cuenta para ello: la averiguación de su posible vinculación con los sujetos o el objeto del proceso (arts. 436 y 708 de la Ley de Enjuiciamiento criminal); la exigencia de que expresen la razón de su dicho y si fueren de referencia el

origen de la noticia (art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento criminal); las diferencias o contradicciones que aparezcan entre las declaraciones sumariales y las prestadas en el juicio oral, y la explicación que de ellas hubiesen dado los testigos en su caso (artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento criminal) las pruebas complementarias practicadas, de oficio o a instancia de parte, en el juicio oral, para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración testifical (art. 729, n.º 3 de la Ley de Enjuiciamiento criminal); y el resultado de los careos que hubiesen podido llevarse a cabo, y que tienen, a veces, un enorme valor psicológico.

No existen en nuestro derecho positivo personas a las que forzosamente deba concederse mayor crédito, que se conocen como testigos de mayor excepción, incluso los testimonios prestados por funcionarios de la policía judicial, ya consten en el atestado, ya se presenten ante el Tribunal, deben ser apreciadas conforme a las reglas del criterio racional (arts. 297 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento criminal).

Cuando los medios de prueba aportados consisten en documentos, la apreciación de la prueba adquiere un relieve singular, ya que la realizada por el Tribunal atendiendo a otros medios de prueba no puede ser revisada por el Tribunal Supremo en méritos de un recurso de casación por infracción de Ley, mientras que la apreciación de la prueba cuando se funda en documentos o contradice lo que resulta de éstos, puede ser revisada cuando concurren ciertos presupuestos, como el de que el documento sea auténtico y pueda ponerse de relieve a base del mismo el error en la apreciación del material probatorio.

Es necesario establecer ciertas reglas a este respecto: así puede afirmarse que cada documento prue-

ba su propia existencia; que si se establece el autor de un documento queda probado el hecho de su otorgamiento, de modo que si este hecho es el *thema probandi* del proceso, queda probado éste; que para establecer el autor debe atenderse al carácter público o privado del documento y si se atribuye su otorgamiento a las partes o a terceros, pudiendo estimarse auténticos sólo aquellos de naturaleza pública o los privados cuya autenticidad haya sido reconocido por aquél a quién se atribuyen como autor, o por medio de prueba pericial complementaria; que, cuando se trata de un documento narrativo, o sea aquél en que se inserta una declaración, si se establece el autor del mismo, según sea público o privado, queda probado que las declaraciones insertas en el mismo se han llevado a cabo, pero la certeza de su contenido sólo puede estimarse probada si se trata de una declaración de voluntad, quedando el contenido de las declaraciones de conocimiento sujeto a prueba complementaria o a la apreciación discrecional del Tribunal como testimonios jurados o no.

Finalmente, es preciso tener en cuenta que la certeza de los hechos no depende del número ni de la clase de pruebas que se haya practicado sobre cada uno de ellos; así, un testigo creíble puede convencer al Tribunal con más fuerza que una pluralidad de testigos de referencia o de presencia de cuya veracidad existen motivos para dudar. Además, el Tribunal debe combinar las diversas pruebas practicadas, formando su convicción del resultado conjunto de todas ellas.

c) Luego de apreciada y valorada la prueba, puede el Tribunal llevar a cabo la determinación de hechos ciertos; parece, *prima facie*, que ambas operaciones se confunden y, no obstante, en la realidad

son diversas, si bien la segunda se apoya en los resultados obtenidos en la primera.

Con la valoración de la prueba el Tribunal adquiere una convicción sobre la certeza de unos hechos aislados, es decir, de unos acaecimientos que por sí solos no pueden constituir supuesto de hecho que comparar con el de ninguna norma. La apreciación y valoración de la prueba equivalen a la investigación del historiador, que obtiene datos desprovistos de toda vivencia, fríos y sin significación alguna.

La determinación de los hechos ciertos supone una fase lógica posterior, basada en los datos obtenidos con la investigación anterior, y en los alegados por la parte y que no precisan de prueba por ser notorios. El Tribunal, lo mismo que el historiador, debe proyectar su actividad sobre estos datos fríos de la realidad, y rehacer con ellos la pequeña historia que supone cada proceso; debe aspirar a obtener una vivencia de estos mismos hechos y reconstruir la realidad histórica.

Es aquí donde tienen su juego las presunciones legales, en que el Tribunal da como ciertos hechos que no fueron objeto de prueba, pero cuya certeza deriva de una relación establecida legalmente con otros hechos probados; es también en esta fase de la operación facticia cuando el Tribunal, mediante la formulación de reglas o normas de la experiencia, obtiene o no la certeza de hechos que no fueron objeto directo e inmediato de la prueba, y cuando por medio de indicios convergentes reconstruye la realidad que no pudo conocer directamente.

De la certeza del descubrimiento de un cadáver, de la certeza sobre la causa de la muerte, de la convicción sobre la autenticidad de una huella dactilar de

la determinación de la aprehensión de un individuo a quién pertenece la huella en las cercanías del lugar en que se produjo aquella muerte, de la certeza de que el arma hallada en poder del sujeto aprehendido fue el instrumento del delito, hechos todos ellos que han sido objeto de prueba aisladamente, deduce o puede deducir el Tribunal otro hecho de la realidad, distinto de los anteriores, y que en ellos tiene su base; a saber, que el sujeto aprehendido causó la muerte de otra persona. Y por la situación de la herida se determinará la posición del culpable a efectos de determinar si se buscó o no de propósito la indefensión de la víctima, y otros hechos reales que tienen un sentido, al revés de lo que ocurría con los hechos objeto de la prueba.

Sin necesidad de prueba alguna directa, y por imperativo legal, el Tribunal que el acto fue voluntario y así sucesivamente adquirirá un conocimiento completo de la realidad, una vivencia de lo ocurrido, que le permitirá pasar a las fases posteriores del enjuiciamiento.

d) El término normal del juicio de hecho es esta determinación de los hechos ciertos, que culmina en la reconstrucción del llamado hecho punible y, en su caso, de los hechos antecedentes, concomitantes o consiguientes en que se ha de fundar una modificación, exención o extinción de la responsabilidad criminal y civil del imputado. Pero hablamos de esta fase del enjuiciamiento partiendo del supuesto del resultado positivo de la apreciación de la prueba, sin que ello pueda hacernos olvidar la posibilidad de un resultado total o parcialmente negativo de la misma. Por ello, al lado de la determinación de los hechos ciertos, debemos referirnos también a la determina-

ción de los hechos inciertos que está en conexión íntima con la carga de la prueba. No obstante, aquella determinación es más amplia que la carga, ya que ésta se refiere a las partes privadas tan sólo, mientras que aquélla afecta también a los hechos en que se fundaron las pretensiones y calificaciones de las partes públicas singularmente el Ministerio fiscal.

Puede ocurrir que los hechos esenciales en que se fundaban las pretensiones de las partes acusadoras no hayan quedado probados, directa ni indirectamente, ya por no haberse hallado vestigios racionales de los propios hechos, ya por haber acreditado la parte acusada por medio de prueba de hechos contrarios, la insubsistencia o falta de realidad de los primeros.

En tal caso, sobre incluso el juicio de derecho, ya que de esta determinación de los hechos inciertos debe pasar el Tribunal a la absolución, no por imperativo de un proceso jurídico, sino de un precepto lógico, metaprocesal, que ha de ponerse en juego con el principio de político procesal penal *in dubio pro-reo*; la absolución, por tanto, no exige que el imputado haya demostrado la insubsistencia del hecho esencial constitutivo del delito o su falta de participación en él, ya que en este caso tendremos una determinación de certeza negativa con sus consecuencias para el efecto de cosa juzgada en el proceso civil, sino que precisa tan sólo la insuficiencia de prueba de los hechos alegados por las partes acusadoras y la estimación de que han quedado inciertos.

Este efecto de la incerteza se limita a los hechos constitutivos de delito o de los daños y perjuicios cuya indemnización se pretende. La determinación de incerteza de los otros hechos, que repercutirá sobre las pretensiones de las partes acusadoras, cuando se

trate de los en que se funde una agravación de la responsabilidad criminal, y sobre las de las partes acusadas, cuando se funde en ellos una circunstancia impeditiva, atenuante o extintiva de dicha responsabilidad, produce su efecto llegado el momento de elección de la norma aplicable, ya que sólo podrán ser objeto de calificación jurídica los hechos ciertos, y en consecuencia sólo podrá aplicarse la norma referida a los hechos calificados.

Para determinar, por tanto, los hechos inciertos, el Tribunal debe tener en cuenta las pretensiones y contrapretensiones de las partes, ya que las normas alegadas por cada una de ellas por entender que favorecen su posición, sólo podrán ser tenidas en cuenta si los hechos que les sirven de soporte han quedado incluidos en la determinación de certeza.

Aun tratadas del modo más esquemático posible, la amplia problemática que plantea la técnica del juicio de hecho, en el enjuiciamiento que ha de llevar a cabo el Juez penal, nos ha obligado a dedicarle más espacio del deseado, pero su importancia en el proceso penal lo justifica. En el proceso civil puede darse una cuestión entre partes, limitada a la cuestión jurídica, por estar conformes las partes en los hechos, pero no en sus efectos jurídicos. La función de enjuiciamiento facticio se substrahe al juzgador, porque el acuerdo de las partes sobre los hechos hace inútil la prueba y pueden los litigantes pedir que se falle definitivamente el pleito sin necesidad de prueba, en cuyo caso mandará el Juez traer los autos a la vista con citación de las partes para sentencia (art. 552 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

En cambio, en el proceso penal no puede darse una situación igual ni parecida. El asunto penal, que constituye el objeto del proceso penal, es ante todo y

sobre todo una situación de hecho, lo que se juzga en él éste es una conducta humana, individualizada, un trozo de la vida de un hombre concreto. Ni siquiera puede ser parte acusada una persona jurídica, sino en todo caso habrá que juzgar la conducta de alguna o todas las personas físicas que la integran, la conducta concreta de cada una de ellas dentro de la sociedad, de la fundación o de la institución, o desde ella. La minoría de edad penal o la enajenación mental, una vez acreditada en el proceso, impide la continuación del proceso penal, y lo mismo la muerte del imputado; mientras que en el proceso civil pueden ser parte desde el *nasciturus* hasta los herederos de la parte que muere durante el proceso, así como el incapaz civilmente, acudiendo al mecanismo de la representación, lo mismo que ocurre con las personas jurídicas. En el proceso civil existe la posibilidad de actuar como parte procesal en virtud de la sustitución procesal, institución desconocida en el proceso penal.

El distinto papel que juega en uno y otro proceso la voluntad de las partes materiales, en los negocios jurídicos civiles lícitos o ilícitos, y en los actos que revisten los caracteres de delito, determina también paralelamente la necesidad de un distinto enjuiciamiento en uno y otro. En el mundo civil la relación voluntad-declaración no tiene semejanza con la relación voluntad-resultado o voluntad-peligro del mundo penal. En aquél, el sustrato facticio puede estar integrado por realidades y por ficciones, las apariencias, el goce pacífico de situaciones que normalmente exigirían la titularidad de un derecho puede ser protegido, incluso jurisdiccionalmente. La conducta dolosa, culposa o negligente se sanciona civilmente con una indemnización proporcional al daño patrimonial/

producido, previa prueba de éste. En el proceso penal se valora de modo distinto la conducta dolosa de la culposa, con independencia del resultado de una y otra, que puede ser el mismo, y muy distinto el resultado del enjuiciamiento, en uno y otro caso, y una conducta es punible penalmente aunque no se haya producido el resultado previsto, o sea distinto, sin que el error del agente influya normalmente en la sanción.

No podemos terminar este esbozo de la problemática del juicio de hecho sin hacer una breve referencia al tema de los indicios en el proceso penal que tiene su paralelo en el proceso civil con el de las presunciones, y que ha sido preocupación constante de la cátedra de Barcelona, cuyo interés se refleja en los valiosísimos trabajos de los profesores Carreras y Serra en ambos campos.

La formación en ambos en un magisterio común no ha impedido, afortunadamente que con similitud de método de trabajo, hayan llegado uno y otro a distintas conclusiones conceptuales, al tratar de elaborar las relaciones entre el indicio y la presunción.

Para Carreras «la presunción judicial supone una autorización al Juez para que fije formalmente un hecho que estime probable cualificadamente, la prueba de indicios, verdadera prueba crítica, sólo puede ser eficaz cuando, por su medio, el Tribunal penal llegue a la certeza de que el hecho se produjo y es imputable a un sujeto determinado. Con base en los indicios sólo se puede realizar un juicio de certeza, como en las demás pruebas, y si se llega a la creencia de una mera probabilidad debe rechazar la tesis y absolver al imputado».

Para Serra «el indicio es el hecho base de una presunción, y la prueba indiciaria de la presunción

formada en el proceso penal. Tales afirmaciones no implican que el tratamiento de la prueba indiciaria en el proceso penal sea el mismo que el de la presunción en el proceso civil, sino únicamente una identidad de estructura, naturaleza y función probatoria de la presunción en ambos procesos, que, sin embargo, admiten diferencias de tratamiento derivadas no de la presunción en sí, sino únicamente de los principios diversos que informan tales procesos».

Líbreme Dios de intentar siquiera actuar de árbitro en estas posturas polémicas, en primer lugar porque no sería este el momento adecuado, ya que los trabajos, tanto del uno como del otro son tan serios y documentados, que podría considerarse como menosprecio —a pesar de que el profundo afecto que tengo a ambos no lo podría hacer pensar—, el que querer en unas cuantas líneas decidir la cuestión litigiosa; y, en segundo lugar, porque si bien mis años me concedieron el privilegio de ser el maestro de ambos, este privilegio fué pasajero, y hoy pueden enseñarme muchas cosas. Por ello quiero limitarme a sugerir a ambos que mediten sobre la trascendencia que pueden tener, en sus futuros trabajos en la materia, ciertas observaciones que me han sugerido mi continuo trato con libros viejos y experiencias actuales.

En primer lugar, y por lo que se refiere al proceso penal, existe, o mejor habría que decir existía, un concepto que todos hemos trascurado, y que a mi entender convendría analizar a fondo para ver qué consecuencias podían obtenerse en relación con la naturaleza de los indicios. Se trata del llamado «cuerpo del delito», que es privativo del proceso penal, tomando este concepto no en sentido vulgar de los instrumentos, cosa u objeto con que se ha cometido, como el

arma con que se hizo la herida, o el cadáver de la persona asesinada, sino como la prueba física o moral de su ejecución, como nos recuerda Ortiz de Zúñiga, en su inestimable «Práctica general forense».

En segundo lugar, meditar sobre toda esa extraordinaria rama de la literatura que a partir de Edgar Allan Poe, se ha producido en los países anglosajones, cuyos cultivadores han hecho de los indicios (prueba circunstancial) una fuente inagotable de su quehacer literario, llegando a verdaderos virtuosismos imaginativos, creando escuelas y especialidades verdaderamente asombrosas, para enseñarnos, al mismo tiempo que nos deleitan y nos divierten, cómo el engañoso juego de los indicios puede apuntar en una dirección, para el final en una rapidísima mutación perfectamente coherente y lógica dentro de la ficción, demostrar que aquellos mismos indicios barajados en otra forma conducían a una solución inesperada. Y es curioso observar cómo los países latinos se han limitado a imitar el género, sin haber logrado que se recuerden nombres tan imposibles de olvidar como los de los autores anglo-sajones. Y más aún, que es ésta, probablemente, la única rama de la literatura que no ha logrado tener en España cultivadores de altura a pesar de la ingente demanda que se produjo en su día que hubo de ser alimentada exclusivamente con traducciones.

Tampoco los Tribunales españoles han sabido afinar, como los anglosajones, en materia del enjuiciamiento del hecho. Baste como botón de muestra la forma en que se reciben y documentan las declaraciones testificales, por ejemplo, en las que la genuina declaración del testigo o del propio imputado, queda

«traducida», no sólo porque se transporta el relato de la primera a la tercera persona, gramaticalmente, sino porque se le quita a la declaración la jugosa espontaneidad del testigo, indispensable indicio de su credibilidad.

En tercer lugar, habría que meditar sobre lo que ocurre en el proceso penal con la presunción —no indicio— de voluntariedad genérica que se recoge en el artículo 1.º del Código penal, y que en nada se diferencia, ni en su formulación ni en su tratamiento procesal, con las presunciones que se manejan en el proceso civil. Lo mismo puede decirse de otras presunciones que se establecen en ciertos delitos, en particular.

Y, por último, recordar que existen procesos civiles en los que los indicios, como tales, cualquiera que sea su naturaleza, juegan un papel idéntico al que lo hacen en el proceso penal: pensemos en los procesos civiles por usura, por simulación de negocios jurídicos, etc.

El juicio de derecho que realiza el Juez penal, al que puede aplicarse todo lo que hemos dicho respecto al de hecho, en punto a su desarrollo lógico, con aquellas salvedades, puede distinguirse en las siguientes etapas o fases: *a)* la calificación jurídica de los hechos ciertos; *b)* la búsqueda de la norma penal aplicable (con las consecuencias que lleva consigo la inexistencia de ésta); *c)* la concurrencia de los presupuestos de procedibilidad; *d)* la subsunción de los hechos en la norma.

a) El juicio de derecho se inicia con la calificación jurídica de los hechos ciertos; del terreno facticio se ha pasado al jurídico, y así como al reflejarse el resultado del primero en la sentencia deben describirse los hechos sin emplear conceptos jurídicos que predeterminen el fallo, en cambio, en el segundo los términos descriptivos dejan paso a los conceptos jurídicos que, a modo de etiqueta técnica, sirven para manejar aquellos hechos y completar la operación enjuiciadora.

Deberá determinarse, por tanto, la naturaleza jurídica del hecho punible, o sea la clase y tipo de delito cometido, y la participación del imputado o imputados en él.

Si existen otros hechos, además de los en que se funden estas calificaciones, deberán ser a su vez calificados jurídicamente, buscando su significación, ya no histórica, sino jurídica y legal. Constituye calificación jurídica afirmar que se cometió un delito de

robo o de asesinato, teniendo en cuenta que se han reunido en esta calificación dos o más señas de hechos ciertos, de modo que al hecho de la sustracción de una cosa mueble se ha unido la de violencia en las personas o fuerza en las cosas, o al de la muerte causada a una persona por otra el del empleo de veneno o la recompensa o precio ofrecido para obtener aquella muerte. Pero también constituye calificación jurídica determinar que un hecho punible se llevó a cabo en estado de necesidad, o de transtorno mental transitorio, o precedido de una agresión ilícita, o que ha transcurrido el tiempo necesario para que opere la prescripción, etc.

Esta primera fase del juicio de derecho supone, pues, el tratamiento jurídico de los hechos, realizada por funcionarios técnicos como son los Magistrados que integran el Tribunal.

b) La calificación jurídica de los hechos permite que el Tribunal lleve a cabo seguidamente la búsqueda de la norma penal aplicable o la determinación de que no existe norma sancionadora referida a los hechos probados y calificados. Si el Tribunal estima la inexistencia de norma penal aplicable, el resultado debe ser la absolución, nótese que no es lo mismo insuficiencia de prueba o insubsistencia del hecho punible que inexistencia de norma penal aplicable, ya que los dos primeros términos connotan resultado negativo del juicio de hecho, mientras que el último implica resultado del juicio de derecho. La inexistencia de norma supone la existencia de un hecho probado, de una realidad averiguada en su plenitud, pero cuya calificación demuestra que no es constitutivo de delito, y por ello se impone la absolución, ya no en virtud de un principio metaprocesal y lógico, como

en el caso anterior, sino como consecuencia del principio jurídico *nullum crimen sine lege*.

Presupuesto de procedibilidad de ambos procesos, instructorio y decisorio, era el de que el hecho afirmado como existente e imputado a la parte acusada revistiese caracteres de delito, y naturalmente ha de ser esta circunstancia presupuesto indeclinable de la declaración de existencia de responsabilidad, que lleva consigo la sentencia condenatoria.

c) Así como este presupuesto de procedibilidad tiene su tratamiento en el enjuiciamiento definitivo, también los demás presupuestos y condiciones de procedibilidad lo tienen; si a pesar de no concurrir las circunstancias anteriores y posteriores a la iniciación de cada una de las fases procesales, se iniciaron éstas y llegaron indebidamente a su normal término, el Tribunal debe tener en cuenta esta carencia y proceder a la absolución del acusado.

Si se siguió un proceso por supuesto delito de violación, y resulta cometido el delito pero no precedió denuncia de la perjudicada o de su representante legal, ni ha sido subsanado el defecto o vicio inicial; si se siguió un proceso por insolvencia fraudulenta de un quebrado y no ha precedido la declaración de fraudulencia de la quiebra por el Tribunal civil; si resulta que el imputado fue procesado sin la debida autorización, etc., o cuando la parte acusadora retira la acusación y solicita que se absuelva al imputado, faltan los presupuestos y condiciones de procedibilidad, y el Tribunal debe absolver libremente al imputado.

Las condiciones de procedibilidad se convierten así en condiciones de punibilidad. En el proceso penal actual a diferencia de lo que ocurría en etapas

históricas anteriores, aun actualmente en el proceso civil, no se permite la llamada absolución de la instancia, que suponía una sentencia procesal sin efecto de cosa juzgada, sino que es absolutamente preciso que el Tribunal, terminado el juicio oral, dicte sentencia condenando o absolviendo libremente. Así, se dispone en la Ley que la absolución se entenderá libre en todos los casos (art. 144 de la Ley de Enjuiciamiento criminal), y se prohíbe en ella al Tribunal que conoce del juicio oral emplear la fórmula del sobreseimiento respecto a los imputados a quienes no debe condenar (art. 742 de la Ley de Enjuiciamiento criminal). El Tribunal Supremo casó varias sentencias por quebrantamiento de forma, a causa de que el Tribunal de instancia, estimando que faltaba el requerimiento del Fiscal Superior de Tasas, había-se limitado a declarar la nulidad de todo lo actuado, en lugar de absolver libremente al procesado (Sentencias 30 de abril, y 4 y 7 de mayo de 1953).

La acertada proscripción de la absolución de la instancia, que se proclamó ya en el art. 89 de la Ley provisional de enjuiciamiento criminal de 1872, y que se confirmó en la vigente Ley de Enjuiciamiento criminal, impide, pues, que el Tribunal de instancia trunque el enjuiciamiento apreciando la nulidad de lo actuado o sobreseyendo, y convierte como decimos las condiciones de procedibilidad en condiciones de punibilidad, ya que la falta de circunstancias formales o presupuestos procesales produce el mismo efecto que la concurrencia de hechos impositivos o extintivos de la responsabilidad criminal.

De igual modo, cuando se formularon nuevamente en el juicio oral como excepciones de fondo, las previstas como artículos de previo pronunciamiento en el art. 666, núms. 2.º a 4.º de la Ley de Enjuiciamiento

criminal, o sean, cosa juzgada, amnistía o indulto, y prescripción del delito, deberá el Tribunal si estima que debe dar lugar a ellas, absolver libremente al procesado y no emplear la fórmula de sobreseimiento libre.

No procediendo la absolución por inexistencia de norma penal aplicable o por carencia de condiciones de punibilidad formales, debe proceder el Tribunal, teniendo en cuenta la calificación de los hechos, a la búsqueda de la norma aplicable y a la subsunción de los hechos en la norma.

La calificación del hecho punible permite al Tribunal determinar la norma sancionadora que, en su caso, servirá de base a la declaración de responsabilidad y a la imposición de la sanción.

Pero la subsunción de los hechos en la norma no es tan directa como se ha estimado como ciertos otros hechos modificativos, impeditivos o extintivos de la responsabilidad criminal del acusado. Así, puede ocurrir que, a pesar de haberse elegido aquella primera norma, no pueda hacerse la declaración de responsabilidad por subsumirse otros hechos en las normas que determinan la exención de ella, como las previstas en el art. 8.º del Código penal como causas de justificación o de inimputabilidad; si se estimó la existencia de un delito de homicidio o lesiones, pero a la vez deben subsumirse otros hechos anteriores en la eximente de legítima defensa, no llega a aplicarse la norma sancionadora del homicidio, a pesar de coincidir parcialmente el hecho real con el supuesto de hecho legal, por interferirse aquella circunstancia.

En otro caso, aun siendo factible la declaración de responsabilidad, no será posible aplicar la norma sancionadora, o deberá aplicarse otra distinta. Si con-

curre una excusa absolutoria, la declaración de responsabilidad deberá llevarse a cabo, pero no podrá el Tribunal ejercitar su potestad impositiva de la sanción que en esto consistiría aplicar la norma en que subsumieron los hechos, por interferirse aquella excusa que vincula al Tribunal a absolver al imputado. En cambio, si concurren circunstancias agravantes o atenuantes, si en lugar de ser los procesados autores son cómplices o encubridores del delito, si éste se realizó sólo en grado de frustración o tentativa, si por ser mujer la condenada debe sustituirse la pena de presidio por la de prisión (precepto éste innecesario, por otra parte, en la actualidad), etc., la determinación de los efectos de la norma se hace con referencia a otra distinta de la primera en que se llevó a cabo la subsunción de los hechos.

Tanto para declarar el Tribunal penal la inexistencia de una norma penal aplicable a los hechos probados y calificados, como para declarar la aplicabilidad de una norma penal a los que estime probados, ha de completar tanto las normas excluidas como las aplicables con otras normas materiales que no tienen el carácter de normas penales, así como en otros casos tendrá que completarlas con normas de experiencias. La norma penal es una norma secundaria, en la que sólo se consigna el hecho típico constitutivo de la infracción y la sanción específica aneja por regla general, quedando fuera la mención del deber infringido principio y fundamento de la responsabilidad y, por consiguiente, de la sanción. No se ha considerado necesario, sin embargo, por el ordenamiento jurídico que se consigne en la sentencia, como norma general, la determinación del deber infringido, aunque otra pudiera creerse de la redacción del precepto contenido en la ley que exige que consten en la sentencia «los fundamentos doctrinales y legales de los hechos que se hubieren estimado probados» (art. 142, 4.º de la Ley de Enjuiciamiento criminal).

Descartado de nuestro estudio el problema que plantea la determinación concreta, en cada caso, del deber infringido, fundamento último de la responsabilidad y sanción, nos vamos a ocupar del estudio de las cuestiones que plantean las leyes materiales no penales que han de ser observadas en la aplicación de la ley penal, y cuya inobservancia puede ser corre-

gida en la casación determinando la nulidad de la sentencia (art. 849, n.º 1.º de la Ley de Enjuiciamiento criminal).

Es imposible en un trabajo de la naturaleza del presente acometer de forma exhaustiva el planteamiento y solución de los problemas de esta índole que encierran los preceptos contenidos en los artículos del Código penal y leyes especiales, por ello nos vamos a limitar al estudio de los más característicos, dejando para otro momento, o para otros estudiosos, un estudio completo de la materia, huérfana hasta ahora de todo tratamiento científico, a pesar de la enorme trascendencia científica y práctica del tema.

No se trata de determinar el llamado «bien protegido» por la norma penal, que ha sido abordado recientemente por la doctrina penal a partir de la doctrina penal alemana, acogida favorablemente en España. Entendemos, con todos los respetos debidos a los cultivadores de la ciencia hermana, que si bien este enfoque puede contribuir a aclarar y a penetrar más profundamente en el estudio de los delitos, el punto de partida no es correcto, ya que, como dijimos al principio, con la norma penal no se tiende a proteger bienes —materiales o espirituales—, sino a reforzar el cumplimiento de los deberes a respetar situaciones jurídicas, que no engendran derechos subjetivos respecto del obligado a respetarlas (ya que el mero incumplimiento no doloso de obligaciones voluntariamente contraídas, y que viola derechos subjetivos, no puede engendrar responsabilidad criminal, sino tan sólo la civil), y sin embargo el que tiene u ostenta un derecho subjetivo frente a otro obligado tiene un bien protegido por el Derecho civil, pero el que no alcanza la protección penal, más que en casos excepcionales, y ello por infracción simultánea de deberes sanciona-

dos penalmente, que refuerzan el cumplimiento de las obligaciones voluntarias.

Ni concibiendo el Derecho penal como protector de bienes ni, como entendemos nosotros, como sancionador de la infracción de deberes de respetar situaciones jurídicas, no serán estos fines del Derecho penal objeto de nuestro estudio, porque el fin del Derecho penal excede de los límites trazados a nuestro trabajo, que tiene un fin mucho más concreto, a saber, los problemas que plantea al enjuiciamiento de derecho el intenso maridage de la ley penal que han de ser tenidas en cuenta por el juzgador penal en el juicio de derecho y cuya infracción es denunciabile en casación, a la que en cambio no pueden tener acceso las cuestiones que plantea el bien protegido, pero sí la infracción de deberes, cuando éstos tienen una formulación explícita en normas no penales.

Al tratar del enjuiciamiento definitivo del proceso decisorio que precede a la sentencia que le pone término y por medio de la cual los Tribunales ejercitan su potestad declarativa de la existencia o inexistencia de responsabilidad criminal, y la impositiva, en su caso, de sanciones penales y civiles, decíamos que la formulación de los juicios de hecho y de derecho comprendía una serie de operaciones psicológicas, lógicas y jurídicas de diversa naturaleza, que no podían reducirse al simple esquema de un silogismo.

La resolución de los diversos puntos de hecho y de derecho debe seguir un *iter* lógico, de modo que no puede pasar a tratarse de uno de ellos mientras no haya sido resuelto el anterior. Ahora bien, mientras algunos de estos puntos o cuestiones no requieren un juicio propiamente dicho, sino que integran el juicio general, otros suponen la necesidad de formular un

juicio previo a fin de aportar el resultado del mismo como un dato necesario para resolver la cuestión propiamente penal.

De aquí que, tradicionalmente, la doctrina distinga entre cuestiones previas y cuestiones prejudiciales, en cuanto las primeras integran el propio juicio sobre la materia penal, mientras que las segundas suponen un juicio de diversa naturaleza, cuya resolución ha de servir de base a la decisión del problema penal esencia del proceso.

La distinción entre ambas clases de cuestiones no se reduce simplemente a una diferencia psicológica o lógica estructural, sino que tiene su base fundamental en la naturaleza misma de la cuestión que ha de someterse a juicio.

El Tribunal penal para ejercitar sus facultades, en orden a la declaración de existencia de responsabilidad e imposición en su caso de la sanción, debe tener en cuenta no sólo el derecho material penal, sino además otras normas sustantivas o materiales de carácter no penal. El legislador, al describir o tipificar las conductas penalmente injustas, se sirve no sólo de hechos y conceptos penales, sino de conceptos pertenecientes a otras ramas jurídicas y además de conceptos metajurídicos. Los términos «enajenación mental» o «trastorno mental transitorio», por ejemplo, no constituyen hechos diferenciados de toda valoración, sino conceptos de carácter médico, cuya estimación debe hacerse, aun dentro del juicio de hecho, por medio de valoraciones metajurídicas, y aplicando muchas veces las normas o reglas de la experiencia.

Otros conceptos presuponen una valoración jurídica no penal de los hechos, en el ámbito del juicio de derecho, que exigen un juicio previo e indepen-

diente del juicio penal propiamente dicho. Cuando deba determinarse la existencia o inexistencia del vínculo matrimonial en los delitos, en cuyo tipo entre dicho vínculo como elemento de antijuricidad, o deba precisarse el estado civil de una persona, o relación de parentesco, o la existencia o titularidad de un dominio sobre unos bienes determinados, etc., estamos ante conceptos y cuestiones civiles o canónicas que exigen un juicio previo al propiamente penal.

En tales casos, al juicio de derecho que tiene en cuenta las normas penales materiales, con sus fases de calificación jurídica de los hechos y subsunción de éstos en la norma penal sustantiva, debe proceder otro juicio de derecho que tenga por base determinados hechos declarados ciertos, y cuya calificación jurídica y subsunción en normas materiales no penales ha de proporcionar el dato preciso para poder entrar en la formulación del juicio de derecho esencial.

El juicio de derecho, basado naturalmente en un previo juicio de hecho, diferenciado o no del anterior, cuando tiene por objeto unas normas materiales no penales, debe ser lógicamente anterior al que tiene por objeto las normas penales, ya que en este segundo debe partirse del resultado obtenido en el primero; por ello estamos ante un prejuicio, y las cuestiones que puedan o deban tratarse en aquel primer juicio de derecho reciben el nombre de cuestiones prejudiciales.

La prejudicialidad es un fenómeno jurídico de carácter general producido por la relación y conexión entre las diversas ramas del Derecho y la unidad del ordenamiento jurídico en el que no existen compartimentos estancos.

El primer problema técnico que plantea la prejudicialidad es el de la atribución de la facultad de llevar a cabo el juicio sobre la cuestión prejudicial, y el origen de este problema tiene su raíz en la relación que existe entre la diversidad de ramas del Derecho y la especialización de los órganos de la jurisdicción.

Si en el órgano jurisdiccional del Estado no existiese especialización orgánica alguna por razón de la materia, sino que las funciones o potestades del Estado en orden a la administración de Justicia se ejercitaran por un mismo tipo de titulares del órgano jurisdiccional, la prejudicialidad repercutiría sobre el proceso en un sentido exclusivamente dogmático, de modo que vendría a ser uno de los elementos o cuestiones a tratar en la problemática del enjuiciamiento.

Por el contrario, y de modo lógico, en la organización actual del Estado, se tiende, dentro de la unidad orgánica jurisdiccional, a la división o especialización de los grupos o conjuntos de titulares del órgano, atribuyendo a unos el conocimiento de los asuntos civiles y a otros el de los penales o administrativos, si bien se da el caso de que por razones de política jurídica general a partir de un determinado momento histórico, se adjudicaran las funciones instructorias penales, a los jueces civiles de primera instancia, *ratione personae*, sin que esta unión personal de competencias heterogéneas, tenga la más mínima influencia en las funciones jurisdiccionales que se atribuyen a un mismo titular, ni implique en ningún caso a una confusión de funciones. Lo mismo ha ocurrido recientemente con la atribución de funciones netamente civiles a Tribunales penales, como lo son las Audiencias provinciales. Tanto la atribución de funciones penales a los jueces civiles, hace más de cien años,

como la de civiles a los penales está en franca pugna con los criterios de diferenciación de ambas funciones, que se propugna por la doctrina de manera unánime.

Ahora bien, si el conocimiento de las cuestiones reguladas en las diversas ramas jurídicas se atribuye normalmente a titulares diversos del órgano jurisdiccional, cuando para la resolución de una cuestión es preciso someter a juicio cuestiones de diversa naturaleza, surge el problema de determinar a qué órgano especializado de la jurisdicción se entregará el conocimiento de la cuestión prejudicial; es decir, si la jurisdicción para conocer de la cuestión principal —en este caso la penal— avocará a sí la necesaria para conocer de las prejudiciales, o si, por el contrario, deberá mantenerse total o parcialmente la separación objetiva de las jurisdicciones, de modo que el juicio previo se lleve a cabo por el Tribunal distinto al que formulará el juicio sobre la cuestión principal.

La solución adoptada por el legislador español es intermedia, lo que lleva a distinguir dos clases de prejudicialidad, a saber: la devolutiva y la no devolutiva; por prejudicialidad devolutiva entendemos la que surge cuando el juicio previo debe o puede encomendarse a distinto Tribunal del que conoce del proceso penal, y por prejudicialidad no devolutiva la propia de aquellas cuestiones cuyo enjuiciamiento puede ser llevado a cabo por el propio Tribunal penal y en el mismo proceso.

Seguidamente examinaremos ambas clases de prejudicialidad, atendiendo a las diversas cuestiones previstas por el legislador.

a) Las cuestiones prejudiciales no devolutivas se caracterizan por estar encomendado su enjuiciamiento

y decisión al propio Tribunal penal, no constituyen sino un jalón del enjuiciamiento del proceso, y en ellas es el propio Tribunal el que lleva a cabo el prejuicio para obtener el dato que ha de servir para el juicio penal.

En el enjuiciamiento y decisión de estas cuestiones los Tribunales penales se atemperarán a las reglas del Derecho Civil o administrativo que sean aplicables en cada caso (art. 7.º de la Ley de Enjuiciamiento civil), y la resolución se entiende para sólo el efecto de la represión (art. 3.º de la Ley de Enjuiciamiento civil), de modo que una vez obtenido por el Tribunal penal el dato necesario para el enjuiciamiento del proceso penal, la resolución dada a las cuestiones prejudiciales carece ya de todo efecto.

Tienen el carácter de cuestiones no devolutivas las civiles y administrativas que aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación (art. 3.º de la Ley de Enjuiciamiento civil), y las civiles referidas al derecho de propiedad sobre un inmueble o a otro derecho real cuando tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión (art. 6.º de la Ley de Enjuiciamiento criminal).

La conexión entre las cuestiones prejudiciales y las penales debe buscarse siempre en los hechos en que se fundan una y otra cuestión, por tanto serán devolutivas las cuestiones civiles o administrativas cuando los hechos —actos y negocios jurídicos— que deban ser objeto de calificación con arreglo a dichas normas, no estén diferenciados del hecho punible, ya por formar parte de lo que han de ser elementos de antijuridicidad del tipo de delito de que se trate, ya por existir entre unos y otro una relación tan estrecha que haga imposible su separación.

b) En cuanto a la segunda clase de cuestiones no devolutivas, debe entenderse que concurren los presupuestos necesarios cuando el título de dominio o de derecho real, o el acto de posesión sean tales, que no exijan que se declare judicialmente su eficacia o validez en un proceso civil, ya que por sí solos llevan aparejados una presunción de dominio o de titularidad del derecho, sólo destructibles en un proceso regido por las normas procesales civiles.

Las cuestiones prejudiciales devolutivas se caracterizan por la necesidad o posibilidad de que su enjuiciamiento y decisión se lleven a cabo por titulares del órgano jurisdiccional diversos de los Tribunales penales.

Pueden distinguirse dos clases de cuestiones devolutivas, según que su conocimiento pueda devolverse a una jurisdicción distinta de la penal, o que forzosamente deba referirse el conocimiento a Tribunales no penales. Las primeras se denominan cuestiones devolutivas relativas, para diferenciarlas de las otras, conocidas como cuestiones devolutivas absolutas.

Tienen el carácter de cuestiones devolutivas relativas las civiles y administrativas que, aunque aparezcan ligadas íntimamente al hecho punible sean determinantes de la culpabilidad o la inocencia del imputado (art. 4.º de la Ley de Enjuiciamiento criminal).

Si las partes no piden la decisión de estas cuestiones por Tribunales no penales, o no provocan esta resolución del modo que luego veremos, su decisión corresponde a los Tribunales penales, ya que el que se defiera o no su conocimiento a los primeros es potestativo de las partes.

Tienen el carácter de cuestiones devolutivas absolutas, y por ello su conocimiento y decisión corresponde siempre a los Tribunales no penales, las civiles referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión de estado civil (art. 5.º de la Ley de Enjuiciamiento criminal).

Cuando se hace referencia al carácter o naturaleza de estas cuestiones, y se puntualiza que se trata de cuestiones civiles, el legislador utiliza el término en sentido amplio, ya que si atendemos a las disposiciones que rigen el matrimonio en España, hay que entender que lo mismo se comprenden las cuestiones civiles propiamente dichas, o sea, aquellas cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales eclesiásticos competentes, y cuya decisión debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las disposiciones del Derecho canónico (Leyes de 12 de marzo de 1938 y 23 de septiembre de 1939; arts. 76 y 80 del Código civil; canon 1016 del *Corpus juris canonici*, y art. XXIV del Concordato de España con la Santa Sede).

Las cuestiones referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión del estado civil de las personas son siempre devolutivas absolutas, tanto si son determinantes de la inocencia o culpabilidad del imputado, como si tienen una relación con el hecho punible o con los hechos en que se fundan las excepciones opuestas por aquél.

De lo dicho parece resultar, *prima facie*, que las cuestiones prejudiciales sólo constituyen un problema de técnica enjuiciatoria del Tribunal penal cuando no son devolutivas, o cuando, siendo devolutivas relativas, no son suscitadas por las partes legitimadas para ello ante los Tribunales no penales, en el plazo que se les ha conferido al efecto. Pero esta conclu-

sión sería apresurada y errónea; a continuación observamos cómo, en cualquier caso de prejudicialidad, o el Tribunal penal debe enjuiciar y resolver una cuestión no penal, o dicho Tribunal penal se enfrenta con un hecho introducido en el proceso penal, integrado por una sentencia firme dictada por el Tribunal no penal.

El segundo problema técnico que plantea la prejudicialidad es el producido por lo que podemos llamar la relación temporal entre el proceso no penal y el penal, cuando se trata de cuestiones devolutivas.

Puede ocurrir, y ocurre normalmente, que cuando se inicia el proceso penal en que se producirá la cuestión prejudicial, ésta no haya sido objeto de un proceso no penal, de modo que para deferir el conocimiento de la cuestión a los Tribunales civiles, canónicos o administrativos sea preciso poner de relieve la existencia de ésta por alguna de las partes, y provocar el correspondiente proceso civil o contencioso administrativo.

Puede darse, en cambio, la hipótesis de que, al iniciarse al proceso penal, se haya producido y terminado un proceso no penal, cuyo objeto haya estado constituido por hechos con repercusión mediata o inmediata en el objeto material del proceso penal posterior. En tal caso, pueden producirse hipótesis de prejudicialidad en el proceso penal sin plantear una cuestión prejudicial, sino llevando a dicho proceso testimonio acreditativo de la cuestión prejudicial ya resuelta.

Cuando la cuestión prejudicial surge en el ámbito del proceso penal, y se postula la necesidad de su resolución, nos hallamos ante lo que puede denominarse prejudicialidad interna, ya que la sustanciación

de la cuestión y su decisión han sido provocadas por necesidades internas del mismo proceso penal.

Cuando, por el contrario, el proceso no penal ha surgido por iniciativa y sirviendo intereses ajenos al proceso penal, contemplamos la que denominaremos prejudicialidad externa.

La prejudicialidad interna afecta o puede afectar a la dinámica del proceso penal y provoca en su caso una crisis del proceso; la externa afecta sólo indirectamente al proceso penal, en cuanto la resolución del Tribunal no penal entra en él integrando el objeto facticio —hecho consistente en la existencia de la resolución— y el objeto probatorio —testimonio de la misma resolución— y por ello debe ser tenida en cuenta en el enjuiciamiento definitivo del proceso decisorio.

La prejudicialidad externa supone la existencia de una resolución jurisdiccional civil, contencioso-administrativa o canónica dictada en un proceso en que haya tenido por objeto un asunto de tal naturaleza, anteriores a la iniciación o al desarrollo del proceso penal.

No hay duda de que la existencia de esta resolución puede influir como hecho en el proceso penal ya por estar vinculada al hecho punible, ya por ser determinante, incluso, de la inocencia o culpabilidad del imputado. Si el proceso penal se sigue por un supuesto delito de daños causados en cosa ajena (artículo 557 del Código penal), y con anterioridad se hubiese resuelto en un proceso civil la cuestión de la propiedad de la cosa supuestamente dañada, no hay duda de que la declaración jurisdiccional civil sería un hecho de influencia en el proceso, y podría ser determinante, incluso, de la inocencia o culpabilidad

del imputado, o cuando menos del cambio del hecho punible que podría subsumirse en el tipo de delito que prevé y sanciona los daños en cosa propia del dañador concurriendo determinadas circunstancias (art. 562 del Código penal).

Normalmente, cuando nos referimos a inocencia o culpabilidad del imputado, utilizando los términos legales, pretendemos referirnos mejor a la tipicidad o atipicidad del hecho objeto del proceso penal por concurrir o no todos los elementos antijurídicos que integran el tipo de injusto penal descrito por la norma, excluyendo los presupuestos psicológicos de culpabilidad que se exigen en determinados casos.

Pero la prejudicialidad externa puede influir incluso en este elemento psicológico de la culpabilidad, ya que si la idea errónea de que al meter los ganados en un predio se ejercitaba un derecho excluye la culpabilidad, como ha declarado el Tribunal Supremo (Sentencias 22 de mayo de 1907, 20 de enero y 20 de febrero de 1914, entre otras), no hay duda de que la existencia de una sentencia civil en la que se declarase tal derecho, aunque no produzca efecto de cosa juzgada en el proceso penal ni vincule al Tribunal penal, en el sentido de estimar existente el derecho, bastaría para que se excluyera la culpabilidad y obligara a un fallo absolutorio.

Ahora bien, el problema de la prejudicialidad externa se halla centrado en la posibilidad de que, con anterioridad al proceso penal, pueden haberse producido y terminado procesos no penales, lo mismo respecto de las cuestiones prejudiciales devolutivas que de las no devolutivas, en cuyo caso si se admite la aportación del hecho de que una cuestión prejudicial no devolutiva ha sido resuelta por un Tribunal no penal, parece que se infringe el principio anterior

que establecíamos, conforme al cual el enjuiciamiento y decisión de estas cuestiones corresponde al Tribunal penal.

No hay duda de que, trátase o no de cuestiones devolutivas, la existencia de una sentencia firme no penal sobre una cuestión que afecta al asunto objeto de proceso penal, es un hecho que puede, e incluso debe, entrar en el material facticio del proceso penal. No pueden establecerse límites en cuanto a la producción de la prejudicialidad externa en el proceso penal, por lo que el problema se reconduce al esencial de toda prejudicialidad, cual es el de la fuerza y autoridad del juicio no penal respecto del que el juzgador penal debe llevar a cabo.

Debemos concluir, por tanto, que cuando existe prejudicialidad externa, por ser éste un hecho que influye o puede influir en el proceso penal, las partes tienen derecho a alegar aquella existencia y a aportar al proceso el testimonio de la resolución; y que incluso el Juez instructor, de oficio y en cumplimiento de su deber genérico de aportación de hechos al proceso, debe procurar la de dicho testimonio y la introducción del hecho de la resolución no penal en el material facticio del sumario.

La prejudicialidad interna presupone la existencia y alegación de una cuestión prejudicial no penal en el proceso; el modo de alegar y provocar el examen de una cuestión de tal naturaleza es la pretensión prejudicial, que pueden formular las partes que se han personado en el proceso o que han adquirido tal calidad, con los presupuestos, requisitos y condiciones que examinaremos seguidamente.

Atendiendo a las diversas clases de prejudicialidad por razón de la especialización de los titulares del

órgano jurisdiccional que deben conocer de ellas y resolverlas, distinguiremos a su vez entre pretensiones prejudiciales devolutivas y no devolutivas, y las primeras en devolutivas relativas y devolutivas absolutas.

Las pretensiones prejudiciales no devolutivas son aquellas que, propuestas por parte legítima tienden a provocar el examen por el propio Tribunal penal de una cuestión fundada sobre hechos, actos o negocios jurídicos tan íntimamente ligados con el hecho punible que sea imposible racionalmente su separación, o constitutivos de un derecho de propiedad sobre bienes inmuebles u otro derecho real, cuando éstos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión.

El problema fundamental en torno a las pretensiones no devolutivas surge, en cuanto al tiempo y forma de su formulación. La afirmación rotunda de la Fiscalía del Tribunal Supremo de que las cuestiones prejudiciales sólo pueden promoverse antes de formular la calificación provisional, no puede entenderse referida a las no devolutivas; éstas, por tener que ser resueltas por el propio Tribunal penal, como hemos visto, constituyen uno de los elementos del enjuiciamiento definitivo del proceso.

La proposición de las cuestiones que, en general, deben ser objeto del proceso y de su enjuiciamiento se lleva a cabo por las partes precisamente en los actos de calificación provisional y calificación definitiva; en uno y otro, al formular sus pretensiones y contraposiciones, las partes delimitan los hechos y aportan las razones jurídicas oportunas. Por consiguiente, la pretensión prejudicial no devolutiva debe ser propuesta expresamente en uno de estos actos de

calificación, y su decisión debe utilizarse como dato para la formulación de la pretensión o contrapretensión punitivas.

No puede desconocerse, sin embargo, la posibilidad de que una de las partes alegue en el sumario la existencia de una cuestión prejudicial, cabe preguntarse si nos encontramos precisamente ante una pretensión prejudicial propiamente dicha, o si, por el contrario, no la constituye dicha alegación; y, en tal hipótesis, si puede admitirse o no dicha alegación en el período sumarial.

La pretensión propiamente dicha, en cuanto afecta al enjuiciamiento, no hay duda de que se lleva a cabo en la calificación, provisional o definitiva; el escrito que una de las partes, asistido de Letrado y representada por Procurador, en su caso, puede presentar ante el Juzgado instructor, constituye uno de los actos de alegación que la Ley permite, pero su función no es exactamente la propia de la pretensión prejudicial, sino una solicitud o petición de que se instruya respecto de los hechos en que la cuestión prejudicial ha de fundarse; de modo que el acto de instrucción de la cuestión prejudicial en el sumario cumple una función similar a la de la querella respecto de la pretensión punitiva.

El hecho de que la pretensión prejudicial se formule conjuntamente con la punitiva o la de resarcimiento en su caso, o sus correlativas contrapretensiones, aclara indudablemente el problema de la forma; la Ley no exige unos requisitos especiales, ni una súplica concreta encaminada a vincular al Tribunal en el sentido de que resuelva la cuestión. Basta que la cuestión, ya sea al describir los hechos que resultan del sumario o del juicio oral, o al aportar

las razones jurídicas relativas a la calificación del delito, de la participación del imputado en el mismo, o de las circunstancias impositivas, extintivas o modificativas de la responsabilidad, se haya propuesto o afirmado, en cuyo caso su constancia en la calificación basta para que el Tribunal sea llamado a resolver la cuestión, en aplicación del precepto general de que el Tribunal, en su sentencia, deberá, para no incurrir en incongruencia, resolver todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio (art. 742 de la Ley de Enjuiciamiento criminal).

Por eso nos parece relevante la discusión mantenida en la doctrina respecto de si el Tribunal podía o no plantear de oficio una cuestión prejudicial en cuanto la norma se refiere sólo a las propuestas con motivo de los hechos perseguidos. El Juez instructor tiene el deber de introducir en el sumario todos los hechos que racionalmente entienda relacionados con el hecho punible, y esta obligación alcanza también a aquellos en que se pueda fundar una cuestión prejudicial.

En el proceso decisorio, las partes fijan el debate proponiendo las cuestiones que el Tribunal debe resolver, y basta que la prejudicial se haya formulado como una afirmación de hecho o como una razón jurídica para que se entienda propuesta por las partes y deba ser resuelta por el Tribunal. Si se exigiera una forma especial, con fundamentos fácticos y jurídicos, podría plantearse ciertamente el problema de si el Tribunal podía poner de relieve de oficio la cuestión y aplicar las normas no penales; pero, respecto de las prejudiciales no devolutivas, no es preciso que exista una controversia concreta para estimarse existente la cuestión prejudicial, y por ello deben comprenderse lo mismo las cuestiones expresamente con-

trovertidas que lo que la doctrina ha llamado puntos prejudiciales propuestos como antecedente lógico.

Lo que no puede hacer el Tribunal es introducir en el proceso hechos nuevos no recogidos en las calificaciones de las partes, ya que la prueba que puede practicarse de oficio en el juicio oral debe versar únicamente sobre los hechos que han sido objeto de los escritos de calificación (art. 729, n.º 2 de la Ley de Enjuiciamiento criminal; por tanto, las cuestiones prejudiciales, aunque formalmente no hayan sido propuestas, podrán tenerse en cuenta por los tribunales si se fundan en hechos alegados por las partes y que precisen una calificación jurídica fundada en normas no penales.

III

LA SENTENCIA PENAL

El enjuiciamiento definitivo es el antecedente directo de la sentencia que pone término al proceso, y ésta es la declaración de voluntad por medio de la cual el Tribunal ejercita su potestad declarativa de la existencia o inexistencia de responsabilidad criminal y la impositiva, en su caso, de sanciones penales y civiles.

De lo que antecede podemos observar que el enjuiciamiento no debe llegar forzosamente a cubrir todas las operaciones que se han descrito, de modo que a veces termina en el juicio de hecho o en algunas operaciones del juicio de derecho; en todo caso, debe paralizarse la actividad enjuiciadora cuando resulta evidente la necesidad de declarar la inexistencia de responsabilidad criminal o absolver al procesado por carencia de punibilidad formal. De aquí que la sentencia pueda ser absolutoria pura, por insubsistencia objetiva o subjetiva del hecho o por inexistencia de delito; absolutoria por insuficiencia de prueba; absolutoria por imposibilidad de ejercitar la potestad declarativa por falta de condiciones de punibilidad formales, absolutoria por inexistencia de responsabilidad a causa de concurrir circunstancias impeditivas o extintivas de ella; o absolutoria por concurrir excusas absolutorias que impidan sancionar al responsable criminalmente.

En cada uno de estos tipos de sentencias absolutorias el enjuiciamiento presupone una mayor o menor complicación y un mayor o menor número de operaciones, lo mismo que ocurre en las sentencias condenatorias, según las excepciones que hayan opuesto las partes acusadas.

En todo caso, ha de existir una correcta correlación entre el enjuiciamiento y la sentencia, ya que aquél llega a su término cuando está plenamente determinado el contenido del fallo de ésta.

El enjuiciamiento y la sentencia subsiguientes están sujetos a unos límites, determinados por el principio de la congruencia, que supone y exige una correlación entre las pretensiones y contrapretensiones de las partes y la decisión del Tribunal. Este principio de la congruencia se recoge en la Ley al establecer que en las sentencias se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio, condenando o absolviendo a los procesados, no sólo por el delito principal y sus conexos, sino también por las faltas incidentales de que se haya conocido en la causa; también se resolverán en la sentencia todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto del juicio (art. 742 de la Ley de Enjuiciamiento criminal).

El principio de congruencia surge en el proceso penal como consecuencia necesaria de la introducción de la forma acusatoria o contradictoria, y una vez superada definitivamente la forma inquisitiva, la contradicción entre partes, que, como se ha dicho con frase gráfica, tiende a la exasperación de la duda, y que asegura la imparcialidad del Tribunal, constituye una de las grandes conquistas de la civilización. Al juzgar un Tribunal, previa contradicción entre partes,

se descartan o tienden a descartarse los perjuicios, o juicios previos, que pondrían en peligro la imparcialidad del juzgador. Pero, de nada o muy poco serviría la contradicción, si luego el Tribunal pudiera prescindir de la controversia entre las partes, y buscar su propio camino fuera de los límites del debate parcial.

La congruencia, no obstante, no está sujeta a las mismas reglas en todo proceso regido por la forma contradictoria. Según la materia objeto del proceso, así serán los principios técnicos que lo rijan; al proceso civil corresponde, por lo general, el llamado principio dispositivo, según el cual las partes son los dueños de la litis, y pueden disponer de los derechos sobre que litigan; y frente a este principio técnico del proceso civil, en el proceso penal subsiste el principio de oficialidad, derivado de la indisponibilidad de las partes respecto del objeto del proceso mismo. Renunciabilidad de los derechos civiles e indisponibilidad parcial del *ius puniendi*, comportan la diferencia de principios técnicos en uno y otro proceso.

La congruencia en el proceso civil y en el proceso penal, por consiguiente, están sujetas a reglas muy diversas, surgidas de una diferente conjugación entre la forma contradictoria, de una parte, y los principios dispositivo y de oficialidad, de otra. Sobre esta conjugación de los principios y las formas llamábamos ya la atención en 1945, al publicar la primera edición de nuestro Tratado, y un amplio sector de la doctrina española la ha recogido y se ha ocupado de demostrar su fecundidad.

La congruencia civil exige que el Juez resuelva todas las cuestiones que le han sido planteadas sólo ellas, y en la forma en que lo han sido; que no dé

más de lo pedido, ni omita pronunciarse sobre las cuestiones suscitadas. La congruencia penal es mucho menos rígida, en cuanto es el Tribunal penal en definitiva quien tiene la potestad y la responsabilidad de aplicar las normas penales sancionatorias; se traduce en una mera correlación entre la acusación y la sentencia, de modo que existe por lo general congruencia en el fallo cuando se decide sobre el hecho controvertido y sobre su atribución a un sujeto o sujetos que aparecen en el proceso como imputados.

No se crea, por la simplicidad de la formulación, que la congruencia penal esté exenta de problemas: el problema de la identidad del hecho, de su individualización, a efectos de precisar si existe o no correlación entre lo debatido y lo resuelto, plantea toda una rica problemática, en cuyo planteamiento y resolución se cruzan y entrecruzan las concepciones del Derecho procesal y del Derecho penal material, que luego van a tener honda repercusión al tratar de medir los efectos de la cosa juzgada.

No es casual que mientras la doctrina germánica, merced al influjo de las obras de Berling y Koetsin Liu se valore la identidad del hecho con categorías técnico-jurídicas, como se ve, entre otros en Schwin-ge, la doctrina italiana y la española, defiendan una concepción naturalística del hecho. La doctrina española ha puesto de relieve las consecuencias que se siguen de adoptar una u otra posición, como puede verse en Gómez Orbaneja y más recientemente en los trabajos de Serra y Gutiérrez de Cabiades y las dificultades que surgen en orden a la identidad del hecho cuando en el proceso se debaten hechos que pueden engendrar los llamados delitos permanentes, continuados, delitos-masa, delitos con pluralidad de autores o partícipes, etc.

La Ley española es muy parca al regular la congruencia penal. Los vicios de incongruencia denunciabiles en casación por quebrantamiento de forma, están previstos en la Ley, al establecer como motivos de este recurso el que la sentencia no resuelva todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa (art. 851, n.º 3.º de la Ley de Enjuiciamiento criminal —incongruencia por defecto—), y haya sido objeto de la acusación, si el Tribunal no hubiera procedido previamente como determina el art. 733 (art. 851, n.º 4.º de la Ley de Enjuiciamiento criminal —incongruencia por exceso—).

No cabe estimar, en cambio, incongruencia por defecto cuando el Tribunal, resolviendo todas las cuestiones propuestas por las partes, haya impuesto al procesado pena menor a la solicitada por las acusadoras.

El enjuiciamiento debe reflejarse en la sentencia de modo esquemático; por ello la Ley exige para la sentencia unos requisitos de forma que no se requieren en las demás resoluciones. Las sentencias se redactarán, conforme a lo dispuesto en el art. 142, con sujeción a las reglas siguientes:

1.^a Se principiará expresando: el lugar y fecha en que se dictaren, los hechos que hubieren dado lugar a la formación de la causa, los nombres y apellidos de los acusadores particulares, si los hubiere, y de los procesados, los sobrenombres o apodos con que sean conocidos, su edad, estado, naturaleza, domicilio, oficio o profesión y, en su defecto, todas las demás circunstancias que hubieren figurado en la causa, y además el nombre y apellido del Magistrado ponente.

2.^a Se consignarán en Resultados los hechos que estuvieren enlazados con las cuestiones que hayan de

resolverse en el fallo, haciendo declaración expresa y terminante de los que se estimen probados.

Es numerosísima la jurisprudencia recaída en torno a este reflejo que el juicio de hecho debe tener en la sentencia, sin que podamos ocuparnos de ella, ni de las reglas contenidas en la Orden de 5 de abril de 1932 por razón del carácter de este estudio. No obstante, debe tenerse en cuenta que al plasmar en la sentencia lo que conocíamos por determinación de los hechos ciertos, puede el Tribunal incurrir en dos vicios que determinan la denunciabilidad de los mismos en el recurso de casación por quebrantamiento de forma; existen éstos cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados o resulten en manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen predeterminación del fallo (art. 851, n.º 1.º de la Ley de Enjuiciamiento criminal), o cuando en la sentencia (absolutoria) sólo se exprese que los hechos alegados por las acusaciones no se han probado, sin hacer expresa relación de los que resultaren probados (art. 851, n.º 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento criminal).

3.^a Se consignarán las conclusiones definitivas de la acusación y de la defensa y la que, en su caso, hubiere propuesto el Tribunal, en virtud de lo dispuesto en el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

4.^a Se consignarán también en párrafos, numerados, que empezarán con la palabra Considerando:

Primero: Los fundamentos doctrinales y legales de la calificación de los hechos que se hubiesen estimado probados.

Segundo: Los fundamentos doctrinales y legales determinantes de la participación que en los referidos hechos hubiese tenido cada uno de los procesados.

Tercero: Los fundamentos doctrinales y legales de la calificación de las circunstancias atenuantes, agravantes o eximentes de responsabilidad criminal, en caso de haber concurrido.

Cuarto: Los fundamentos doctrinales y legales de la calificación de los hechos que se hubiesen estimado probados con relación a la responsabilidad civil en que hubiesen incurrido los procesados o las personas sujetas a ella a quienes se hubiere oído en la causa, y los correspondientes a las resoluciones que hubieren de dictarse sobre costas y, en su caso, a la declaración de querella calumniosa.

Quinto: La cita de las disposiciones legales que se consideren aplicables, pronunciándose por último el fallo, en el que se condenará o absolverá, no sólo por el delito principal y sus conexos, sino también por las faltas incidentales de que se hubiere conocido la causa, reputándose faltas incidentales las que los procesados hubiesen cometido, antes, al tiempo o después del delito como medio de perpetrarlo o encubrirlo.

El fallo deberá ajustarse precisamente al principio de congruencia referido y, siendo condenatorio, deberá contener precisamente la determinación de la pena, la del resarcimiento y las costas, y la del *titulus condemnationis*.

La determinación de la pena comprende no sólo la total sino además las individualidades; la principal y las accesorias; la subsidiaria, en su caso, por razón de insolvencia, si la pena impuesta fuese de multa;

y el abono de la prisión preventiva que hubiese podido sufrir el condenado.

El fallo absolutorio puede contener, junto con la absolución, la imposición de ciertas medidas que no presuponen una declaración de responsabilidad; así, por ejemplo, en el caso del artículo 8.º, números 1.º y 3.º del Código penal, en que se decretará el internamiento del imputado absuelto en un establecimiento especial.

El fallo, finalmente, puede ser mixto, cuando constituirían objeto del proceso y del enjuiciamiento diversos hechos punibles, absolviendo al imputado de uno o algunos de ellos y condenándolo por razón de los restantes, o cuando sean varios los imputados y se absuelva a uno o algunos y se condene a los demás.

Si comparamos el esquema legal de la sentencia penal que acabamos de insertar con el establecido en la Ley de Enjuiciamiento civil, para las sentencias definitivas de este carácter es fácil darse cuenta de las diferencias entre una y otra. Estas diferencias no son sólo formales, sino que ponen de relieve las hondas diferencias que existen entre la actitud del juzgador penal y el juzgador civil, por la distinta misión que a cada uno compete y que se traduce en el modo de llevar a cabo su respectivo enjuiciamiento y por tanto en el reflejo de éste en cada sentencia.

Es regla sin excepción en el enjuiciamiento penal, como hemos visto en las páginas que preceden, que el problema del Juez penal consiste en esencia, en reconstruir un acto realizado por una persona determinada con todas las circunstancias de hecho que concurrieron en el mismo. Para llevar a cabo esta reconstrucción ha de utilizar los medios de prueba que pone a su disposición la Ley de Enjuiciamiento cri-

minal. Su convicción se refleja en la sentencia como el relato de un acontecer histórico, que tiene como protagonista al procesado, sin más limitación que de los hechos que estuvieren enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo.

Estos hechos se consignarán con la amplitud suficiente para precisar los antecedentes del caso, los detalles de ejecución, la participación del procesado, el móvil que le guiara, las circunstancias del hecho y, en general, cuantos datos puedan servir para valorar jurídicamente los hechos perseguidos (art. 3.º de la Orden de 5 de abril de 1932), haciendo declaración expresa y terminante de los que se estimen probados (art. 142, regla 2.ª de la Ley de Enjuiciamiento criminal).

El relato de los hechos probados cobra en la sentencia penal un relieve desconocido en la sentencia civil en la que en lugar de éstos deben consignarse con claridad, y con la concisión posible, las pretensiones de las partes y los hechos en que las funden, que hubieren sido alegados oportunamente y que estén enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse (art. 372, n.º 2.º de la Ley de Enjuiciamiento civil).

En el proceso civil lo que se juzga son las pretensiones de las partes; los hechos no son más que el fundamento de aquéllas, no son materia prima del juicio sino materia previamente elaborada en las pretensiones mutuas. Los hechos entran en el proceso como soportes de derechos y obligaciones, de potestades y deberes, de situaciones jurídicas subjetivas u objetivas y, en la mayoría de los casos, se aportan amparados en pruebas preconstituidas, que fueron creadas en su día precisamente con la finalidad de evitar el proceso, o ganarlo, si no se pudiera eludir.

Incluso, como ya dijimos, puede darse un proceso civil en que exista enjuiciamiento de hecho, porque las partes sólo estén interesadas en la fijación del derecho, agotándose el enjuiciamiento con sólo el derecho, situación procesal ésta inimaginable en el proceso penal.

Ahora bien, cuando el fin del proceso civil consiste, a semejanza del penal, en la fijación de unos hechos que han de producir por sí mismos, y como tal situación facticia, unas determinadas consecuencias jurídicas para la persona protagonista de los mismos, la función enjuiciatoria del Juez civil se aproxima a la del Juez penal, tanto que a veces hasta usa medios privativos de la jurisdicción penal, como son los indicios para establecer la identidad de una persona. Citemos un caso curioso: se trataba de un testamento en que se establecía una condición al heredero consistente en que no contrajera matrimonio «con la muchacha de X apodada La Fornera», a quien el testador, no conocía por otro nombre. El heredero, sometido a esta condición, había contraído matrimonio con una mujer, con la que venía sosteniendo relaciones íntimas, perteneciente a la familia que se conocía en X con aquel apodo. Al recurrir en casación contra la sentencia que le priva de la herencia por incumplimiento de la condición, alega que de las tres hermanas, que vivían en X, su esposa es la única que no había nacido allí, sino en Y, y que el apodo era familiar, y que por tanto el testador no podía referirse a ella, por lo que se había infringido el artículo 1253 del Código civil, al deducir que su esposa es la muchacha de X, apodada La Fornera, de las presunciones establecidas y que carecían de fuerza probatoria. El Tribunal Supremo desestima el recurso, porque «la Sala sentenciadora declara en términos categóricos

no por meras presunciones, sino por *indicios concluyentes* combinados con otras pruebas directas, que la muchacha de X, apodada La Fornera, no era otra que la esposa del recurrente» (Sentencia 7 de diciembre de 1899, civil).

Obsérvese la semejanza del problema planteado en el proceso civil con los que ha de resolverse en el penal, como regla general.

Cuando en el proceso civil se plantean problemas tales como el de la simulación de un negocio jurídico (tratado por Muñoz Sabaté como tema de su tesis doctoral, aún inédita), y las repercusiones que puede tener en los procesos civiles por usura donde las «pruebas preconstituidas» ceden ante los indicios, produciendo una especial técnica de casación privativa de estos asuntos, en la que se derogan las más firmes normas formalistas del Tribunal Supremo, en orden a la apreciación de las pruebas.

Esta misma situación se produce en todos los procesos civiles que se dirigen a obtener el beneficio de pobreza, así como en todos los que en lugar de exigir el cumplimiento de obligaciones fundadas en relaciones jurídicas, libremente establecidas, se dirigen a la declaración de situaciones jurídicas objetivas, tales como los referentes a la capacidad, estado civil, etcétera.

En la sentencia penal se exige la separación de los hechos de las conclusiones definitivas de la acusación y de la defensa, mientras en la civil las pretensiones de las partes se han de hacer constar, con la concisión posible, al mismo tiempo y en el mismo lugar que los hechos en que se fundan.

Es curioso ver cómo en la práctica se incumplen con vicios contrapuestos ambos preceptos: el penal,

porque en lugar de hacer constar en la sentencia las conclusiones definitivas completas se coloca un brevísimo resumen comprensivo, tan sólo del delito y la pena como sustitución de las conclusiones de la acusación, y respecto de la de la defensa del imputado, en la mayor parte de los casos, se limita a consignar que pidió la absolución, sin más, a pesar de que el precepto legal no autoriza resúmenes ni extractos que perjudican la posible denuncia en casación de la incongruencia, y hacen más difícil aún el problema de la identidad del hecho, a efectos de determinar los límites de la cosa juzgada, en las sentencias absolutorias.

En el civil, en cambio, se da la práctica viciosa opuesta, a saber, la de sustituir el resultando de hechos, por la inserción literal de la demanda y contestación de las partes, y ello a pesar del precepto concreto, que ordena de forma taxativa al Tribunal Supremo y a las Audiencias que velen por el puntual cumplimiento de lo que se ordena respecto a la forma de la sentencia, haciendo para ello las advertencias oportunas a los Tribunales y Jueces que les estén subordinados, cuando no se hubieren ajustado en sus sentencias a lo prevenido, llegando a la imposición de las demás correcciones disciplinarias a que dieren lugar (art. 373 de la Ley de Enjuiciamiento civil), y esto a pesar de haber sido recordado su cumplimiento por Circular de la Presidencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1927 (Gaceta de Madrid de 31 de enero de 1927), en la que se estima como práctica viciosa reproducir en los resultados de las sentencias los escritos de las partes y no recoger, en cambio, en ellos, de modo explícito aunque sucinto, la resultancia de la prueba.

Este vicio es más grave aún porque, como se ha dicho respecto de la jurisdicción penal, corrigiendo precisamente la concisión excesiva del relato de hechos, con una y otra prácticas, la función interpretativa del Tribunal Supremo se ve menguada considerablemente, cerrándose con ello la ya de suyo estrecha puerta del recurso de casación (Orden de 5 de abril de 1932).

Ni que decir tiene que la consignación en la sentencia penal de la conclusión propuesta por el Tribunal, en virtud de las facultades que le otorga el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, y que constituye uno de los problemas específicos del enjuiciamiento penal, no tiene paralelo en la sentencia civil.

El enjuiciamiento de derecho, que ha de realizar el Tribunal penal, tiene su reflejo en la sentencia, con una perfecta separación y jerarquización sistemática de las cuestiones jurídicas que han sido objeto de su enjuiciamiento:

«Primero. — Los fundamentos doctrinales y legales de la calificación de los hechos que se hubieren estimado probados.»

Obsérvese aquí, como en todos los demás que siguen, se exige al Tribunal no sólo la consignación del artículo del Código penal, que define el delito, ya que la mera cita legal tiene ubicación en el quinto considerando, sino los fundamentos doctrinales y legales de la calificación, lo que lleva consigo que debe plasmarse en la sentencia la totalidad del juicio de derecho, desarrollando explícitamente todo el *iter* lógico que ha desembocado en la calificación, no sólo de orden legal, sino doctrinal, entendiendo por funda-

mento doctrinal, antepuesto, no caprichosamente, al legal, en su enunciación legislativa, todo el razonamiento que fundamenta la calificación. Es difícil intentar resumir en pocas palabras todo lo que la Ley ha querido conseguir con este precepto, y que desgraciadamente sólo se cumple formalmente, en la mayor parte de los casos, tal vez por exceso de trabajo de los Tribunales, y porque al parecer, lo único importante de la sentencia penal es la fijación del delito y de la pena.

Más adelante veremos, sin embargo, que los problemas jurídicos que se plantean al Juez penal, por el constante cruce y entrecruce de la ley penal con otras que le sirven de necesario complemento, son de una gran complejidad, así como la labor interpretativa de cada una de las palabras y conceptos de la ley penal y de las otras leyes materiales que sin tener este carácter sirven en o para la aplicación de aquélla.

El planteamiento y resolución de todas estas cuestiones tiene como lugar adecuado para su exposición este primer considerando, porque estos razonamientos constituyen precisamente el fundamento doctrinal y legal de la calificación de los hechos, y en estos mismos fundamentos debe resolverse todo lo que afecta a la prejudicialidad.

Los mismos fundamentos doctrinales y legales se exigen separadamente en sendos números para decidir la participación de cada uno de los procesados (que en la práctica se limita a consignar si X es autor, cómplice o encubridor, y todo lo más a citar el artículo correspondiente del Código penal); para decidir la calificación de las circunstancias atenuantes, agravantes o eximentes de responsabilidad criminal, en caso de haber concurrido (que en la práctica ocu-

re como en la anterior), y, por último, los fundamentos doctrinales y legales de la calificación de los hechos que se hubieren estimado probados con relación a la responsabilidad civil en que hubiesen incurrido los procesados o las personas sujetas a ella a quienes se hubiere oído en la causa, y los correspondientes a las resoluciones que hubieren de dictarse sobre costas, y en su caso a la declaración de querella calumniosa.

En este cuarto considerando (que pasa a ser tercero, cuando no existan circunstancias modificativas) han de resolverse tres problemas: el de la responsabilidad civil, el de las costas y el de la querella calumniosa, que debían haberse separado en tres considerandos distintos preceptivamente, aunque nada se oponga a que las tres cuestiones puedan ser objeto de sendos párrafos numerados que empiecen con la palabra considerando.

Tampoco se cumple, desgraciadamente, en la práctica —viciosa—, la consignación de los fundamentos doctrinales, ni legales respecto a la responsabilidad civil, limitándose a establecer que es responsable civil el procesado o a mencionar el nombre de la persona sobre la que recae la responsabilidad civil por subsidiaridad; ni tampoco se hacen constar los fundamentos de las resoluciones que hayan de dictarse sobre costas, lo que dificulta sobremanera la casación en esta materia, privando a los condenados fundar, a su vez, sus recursos que son rechazados con lo que se ha convertido en muletilla de que el Tribunal de instancia es libre para fijar el *quantum* de la indemnización. No cabe duda de que si se cumpliera el precepto legal, y se establecieran en la sentencia los fundamentos doctrinales y legales que en cada caso justifican la cifra, podrían ser éstos censurados por el

Tribunal de casación, y en su caso fijar una cantidad más justa en el caso concreto de que se trate.

Contrasta esta regulación legal tan admirablemente sistematizada y detallada con el precepto paralelo de la Ley de Enjuiciamiento civil que se limita a establecer que se apreciarán los puntos de derecho fijados por las partes, dando las razones y fundamentos legales (no hay referencia expresa a los doctrinales) que se estimen procedentes para el fallo que haya de dictarse, y citando las leyes o doctrinas que se consideren aplicables al caso (art. 372, n.º 3.º, párrafo 1.º de la Ley de Enjuiciamiento civil). Paradójicamente, sin embargo, la sentencia civil es mucho más rica en su fundamentación jurídica que la penal. La despreocupación del Juez civil para la fijación de los hechos en la sentencia parece compensarse con el detenido estudio que suele hacer de los argumentos jurídicos en que basa su fallo, mientras que el juzgador penal adolece de la tendencia contraria.

La Ley de Enjuiciamiento criminal, que será derogada, y así se está haciendo, desgarrándola parcialmente en los puntos que más sólidamente parecían anclar las conquistas del pensamiento sobre la más justa administración de la Justicia, será derogada, repetimos, sin haber entrado nunca en vigor, según hemos dicho con machacona repetición.

Por eso son de alabar los esfuerzos para hacer que se cumpla por todos los que se resisten a ello, de lo que constituye buena muestra, la exposición de motivos de la Orden de 5 de abril de 1932, que ya hemos citado parcialmente, pero que no nos resistimos a insertar íntegramente como modelo de las reformas que se han hecho hasta ahora, y se intentan en el futuro:

«Por práctica viciosa incorporada rutinariamente a nuestra técnica judicial vienen interpretando los Tribunales de Justicia el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento criminal en términos tan esquemáticos, que hacen prácticamente imposible el normal desenvolvimiento del recurso de casación. La relación de hechos probados a que se refiere el número 2.º del citado artículo se suele consignar en las sentencias con tal falta de relieves y en tan estrechos límites, que la función interpretativa del Tribunal se ve menguada considerablemente, cerrándose con ello la ya de suyo estrecha puerta del recurso de casación.»

«Los Tribunales de lo Criminal deben ofrecer todas las posibilidades de rectificación o de confirmación de su criterio en cuanto a la valoración jurídica de los hechos, ya que no hay sentencia que no produzca consecuencias graves en orden a la vida, la libertad o la honorabilidad de un ser humano. El normal desenvolvimiento de las altas funciones encomendadas al Tribunal Supremo sólo puede lograrse con sentencias que ofrezcan en sus resultados un relato provisto de los datos indispensables para individualizar cada caso concreto. Proporcionando el margen necesario para que el recurso de casación se desenvuelva con la amplitud debida, se habrá conseguido garantizar la libertad de los ciudadanos y la tranquilidad de conciencia de los juzgadores.»

El control de la actividad decisoria de los Tribunales se lleva a cabo en su máximo grado por el Tribunal Supremo, cuando las partes recaban su enjuiciamiento y decisión de las cuestiones por medio del llamado recurso de casación.

El instituto de la casación presenta unas características especiales que no pueden comprenderse sin tener en cuenta su origen histórico; no podemos llevar a cabo, en una obra de la naturaleza de la presente, un detenido estudio histórico, pero sí formularemos algunas indicaciones que hagan comprender la *ratio* de los preceptos legales que regulan esta institución.

La Revolución Francesa supuso en su día el triunfo de varios dogmas filosóficos y jurídicos, entre los cuales se contaban el de la separación de los poderes legislativo, judicial y ejecutivo; el de la plenitud del orden jurídico positivo creado por el poder legislativo, y el de la sumisión del poder judicial a este orden positivo.

Para garantizar la aplicación de estos dogmas a la práctica se creó un órgano esencialmente político—intermedio entre el poder legislativo y el judicial—, que no tenía carácter de Tribunal de Justicia, y al que se encomendó el control de las resoluciones jurisdiccionales, con el fin de que fuesen declaradas nulas las que se opusiesen a las leyes dictadas por el poder legislativo. Este órgano recibió el nombre de Tribunal de Casación.

La finalidad del órgano tuvo como consecuencia la adopción de varios principios técnicos, entre los que debemos destacar los siguientes.

1.º La sumisión del poder judicial al orden positivo creado por el legislativo sólo importaba esencialmente en lo que se refería a las sentencias definitivas resolutorias de los litigios o procesos, y no debía revisarse más que después de terminados éstos; por esto no cabía revisión inmediata de las resoluciones interlocutorias.

2.º Por tratarse de un órgano político y no de un Tribunal de Justicia, debía limitarse la revisión a controlar si el Tribunal propiamente dicho había o no aplicado la ley y si la había aplicado o no correctamente; no podía, en cambio, el órgano de casación determinar si el juicio de hecho había sido o no formulado correctamente, por lo que se partía del principio de que los hechos declarados ciertos por el Tribunal eran inatacables en casación.

3.º Por la misma razón anterior, el Tribunal de Casación debía limitarse a declarar la validez o nulidad de las resoluciones judiciales, y en caso de que apreciara la infracción de alguna norma positiva, debía casar la resolución controlada, y remitir el proceso de nuevo a los Tribunales de Justicia para que dictaran nueva sentencia con arreglo a las leyes. La casación suponía siempre el reenvío a los Tribunales de Justicia, ya que no siendo tal el órgano de casación no podía dictar nueva sentencia.

4.º Interesaba al órgano de casación controlar si los Tribunales de Justicia habían aplicado o no las normas de Derecho material; sólo de modo accesorio se controlaba la aplicación y observancia de las nor-

mas procesales; en caso de que la infracción se refiriese a éstas, no se declaraba tan sólo la nulidad de la sentencia, sino además la del proceso a partir del momento en que resultase cometida la infracción.

5.º El control no se llevaba a cabo en interés de los particulares, sino en interés de la Ley y del Estado; por esto se concebía, lo mismo en el orden penal que en el civil, al Ministerio fiscal, como instrumento adecuado para provocar el control de la casación en todos los casos en que se hubiese infringido una norma positiva, aunque dicho Ministerio fiscal no hubiese sido parte; accesoriamente, se concedía a las partes el poder de provocar el control mediante el recurso.

6.º Si las partes recurrían, debían sujetar su impugnación a las formalidades legales; la más importante de éstas era la de señalar el motivo en que fundaban el recurso, ya que no bastaba simplemente afirmar la existencia de gravamen en la sentencia, sino que era preciso invocar uno de los motivos que la Ley describía taxativamente como presupuestos del recurso.

Demostrada en el transcurso de unos años la falsedad del principio o dogma de la plenitud del orden jurídico positivo, y ante la necesidad de unificar la interpretación de las Leyes que forzosamente debían llevar a cabo los Tribunales de Justicia, se encomendó al Tribunal o Corte de Casación la misión de unificar la jurisprudencia; de este modo surgió, al lado de la Ley, la llamada doctrina legal, formulada por el Tribunal de Casación en diversas sentencias, y por la que se interpretaba la Ley y a veces se suplían sus lagunas y deficiencias.

Paulatinamente, la misión de unificar la jurisprudencia prevaleció por encima de la de garantizar la

aplicación de la Ley por los Tribunales; por otra parte, el recurso interpuesto de oficio por el Ministerio fiscal aun sin ser parte en el proceso, demostró ser una medida excelente en la teoría, pero ineficaz en la práctica, por lo que se acentuó el carácter de recurso que poco a poco debía alcanzar la casación. De instituto esencialmente político pasó a ser, por tanto, un instituto procesal, comprendido entre los recursos o medios de impugnación y control de las resoluciones, permaneciendo en vigor, sin embargo, aquellos principios técnicos inspirados en la doctrina en que se inspiró la institución.

La Casación se introdujo en España con más de medio siglo de retraso respecto de Francia y otros países, y ofreció desde el primer momento caracteres peculiares y autóctonos. En primer término, no se creó en España un Tribunal de Casación como órgano político intermedio, sino que la función de garantizar la observancia de las normas positivas se encomendó al Tribunal Supremo de Justicia.

En segundo, si bien para el proceso civil se creó el recurso en interés de la Ley, que debía interponer el Ministerio fiscal aunque no hubiese sido parte, se pensó ya desde el principio en dar a la casación el carácter de recurso, por lo que fueron objeto de regulación cuidadosa los motivos en que el recurso podía ampararse.

En tercero y último término, y haciendo ya referencia concreta a la casación penal, si bien se mantuvo en principio (y en el texto de la Ley de Enjuiciamiento criminal) el principio de la intangibilidad de los hechos en casación, se sintió luego la necesidad imperiosa de que, concurriendo por lo menos ciertos presupuestos, también pudiera censurar el Tribunal

Supremo sobre el juicio de hecho formulado por los Tribunales de instancia; se satisfizo esta necesidad en la reforma introducida por la Ley de 28 de junio de 1933, confirmada en este aspecto por la llevada a cabo mediante Ley de 16 de julio de 1949.

Como consecuencia de los principios que inspiraron la creación del instituto de la casación, de las reformas introducidas en su esencia y sus aplicaciones técnicas, y de las peculiaridades del proceso penal, las características de la casación penal, concebida ya como un instituto propiamente procesal y jurisdiccional, puede reducirse a las siguientes:

1.º El órgano de la casación no tiene carácter político, sino que es el titular del órgano jurisdiccional situado en el vértice de la pirámide que integran los Tribunales de Justicia; la función se encomienda al Tribunal Supremo de Justicia, que lleva a cabo por medio de su Sala segunda, de lo criminal.

2.º La casación constituye un recurso o medio de impugnación que se concede a las partes para quienes resulte gravosa una resolución impugnada por este medio; por ser el Ministerio fiscal parte en la mayoría de procesos penales, ni siquiera es preciso el recurso de casación en interés de la Ley, que se admite en el proceso civil.

3.º El recurso, y en esto se siguen los principios originarios de la casación, sólo se otorga contra las sentencias que deciden un proceso penal por delito, y contra las resoluciones reconocidas expresamente como definitivas.

4.º A consecuencia del carácter jurisdiccional del órgano de la casación ya no es indispensable el reenvío a los Tribunales de instancia, y puede el Tribunal

Supremo dictar sentencia en los procesos de que conoce, siempre que se hayan observado las normas legales que regulan su sustanciación.

5.º Dicha posibilidad llevó al legislador español a establecer por vez primera en el Derecho comparado, de una manera concreta y eficaz, la dualidad de recursos de casación, según la norma que se estimara infringida; a saber: el recuso de casación por infracción de ley, en el que se imputa a los Tribunales de instancia un *vitium in iudicando*, es decir, en el enjuiciamiento que precede a la sentencia o resolución definitiva y el recurso de casación por quebrantamiento de forma, en el que se imputa al Tribunal sentenciador un *vitium in procedendo*, ya que por haber omitido en la sustanciación del proceso una medida esencial para la garantía y defensa de las partes, ya por haberse constituido el propio Tribunal de modo irregular, ya por haber cometido determinados vicios en el momento de plasmar su enjuiciamiento en la sentencia o resolución recurrida.

En el recurso por infracción de ley, cuando el Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida, dicta a continuación una segunda sentencia sin necesidad de reenvío al Tribunal de instancia; en el por quebrantamiento de forma, por el contrario, si el Tribunal Supremo casa la sentencia debe reenviar el proceso al mismo Tribunal de instancia, para que, luego de subsanado el vicio cometido, termine nuevamente el proceso y dicte nueva sentencia. Por ello sólo supone verdadera declaración de nulidad la casación por quebrantamiento de forma y no la por infracción de ley, en la que la dualidad de sentencias sólo se conserva por el carácter originario de la casación.

La dualidad de procedimiento, que antes se mantenía, ha desaparecido afortunadamente con la última

reforma, de modo que el procedimiento es único para ambos tipos de recursos, que se diferencian profundamente en cuanto a los motivos y a los efectos.

Esta diferenciación en dos tipos de recursos exige que la doctrina elaborada en otros países ajenos al nuestro, como la formulada por los autores franceses, italianos, etc., sea tomada en nuestro país *cum grano salis*, lo que a veces han olvidado nuestros mismos estudiosos.

6.º En el recurso de casación por infracción de ley se ha mantenido, por influencia del principio originario, como motivo esencial del error *in iure*, o sea el cometido en el juicio de derecho llevado a cabo como fase segunda del enjuiciamiento que precede a la resolución impugnada. No obstante, a partir de la reforma de 1933, se admite también como motivo de casación el error *in facto*, cometido en el juicio de hecho o primera fase del enjuiciamiento, pero sólo cuando concurren determinados presupuestos; el principio de la intangibilidad de los hechos en casación, y el de la llamada soberanía de los Tribunales de instancia en cuanto a la declaración de certeza de estos hechos, permanecen todavía en vigor, si bien atenuados por este motivo de casación, o sea que se ha abierto en su aplicación una brecha importante, pero no ha desaparecido todavía su influencia.

7.º Finalmente, y como última garantía para el imputado, aparece en España la extraña figura de la llamada casación en causas de muerte, consistente en el examen que la Sala segunda del Tribunal Supremo lleva a cabo, de oficio, en todo proceso en que haya recaído sentencia definitiva, cuando la pena a que se condena al imputado es la de muerte, aun cuando no se haya interpuesto el recurso de casación típico, en

ninguno de sus tipos normales, por ninguna de las partes.

Dos clases de presupuestos del recurso de casación por infracción de Ley se pueden distinguir, a saber: los subjetivos y los objetivos.

Los presupuestos subjetivos son la capacidad procesal y la legitimación del recurrente. La Ley establece que podrán interponer el recurso de casación: el Ministerio fiscal, los que hayan sido parte en los juicios criminales, los que sin haberlo sido resulten condenados en la sentencia y los herederos de unos y otros (art. 854¹ de la Ley de Enjuiciamiento criminal). Los actores civiles no podrán interponer el recurso sino en cuanto pueda afectar a las restituciones, reparaciones e indemnizaciones que hayan reclamado (art. 854² de la Ley de Enjuiciamiento criminal), siempre que el contenido de la resolución impugnada constituya un gravamen para el recurrente; no podrá tampoco el imputado impugnar la condena del responsable civil subsidiario, pues como derecho personalísimo de éste, su defensa sólo puede ser ejercida por sí propio, y no por el responsable criminalmente condenado en la misma resolución recurrida (S. 14 de junio de 1951).

Los presupuestos objetivos son los motivos de casación, que constituyen, más que el límite, el verdadero presupuesto inexcusable y determinante del examen que se lleva a cabo por el Tribunal de casación, porque al menos su hipotética fundamentación en uno de los motivos establecidos en la Ley es necesaria para la admisión del recurso (art. 884, n.º 1 de la Ley de Enjuiciamiento criminal).

Se entenderá que ha sido infringida un ley para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación:

1.º Cuando dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones enumeradas en los arts. 847 y 848, se hubiere infringido un precepto legal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que debe ser observada en la aplicación de la Ley Penal.

2.º Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de hecho, si éste resulta de documentos auténticos que muestran la equivocación evidente, y no estuvieran desvirtuados por otras pruebas (art. 849, redacción Ley 16 de julio de 1949).

El recurso de casación por infracción de ley provoca una revisión del enjuiciamiento llevado a cabo por el Tribunal de instancia, revisión que puede ser total o parcial según que se ampare el recurso en los dos motivos previstos en la Ley o en uno de ellos solamente.

Para distinguir previamente entre los dos motivos señalados, es preciso tener en cuenta las dos fases del enjuiciamiento que precede a toda decisión definitiva.

El tratamiento de los hechos y los derechos en casación es distinto, ya que para revisar el juicio de hecho se requieren unos presupuestos cuya concurrencia no se precisa para revisar el juicio de derecho.

De todas las operaciones que integran el llamado juicio de hecho sólo puede invocarse en casación el error de hecho en la apreciación de la prueba en que se funda la declaración posterior de hechos ciertos o inciertos. La valoración de los hechos probados y la reconstrucción de la realidad, esté o no sujeta a normas o reglas de la experiencia, no puede revisarse en casación sino cuando está en contradicción con un hecho cuya certeza resulte de documento auténtico.

No obstante, si la valoración de los hechos probados o la determinación de las consecuencias de falta de prueba están regidos concretamente por normas penales sustantivas, como ocurre con las presunciones legales, cabe a nuestro entender una revisión del juicio no fundado en error de hecho, sino en el error de derecho y en la infracción de estas mismas leyes sustantivas.

Finalmente, no debe confundirse el error en el juicio de hecho con la transcripción o documentación de este juicio en la sentencia que se dicte, ya que el error o vicio en la descripción de los hechos, ya por emplear en ella conceptos jurídicos, ya por declarar probados hechos contradictorios, son vicios de la sentencia que deben censurarse en casación por quebrantamiento de forma.

El juicio de derecho puede revisarse siempre que las normas aplicadas sean sustantivas, y no cuando sean procesales, y comprende, a efectos de casación, no sólo la calificación jurídica de los hechos, sino además la aplicación de las normas, o sea la subsunción de los hechos calificados en la norma aplicable y la determinación de las consecuencias queridas por esta misma norma.

La revisión del juicio de derecho debe partir siempre de los hechos declarados probados, o de los que resulten tales después de corregido el vicio del juicio de hecho si éste resulta de documento auténtico. Supone, pues, aquella revisión la inmutabilidad de los hechos, ya que el Tribunal de instancia tiene plena soberanía en cuanto a su determinación con la sola excepción prevista.

En cuanto a la aplicación de las normas o leyes sustantivas, sin embargo, es preciso tener en cuenta el

problema de las llamadas normas discrecionales, entendiendo por tales aquéllas cuya aplicación está atribuida total o parcialmente a la discreción del Juzgador.

Son discrecionales totalmente aquellas normas que, como la que establece la condena condicional, dependen en su aplicación y en el modo de aplicarlas del arbitrio del Tribunal de instancia; no sólo depende de dicho Tribunal el que la norma se aplique, sino incluso el modo de aplicarla.

En cambio son parcialmente discrecionales aquellas normas cuya aplicación es indispensable, pero en una medida que el Juzgador debe determinar discrecionalmente; si se declara como cierto un hecho que el Tribunal califica de homicidio cometido por el imputado como autor, sin que concurren circunstancias atenuantes ni agravantes de la responsabilidad, dicho Tribunal debe aplicar la norma que sanciona el delito con la pena de reclusión menor, pero al determinar exactamente la duración de la pena, que va desde doce años y un día a veinte, puede a su libre arbitrio determinar la medida de la pena, teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente (art. 61, regla 4.^a, del Código penal).

El recurso de casación por infracción de Ley puede interponerse respecto de los pronunciamientos penales o respecto de los pronunciamientos civiles de la resolución penal, por lo que conviene distinguir entre error de derecho penal material y error de derecho no penal material.

En el primer caso es la infracción de la ley penal material que determina la impugnación, siempre que el Tribunal haya violado, aplicado erróneamente o dejado de aplicar la norma penal material para de-

clarar la existencia o inexistencia de responsabilidad criminal e imponer en su caso la pena.

Sólo habrá lugar a la casación si el fallo de la resolución que se impugna se ha producido como consecuencia necesaria de una ley material infringida, es decir, cuando el contenido del mismo carezca de los presupuestos de la calidad del acto que se exigen para que contengan disposiciones en un sentido determinado, no bastando que el fundamento o motivación de la resolución sea erróneo, desde el punto de vista jurídico, sino que es preciso que tal error sea determinante del fallo. El control de la casación no tiene por objeto la motivación en sí, sino en cuanto afecta al fallo, que es donde únicamente puede radicar el gravamen.

El error de derecho que constituye una infracción del derecho penal material puede referirse a la ley penal en sí mismo o en sus relaciones con normas no penales.

La ley penal en sí misma, a cuya infracción nos referimos en este momento, está integrada por el Código penal y aquellas otras leyes especiales a que se hace referencia en aquél (art. 7 del Código penal), que han de ser aplicadas por los Tribunales que constituyen los titulares penales ordinarios del órgano de la jurisdicción.

Al hablar de la ley penal en sus relaciones con normas no penales, hemos de distinguir la infracción de la ley material no penal que es necesario tener en cuenta para la aplicación de la ley penal, y la ley no penal que ha de observarse en la aplicación de la penal. Entendemos que la expresión legal «que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal» (art. 849, n.º 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento criminal) se com-

prenden ambas hipótesis, pero estimamos necesaria esta distinción por lo que ha de ayudarnos a su comprensión y recta interpretación.

La Ley penal exige constantemente tener en cuenta para su aplicación leyes no penales, que en este aspecto integran la norma penal consustancialmente; tal es el caso, por ejemplo, de la ley civil que define «la cosa mueble» y «ajena» a los efectos de la definición del robo y del hurto (arts. 500 y 514 del Código penal); de las leyes administrativas que regulan la calidad de funcionarios a los efectos de los delitos que pueden cometer éstos, o las canónicas que regulan las personas, cosas y actos que pueden ser objeto de un delito contra la Religión.

Estas normas no penales, en cuanto forman un todo consustancialmente unido con la Ley penal, al ser infringidas por una resolución penal, pueden fundamentar un recurso de casación por infracción de ley.

Este mismo carácter tienen las normas no penales que han de observar los Tribunales penales al resolver las pretensiones prejudiciales no devolutivas, en virtud de la prescripción legal de que el Tribunal de lo criminal se atemperará, respectivamente, a las reglas de derecho civil o administrativo en las cuestiones prejudiciales que debe resolver (art. 7 de la Ley de Enjuiciamiento criminal).

Estudiado el error de derecho penal material, vamos a ocuparnos ahora del error de derecho no penal material, o sea de las normas no penales de carácter material que han de ser observadas por el juzgador penal en la aplicación de la Ley penal, pero que no son necesarias para su aplicación, y a las que concretamente se refiere el precepto legal (art. 849, n.º 1.º de la Ley de Enjuiciamiento criminal).

Tienen este carácter las normas que han de servir al Tribunal para imponer una sanción civil que tenga como contenido la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios producidos por el hecho punible. Aunque la responsabilidad civil nacida del delito se regula por el Código penal, por la remisión que al mismo hace el civil, se reenvía de éste a aquél, como ocurre con lo relativo a la extinción de la misma, que según se establece en el Código penal se regula por las normas del Derecho civil (art. 117 del Código penal y arts. 1156 y ss. y 1813 y ss. del Código civil).

La posibilidad de denunciar en casación el error de hecho cometido por el juzgador penal se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la reforma llevada a cabo en 1933, y ha recibido nueva sanción en el texto dado por la reforma de 1949 al motivo 2.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

Vamos a analizar separadamente las cuatro circunstancias que pueden distinguirse en este precepto, cuya concurrencia es necesaria para que pueda reconocerse eficacia al recurso de casación fundado en error de hecho, fijando su concepto y alcance, con lo que es posible que se logre una clara inteligencia del precepto.

El primer elemento o circunstancia es el error de hecho en la apreciación de la prueba, que en realidad constituye la nota distintiva de este recurso y que consiste en la desvirtuación o desfiguración que se produce en la determinación de los elementos psíquicos y físicos del hecho declarado cierto o incierto por el Tribunal. Mas no todo error en la apreciación de las pruebas puede ser suficiente para que el recurso sea admisible y eficaz, sino que es necesario en pri-

mer término que sea de tal naturaleza que influya en el contenido del fallo, y en segundo término que concurren los otros tres elementos que analizamos a continuación.

El segundo elemento consiste en que el error resulte de documentos auténticos obrantes en el proceso o producidos en el mismo.

Al estudiar los documentos como medios de prueba nos referimos ya a su concepto y al problema de su autenticidad; para que un documento se considere auténtico a los fines de la casación, es preciso que reúna los debidos requisitos de identidad en cuanto a su autor y en cuanto a su contenido.

Se requiere no solamente que la relación entre el contenido del mismo y el que aparece como su autor valga ante el derecho como una declaración de éste, sino además que sea de tal naturaleza que no exija la necesidad de llevar a cabo pruebas accesorias sobre su autenticidad.

El Tribunal Supremo ha establecido que son documentos auténticos aquellos que, aparte de reunir las formalidades extrínsecas, constituyen también en cuanto al fondo, por sí solos, la demostración indestructible de la certeza, o declaración de verdad, de los hechos que en los mismos se contengan (Sentencia 10 de febrero de 1947).

El tratamiento de un documento auténtico es diferente según que en el mismo conste una declaración de conocimiento o una declaración de voluntad, ya que esto, como se dijo, afecta a la autenticidad del contenido. Se consideran documentos auténticos a los efectos del artículo 849, número 2, el documento público expedido u otorgado por persona investida de fe pública en el ejercicio de sus funciones y con los

requisitos legales, y el documento privado reconocido a la presencia judicial por sus autores, o por aquellos a quienes perjudique o adverados por cotejo, siempre que el hecho que se pretenda acreditar sea una declaración de voluntad de un sujeto, llevada a cabo a la presencia del que emite el documento o del propio autor del documento, y si fuera una declaración de conocimiento, siempre que se pretenda probar el hecho de su emisión, pero no la verdad de su contenido.

Esta es la doctrina que, sin expresarla en estos términos generales, sino casuísticamente, acoge el Tribunal Supremo a través de innumerables sentencias.

Exige la Ley como tercer elemento el que la equivocación sea evidente, o, lo que es lo mismo, de tal naturaleza, que basta el examen de los medios de prueba que gocen la autenticidad (Sentencia 25 de junio de 1934). Como acertadamente expresa la Ley y reiteradamente ha expuesto el Tribunal Supremo, la equivocación ha de ser evidente, y no es tal el error de juicio o apreciación en que, según el punto de vista particular del recurrente, incide el Tribunal al examinar, compulsar y estimar en conjunto y según conciencia, como establecer el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, las diversas pruebas desarrolladas ante él.

El último elemento se refiere a que es preciso que los documentos auténticos no estuvieren desvirtuados por otras pruebas, que apreciadas según conciencia por el Tribunal determinen la carencia del valor de contraste que se concede al documento auténtico.

Acabamos de ver como la conocida función nomofiláctica de la casación tiene como fin impedir que los Tribunales puedan resolver y decidir los casos que se les someten o de los que conocen, de manera distinta a la establecida en las leyes materiales que regulan la conducta de los ciudadanos, y las sanciones que, en su caso, hayan de aplicarse a los que infringen sus deberes, o equivocándose evidentemente al apreciar la prueba en un caso concreto, o bien apartándose de las normas establecidas para regular la actividad de los mismos Jueces y Tribunales, con las que se pretende garantizar los derechos de las partes implicadas en el proceso.

La realidad nos muestra que, como siempre, el resultado no corresponde exactamente con el fin pretendido, porque al fin y al cabo la casación, en su organización actual, no es ni puede ser más que un nuevo exámen formalista de la sentencia inferior llevado a cabo por otro Tribunal del mismo orden jurisdiccional que el que conoció y falló el asunto que se somete. Bien es cierto que el mecanismo casacional entraña un conocimiento del asunto con un prisma diferente, desde un nuevo ángulo, con unos elementos de juicio que se presentan a la consideración del Tribunal de casación bajo una forma en cierta manera nueva.

La parte gravada por la sentencia recurrida pretende, a toda costa, una nueva oportunidad, un nuevo juicio, en el que quizás obtenga lo que le fue negado

en aquélla. Ahora conoce «las razones» por las que el Tribunal de instancia le deniega sus pretensiones o contrapretensiones, cuenta con un elemento que no tuvo en el transcurso del proceso; sus esperanzas de vencer en la contienda, que le han animado durante la misma, se han estrellado contra ese muro que constituye la sentencia; su inactividad llevaría consigo la aquiescencia de lo decidido y la sentencia adquiriría firmeza y con ella la posibilidad de la ejecución material en sus derechos o en sus bienes.

Esta sentencia definitiva, pero no firme todavía, amenaza con convertirse en la norma irrevocable que va a regular su conducta en el futuro. Su única esperanza de eludir el gravamen que la sentencia le impone consiste en lograr su revocación para que sea sustituida por otra que le sea totalmente o más favorable. Sólo tiene a mano, para conseguir su propósito, el recurso de casación.

Es curioso observar que la lucha entre las partes durante la pendencia del proceso, con armas realmente iguales, en el civil, y formalmente iguales, pero bien distintas en la realidad, en el penal, se transforma en la casación en una pugna entre el recurrente y el propio Tribunal, cuya pugna tiene dos etapas bien definidas: la que tiene como fin lograr la admisión del recurso, y la que, vencida la primera batalla, tiende a la estimación de alguno de los motivos del recurso, que lleva consigo la revocación —casación—, de la sentencia recurrida y su sustitución por la tan anhelada «segunda sentencia» que va a sustituir los efectos de aquélla. Bien es cierto que en el proceso que se inicia con la preparación del recurso y que acaba con el auto resolviendo la inadmisión, o con la sentencia estimando o desestimando el recurso, el recurrido, la parte que venció en la sentencia, y cuya

subsistencia defiende, tiene un papel paralelo al del recurrente y se le conceden las mismas oportunidades para oponerse a la admisión y luego a la estimación del recurso, pero su posición es bien distinta. En primer lugar, cuenta con que en la sentencia recurrida «las razones» del juzgador le dan la razón, que su inactividad le favorece, lo mismo que la del contrario, cuenta además con un aliado poderoso, el Ministerio fiscal, quien al defender la sentencia recurrida, en virtud de su deber de oficio, presta al recurrido un servicio inestimable.

Esta situación, tan fácil de observar en la realidad, se ha producido por la actitud de los recurrentes que intentan forzar a toda costa el nuevo examen, incluso en aquellos casos en que carezcan de motivos aptos para lograr la admisión y mucho menos para la estimación intentos que tienen, a veces, sólo la finalidad de retrasar el momento de la ejecución de la sentencia, dilatando el plazo de la firmeza.

Hay que reconocer que son muchos los recursos no bien fundados que se preparan y se formulan cada día para intentar la casación de la sentencia, y puede que ésta ha sido una de las razones que ha tenido el Tribunal Supremo para acentuar su actitud formalista, como reacción contra la plétora de recursos que llegan hasta él, aplicando rigurosamente las normas que limitaban la proliferación de los recursos abusivos, no la tiene tanta para rechazar la admisión de recursos que pretenden corregir tristes situaciones injustas, y que son rechazados o desestimados por razones meramente formalistas. No se puede olvidar que el incumplimiento de las formalidades del recurso de casación en ningún caso son imputables a la parte que recurre, sino a su Abogado, cuyas culpas recaen en la esfera jurídica del cliente, que carece

generalmente de medios adecuados para exigir las responsabilidades en que incurre su defensor técnico. También es cierto que a veces el Abogado se encuentra presionado por su propio cliente para que interponga el recurso, porque no acaba de comprender que haya sido condenado, o se hayan denegado sus pretensiones y cree que el error en que ha incurrido la sentencia será remediado por el supremo titular del órgano jurisdiccional, y el Abogado, encariñado con las razones aducidas, coincide con los anhelos del cliente.

Contrasta este formalismo del Tribunal Supremo, respecto a la actividad de las partes no oficiales, con la lenidad que manifiesta respecto a la actividad de los Tribunales penales cuando sustituyen «por práctica viciosa incorporada rutinariamente a nuestra técnica judicial», una verdadera técnica de enjuiciamiento que sólo puede apreciarse a través de su reflejo en la sentencia recurrida.

Desgraciadamente son muchos los casos en que en la sentencia del Tribunal Supremo se nota la falta de «y lo acordado», con frase la que, como sabemos, se pone de manifiesto, ocultándola al propio tiempo, la corrección disciplinaria que merece todo Tribunal que se aparta de las reglas claras y precisas, contenidas en el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento criminal que regulan la redacción de la sentencia penal.

Se ha dicho que el cerebro humano sólo utiliza en reducido porcentaje su total capacidad funcional, que existen en él recónditos instrumentos de función desconocida, cuyo funcionamiento daría, y tal vez en el futuro dará, lugar a un desarrollo intelectual muy superior al que hoy tiene el hombre. Lo mismo podríamos decir del Tribunal Supremo. Las reformas de

la casación de 1933 y 1949, al prescindir del casuismo formalista original de la Ley de Enjuiciamiento criminal, concedió al Tribunal de casación unas posibilidades extraordinarias, sobre todo en la censura del juicio de derecho, pero se observa que en más de un caso, y en ciertos delitos, la interpretación de la ley penal se lleva a cabo dando a las palabras y frases legales tal vez más amplio del normalmente aceptado.

El idioma es un conjunto de sonidos y signos convencionales. Cada palabra tiene un significado convencionalmente aceptado y no puede una de las partes por sí misma romper el acuerdo convencional establecido por el uso y la costumbre, más o menos bien reflejado en esa ley que se denomina Diccionario de la Lengua que edita la Real Academia de la Lengua. Es peligroso separar el significado de una palabra, distinguiendo un sentido jurídico más amplio que el común y normal, para poder encuadrar una conducta que aun siendo ilícita, y digna de represión, no está penado según el sentido común que se dé a las palabras con las que se define la conducta criminal más afín en el Código penal. En estos casos, previstos por el Código penal, la solución correcta es la que establece el propio Código en el precepto contenido en su artículo 2.º

Otras veces, en lugar de hacer uso de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo que acabamos de citar, se opta por una solución más simple como es la de interpretar el precepto penal incluso contra el sentido material y formal de sus palabras, y se llegan a soluciones, ciertamente favorables, para el condenado, pero cuya corrección formal ofrece bastantes dudas al estudioso, como veremos por ejemplo al estudiar el delito de insolvencia fraudulenta del quebrado (art. 520 del Código penal).

Sólo cuando la descripción del tipo legal implique un concepto jurídico, perteneciente a otra rama del derecho distinta de la penal, será lícito a los Tribunales usar el concepto dándole el sentido técnico que tenga en la norma no penal, por ejemplo cuando el Código habla del «hijo legítimo», no puede entenderse por esta expresión más que lo que el Código civil ha querido decir con ella.

De la misma manera, cuando el Código penal (artículo 406) consigna la palabra «asesinato», la define el Código en el propio artículo en que aparece, describiendo una conducta básica, «el que matare a una persona», pero para diferenciar el tipo del del homicidio añade «concurriendo alguna de las siguientes circunstancias». En realidad, en éste, como en otros muchos casos semejantes, sobra la palabra «asesinato», en el texto legal. Los efectos queridos por la norma se producirían igualmente, con igualdad matemática, si el precepto dijera: «El que matare a una persona concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: ...será castigado con la pena de...». Aquí la palabra «asesinato» está tomada tan sólo como una facilitación que permite prescindir de toda la descripción del tipo, sustituyendo el concepto por una palabra, que desempeña el papel de una etiqueta breve y manejable. Es el rabo por donde se toma el cazo, como ha dicho con expresión certera Carnelutti.

Lo mismo podemos decir del inciso «como homicida» del artículo 407, y «como parricida» del artículo 405, ambos del Código penal, así como de la expresión «con ensañamiento» que inmediatamente se define o explica «aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido» (art. 406, circunstancia 5.^a del Código penal), con formulación diferente de la que se expresa en el artículo 10, agravante 5.^a del

propio Código (que es conocida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia como agravante de ensañamiento, aunque el Código penal no mencione expresamente esta palabra), a saber, «aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución». Esta doble y distinta formulación del significado de la palabra «ensañamiento» a los efectos penales, podría dar lugar a plantearse la cuestión bizantina de si pudieran ser compatibles en un mismo hecho, haciendo inoperante lo dispuesto en el artículo 59 del Código penal, ya que las palabras «dolor» y «males» no son equivalentes, y el dolor se limita al ofendido, mientras los males pueden ser producidos a las cosas o a otras personas.

La expresión «con alevosía» (art. 406 del Código penal) no puede interpretarse en ningún caso de manera distinta a la definición que nos suministra el Código penal en el artículo 10, 1.^a, mientras que cuando se consignan en el mismo precepto las palabras «inundación», incendio», «veneno» o «explosivo», están desprovistas de sentido jurídico, y ni siquiera lo adquieren, a pesar de que como en el caso del incendio, se tipiquen penalmente conductas que se describen con el verbo «incendiar» y se utilicen los sustantivos «incendio» e «incendiario» en los artículos 547 a 556 del Código penal. Pero entiéndase bien, una cosa es que el sentido de estas palabras haya que buscarlo metajurídicamente, en la experiencia humana, según los usos lingüísticos, y en definitiva en el Diccionario, más por su *auctoritas* que por su *potestas* (de la que carece ante los Tribunales), y otra muy distinta es que constituya un concepto jurídico a los efectos del recurso de casación por infracción de ley. Al estar incluida la palabra «incendio» en el texto de la ley, constituyendo parte de «un precepto penal de carác-

ter sustantivo», la infracción por interpretación errónea de esta palabra daría lugar a la casación de la sentencia, sin que deba confundirse el error en la apreciación de la prueba de si se produjo o no un hecho y de sus circunstancias (cuestión de hecho), y otra si los hechos que se declaran probados pueden o no calificarse jurídicamente de incendio (cuestión de derecho).

Creo que un estudio pormenorizado del Código penal en este sentido daría sus frutos y contribuiría ampliamente a poner de relieve las enormes posibilidades de la casación española, desplegando ante el jurista un campo insospechado de oportunidades para una Justicia mejor, si se lograra una fecunda y eficaz colaboración entre los Tribunales y los Abogados.

En la imposibilidad de llevarlo a cabo en esta ocasión nos vamos a limitar a emprender el estudio de una serie de delitos, para cuya elección hemos empleado el método que en las ciencias económicas y estadísticas se denomina «muestreo». Elegiremos un delito de cada uno de los trece títulos que dedica el Código penal a los delitos dolosos, y vamos a intentar someter cada una de estas muestras a un análisis, armado de los instrumentos que hemos venido confeccionando, para someter nuestras ideas al banco de prueba de la realidad mediante su aplicación al derecho positivo penal español.

DEL TÍTULO I:

«DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD EXTERIOR DEL ESTADO»

«Los ultrajes a la Nación española o al sentimiento de su unidad, así como a sus símbolos y emblemas, se castigarán con la pena de prisión menor; y si tuvieran lugar con publicidad, con la de prisión mayor» (art. 123 del Código penal).

Ninguna Ley penal ni civil define la palabra «ultraje», concepto jurídico —censurable en casación— que el Tribunal penal ha de tener en cuenta para caracterizar una determinada acción realizada por un sujeto, lo que nos lleva a preguntarnos dónde ha de encontrar el Tribunal penal el significado y extensión de esta palabra. No cabe duda que, no estando el concepto definido en una ley, ha de acudir a las llamadas máximas o reglas de la experiencia, que tienen un sentido más amplio que el hasta ahora se le ha venido dando, de contribuir a formar el juicio de hecho, sea a su formación, sea a su verificación, pero siempre dentro del tema de hecho. Aunque en el proceso civil la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconducido la infracción de las reglas de la experiencia al error de derecho, es decir, a la infracción de la ley o de doctrina legal, suponiendo infringido el artículo 1253 del Código civil, esta conclusión, que podría aplicarse al proceso penal por analogía, sería de difícil aceptación al faltar en las leyes penales sustantivas un precepto análogo al citado. Ahora bien,

al tratar de definir la palabra que constituye un concepto jurídico, para establecer si una conducta está o no tipificada en el precepto penal, tampoco puede dejarse al arbitrio del Tribunal penal que dé a esta palabra el significado que quiera, tanto si lo extiende a casos que no están comprendidos en el mismo, como si lo restringe dejando fuera conductas que debían ser incriminadas. Tanto en uno como en otro caso se impone la necesidad del control de la casación, porque no hay duda de que se trata de un concepto jurídico al integrar la ley penal material.

Hay que acudir entonces al «sentido gramatical» de la palabra, pero este significado sólo se encuentra en el Diccionario, y por su carácter oficial sólo podría ser traído a la sentencia el de la Real Academia Española de la Lengua (en su última edición, o en la última antes de la comisión del delito, si de una a otra hubiera cambiado el sentido de la palabra), sin extender ni la palabra que define la acción, supuestamente criminosa, ni las que completan el tipo mediante analogías o sinonimias a otros conceptos que nunca son exactamente coincidentes en su significado, a pesar de haberse usado este método por el propio Tribunal Supremo al decidir que incide en este delito el autor de una crónica periodística cuyas frases y conceptos, en su *sentido gramatical*, ofenden, ajan y menosprecian a la Nación española (Sentencia 24 de abril de 1923). Si se consulta el Diccionario de la Academia los tres verbos tienen «sentido gramatical» diferente del empleado en la Ley penal .

En otra sentencia (casualmente del mismo día de la que acabamos de citar), para extender analógicamente el concepto de «Nación» empleado por el legislador penal al de «Estado» se citan los artículos 339 a 341, 345, 958, 1875 y 1903 del Código civil, amén

de leyes fiscales y constitucionales (arts. 11 y 86 de la Constitución entonces vigente de 1876), como fundamentos jurídicos y legales de la afirmación de exactitud tan dudosa, y que sirve de punto de partida para la condena, de «que siendo sinónimas las denominaciones de Estado y Nación...»

Lo mismo puede decirse de los conceptos «símbolo» y «emblema», si bien en este caso puede traerse como ley material no penal aplicable la que define la bandera, el escudo nacional y el himno nacional, cuya infracción daría lugar a la casación (Decreto 29 de agosto de 1936; Decreto 2 de febrero de 1938 y Orden de 11 de febrero de 1938, Decreto 27 de febrero de 1937 y Decreto 17 de julio de 1942).

La teoría de «los bienes protegidos» demuestra su peligrosidad, en el terreno positivo, al dar lugar a extensiones analógicas que pugnan con la conquista más importante del Derecho actual, en el que parecía inexpugnable la máxima *nullum crimen sine lege*, así «el ultraje a la Nación» se extiende al inferido a «las mujeres de Castilla» (Sentencia 29 de julio de 1907), si bien no se «comprenden en el ámbito de la protección penal contra el ultraje y, de manera aislada, los elementos que constituyen la Nación y, entre ellos, el personal masculino» (Sentencia 25 de mayo de 1959).

El Juez penal —aquí el Tribunal Supremo— no duda en integrar el precepto penal buscando en las leyes civiles —aquí la ley civil por excelencia—, preceptos que estima necesarios para la, según él, correcta aplicación de la ley penal, y que invocados erróneamente, violándolos o interpretándolos con error, e incluso dejando de aplicarlos, cuando fueran aplicables, darían lugar a una apertura del recurso de casación por infracción de ley, en este caso de ley material no penal, de acuerdo con nuestra tesis.

DEL TÍTULO II:

«DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD INTERIOR DEL ESTADO»

«El funcionario público que expropiare de sus bienes a un nacional o extranjero, fuera de los casos permitidos y sin cumplir los requisitos legales, incurrirá en las penas de suspensión y multa de 5.000 a 25.000 pesetas» (art. 196 del Código penal).

Una vez más falla la teoría de «los bienes protegidos», ya que en los delitos que pueden cometerse y sancionarse con sujeción a esta norma, claramente se aprecia que el bien o bienes protegidos son la propiedad y sus efectos, tales como la posesión o la utilización de los bienes propios y la libre disposición de los mismos; sin embargo, el precepto está incluido en la ley penal en título que comprende los «delitos contra la seguridad interior del Estado», y por tanto parece que su colocación correcta sería, para los seguidores de esta teoría, en el título XIII que comprende «los delitos contra la propiedad».

La colocación, sin embargo, se puede estimar más correcta si se piensa que este precepto penal define y sanciona determinadas infracciones del deber de los funcionarios públicos de respetar las situaciones jurídicas obtivas, deber que tiene toda persona, y que si se infringe por ésta da lugar a un delito contra la propiedad, pero que cuando se infringe por un funcionario público, lo que tipifica y sanciona la ley pe-

nal, es la infracción del deber de usar la potestad, concedida por el Estado a su funcionario, de acuerdo con las normas que regulan su ejercicio legítimo. Lo que se sanciona, pues, en este caso, más que el resultado lesivo para el patrimonio del ofendido, que tiene su justa sanción en el resarcimiento civil, es la conducta ilegítima del funcionario. Por eso la pena, en lugar de la gravedad que tienen la de los delitos contra la propiedad, se reduce a la suspensión que afecta al ejercicio del cargo o función (*ne peccetur*) que tiene más de medida de seguridad que de pena (salvo los efectos sobre la percepción de los haberes o emolumentos inherentes a la función, si los hubiere), y la multa.

Veamos ahora, brevemente, la necesidad del juzgador penal de acudir a las leyes materiales no penales para la aplicación o inaplicación de este precepto penal en el caso concreto.

En primer lugar, el concepto jurídico de «bienes», cuya definición ha de buscarse en el Código civil y cuyos preceptos, cuando son infringidos, dan lugar a la casación penal, como ley material no penal necesaria en la aplicación de la ley penal.

El concepto jurídico de expropiación («que expropiare») no existe en el Código penal, y ha de construirse y usarse aplicando leyes civiles para determinar en qué caso existe o no la expropiación, del mismo modo que es necesario buscar fuera del Código penal los preceptos que autorizan al funcionario a llevar a cabo la expropiación sin incurrir en sanción penal por tratarse de «casos permitidos», que también están señalados en las leyes reguladoras de la expropiación forzosa (Ley de 16 de diciembre de 1954 y disposiciones complementarias) que tienen carácter material no penal.

Una ligera ojeada a la jurisprudencia del Tribunal Supremo nos hace ver que la palabra o concepto jurídico de «expropiación», que tiene un sentido característico y bien definido en el ámbito legal y doctrinal, adquiere otro mucho más extenso e impreciso, al ser usado por la jurisdicción penal, tales como la mera perturbación de la posesión con actos ordenados por el Alcalde (Sentencia 4 de diciembre de 1899); los derribos y destrozos que ocasionaron daños (Sentencia 17 de octubre de 1877); la rotura de mojones que dividían el término municipal con el inmediato, introduciendo ganados para pastar, destruyendo y quemando vides y hormigueros que en sus propiedades tenían labradores del indicado pueblo, por constituir estos actos una perturbación de la posesión que disfrutaban (Sentencia 15 de noviembre de 1877); así como el hecho de impedir una Autoridad municipal sacar grava en terreno de propiedad particular, no obstante el consentimiento y autorización dada para ello por los dueños de las respectivas fincas, porque estos actos privaron a los dueños de la posesión legítima de sus propiedades, sin la competencia ni con los requisitos previos que la ley exige (Sentencia 8 de febrero de 1888). Y más recientemente se estima cometido el delito de expropiación ilegal por el que desposee a una persona de efectos de su pertenencia, tales como tejidos o carne de cerdo y lo entrega a alguna asociación benéfica, dado que en tal caso dispone de los mismos por sí y fuera de las normas legales para realizar, incluso una acción meritoria, si fuera a cargo de su propio peculio, pero no a costa del patrimonio ajeno (Sentencia 3 de diciembre de 1951).

Pero he aquí que aparece en este mismo precepto penal un concepto jurídico de gran interés para nues-

tro estudio: se trata nada menos que la posibilidad de una apertura de la casación penal por la infracción de preceptos no penales —los que regulan «los requisitos legales» incumplidos o no— cuya determinación de realizarse por el Tribunal penal a base de las leyes procesales administrativas o civiles que regulan el procedimiento de la expropiación forzosa. En virtud del precepto que analizamos la expresión consignada en el Código penal «y sin cumplir los requisitos legales», otorga carta de naturaleza de ley material no penal que debe ser observada en la aplicación de la ley penal a los preceptos de neto carácter procesal civil o administrativo reguladores del proceso de expropiación, sin que pueda oponerse por el Tribunal de casación, para rechazar el recurso, inadmitiéndolo o desestimándolo, que se funda en leyes que carecen del carácter de materiales, sean penales o no, y en el conflicto de normas que se produce entre el precepto concreto del Código penal y el que regula casación penal, ha de prevalecer el primero sobre el segundo, porque es precepto especial y concreto, mientras el segundo es genérico, por ser ley más moderna el Código penal vigente que la Ley de Enjuiciamiento criminal, y por último, porque no puede prevalecer un formalismo, que sería ilegítimo, sobre la necesidad de hacer justicia en un caso concreto en materia tan grave como una condena penal.

Desde muy antiguo el Tribunal Supremo al mantener sentencias fundadas en este precepto, estimando cometido el delito de expropiación ilegal por la realización de embargos con falta de requisitos procesales razona en el mismo sentido que mantenemos, sirviéndonos sus palabras de argumento *a contrario sensu* (Sentencias 10 de enero de 1879 y 18 de febrero de 1887).

DEL TÍTULO III:

«DE LAS FALSEDADES»

«El particular que cometiere en documento público u oficial, o en letras de cambio u otra clase de documentos mercantiles, alguna de las falsedades designadas en el artículo anterior, será castigado con las penas de presidio menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas» (art. 303 del Código penal).

«A efectos penales, merecen la conceptualización de oficiales los documentos que podrían denominarse parapúblicos, cualidad de que pueden hallarse revestidos, ora por razón del autor, ora por razón del destinatario: 1.º, por razón del autor del documento, cuando éste procede de una persona que teniendo, según el ordenamiento jurídico extrapenal, carácter oficial, no puede ser incluida en la amplia definición que da del funcionario público el párrafo 3.º del artículo 119 del Código penal; 2.º, por razón del destinatario del documento, cuando se trata de aquellas declaraciones escritas de naturaleza recepticia, dirigidas por los particulares a un órgano público u oficial, que sean susceptibles de producir un efecto jurídico de esta índole, supuesto en que es constitutiva del concepto una determinada cualidad legitimadora del sujeto pasivo del documento» (Sentencia 5 de junio de 1962).

La propia sentencia pone ya de relieve la necesidad del juzgador penal de acudir a leyes extrapenales para formar el concepto jurídico de documento oficial, y por tanto la infracción de estas leyes, de necesaria observancia en la aplicación de la penal, daría lugar a la apertura del recurso de casación por vicio *in judicando*.

Más aún, el propio Tribunal Supremo establece que «el carácter de público, oficial o mercantil de un documento, a los efectos de la falsedad en ellos cometida, no se puede asignar más que en aquellos casos en que de modo claro y evidente merezca tal calificación, dadas las graves responsabilidades penales impuestas a los que cometieron tal delito en los mismos, sin que pueda señalarse, por tanto, con tal denominación, a ningún documento distinto de aquellos a quienes taxativamente corresponda, *con arreglo a lo preceptuado en los artículos 1216 del Código civil y 596 de la Ley de Enjuiciamiento civil* (Sentencia 7 de julio de 1930), cita esta última de la Ley de Enjuiciamiento civil que se reitera en la sentencia que declara que «es indudable que revista esencia y forma de documento público la certificación del acta de nacimiento expedida por quien tiene a su cargo el Registro civil, *según prescribe el número 6.º del artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento civil*» (Sentencia 6 de noviembre de 1942).

Vuelve a repetirse aquí, y de forma aún más clara, por haber sido recogida la doctrina que venimos manteniendo por el propio Tribunal Supremo la posibilidad de apoyar un recurso de casación por infracción de ley, alegando como infringido no sólo el artículo 1216 del Código civil, precepto no penal material, sino alegar la infracción en sede penal del precepto contenido en el art. 596, de la Ley de Enjuiciamiento

civil, al que se le da carácter sustantivo o material en esta sentencia del Tribunal Supremo.

Por lo que se refiere al concepto jurídico «documento mercantil» nos vamos a limitar a transcribir, en lo fundamental, tres sentencias con esta misma doctrina: «Los documentos mercantiles cuya falsificación castiga este artículo son los que, *con arreglo a la legislación especial de la materia*, tienen por objeto hacer constar derechos concretos u obligaciones definidas de tal clase, o sirven por mérito jurídico para demostrar unos y otras, carácter cuya naturaleza y trascendencia, por equipararse en la esfera penal, por razón de interés general a los documentos públicos y oficiales, no consienten ampliación a escritos diferentes de aquellos aunque corrientemente pasen por costumbres o mutuas conveniencias entre comerciantes» (Sentencia 9 de abril de 1885); son documentos mercantiles los que, *con arreglo a la legislación especial de la materia*, tiene por objeto hacer constar derechos u obligaciones mercantiles, o sirven para demostrar unos y otras, y como en el art. 520 del Código de Comercio reputa siempre mercantil el préstamo de efectos cotizables hechos en póliza con intervención de agente colegiado, forzoso es que la póliza representativa de este contrato es documento mercantil y la calificación de ella cae bajo la sanción de este artículo 303 del Código penal» (Sentencia 9 de octubre de 1889); «según doctrina reiterada, los documentos mercantiles cuya falsedad se castiga en este artículo (303 CP) son los que, *conforme a la legislación especial sobre la materia*, tienen por objeto acreditar derechos u obligaciones concretas, o tienen eficacia jurídica para su demostración, por lo cual y a tenor de los artículos 33 y 38 del Código de Comercio, tienen aquel carácter las hojas del libro diario llevado for-

malmente, y su falsedad atrae la sanción de este artículo» (Sentencia 19 de abril de 1916).

He aquí tres casos en los que la absolución del primero y la condena de los segundos se debe a la aplicación negativa en el primer caso y positiva en los dos últimos de la legislación mercantil, citada sólo genéricamente en el primer caso (en el que se rechaza la aplicación de la costumbre, con una correcta interpretación restrictiva, propia de la jurisdicción penal), y genérica y específica en los dos últimos en que la cita de artículos concretos del Código de comercio sirven de base a la condena, posición ésta que a su corrección une la declaración de reiterada doctrina en la última de las sentencias citadas.

DEL TITULO IV:

«DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA»

«El falso testimonio de causa civil será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas» (art. 329 del Código penal).

Se sanciona en este precepto la infracción del deber de decir verdad del testigo, quien en su calidad de sujeto de un medio de prueba en el proceso no penal, constituye uno de los tantos casos del ejercicio de una función pública realizada por un particular, cuya función se asume por el mero hecho de la citación para comparecer y declarar a la presencia judicial, y cuyo deber de decir la verdad se refuerza con el juramento o promesa, ya que «antes de declarar prestará el testigo juramento (que puede ser sustituido por promesa, a partir de la Ley de 24 de noviembre de 1910), en la forma y bajo las penas que las leyes previenen. Si manifestase ignorarlas, el Juez le instruirá de las señaladas para el delito falso testimonio en causa civil» (art. 647 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

Investido de esta función pública, el testigo, que conoce por sí el valor del juramento por Dios o la promesa por su honor, o en su caso, debidamente instruido por el Juez, tiene el deber de decir la verdad lo que supiere o fuere preguntado, tipificando y sancionando el Código penal en este precepto la

infracción de este deber. Este deber, como tantos otros deberes, no necesita la contrapartida de un derecho subjetivo por parte de una persona concreta a la que se otorgue ninguna prerrogativa frente a un sujeto concreto que resulte obligado a una conducta también concreta respecto del mismo. El deber asumido por el testigo que jura o promete es un deber para consigo mismo, y si lo incumple arrostra la sanción divina, o su propio deshonor, amén de una sanción penal por si no fuera suficiente la espiritual. Tampoco aquí vemos que sea correcta la formulación de un ataque al «bien jurídico protegido» que se ha hecho consistir en la eficacia y acierto de la función judicial.

El concepto jurídico «causa civil», que emplea el Código penal y la Ley de enjuiciamiento civil de sabor tradicional un tanto arcaico, para el gusto del lenguaje jurídico actual, es un concepto un tanto impreciso, ya que puede interpretarse como opuesto a «causa criminal» (arts. 326, 327 y 328 del Código penal), en cuyo caso tiene un sentido amplio, o bien como equivalente a «juicio civil» o «pleito civil», u otros análogos de sentido más restringido. La determinación de este sentido no cabe duda que es censurable en casación por el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

Y así ha sido, en efecto, si bien el resultado no puede calificarse de satisfactorio, pues aunque la doctrina jurisprudencial parece acoger una interpretación restringida, que estimamos acertada, al declarar que por «causa civil» para los efectos de este artículo se entiende que se trata de un juicio o contención entre partes (Sentencia 10 de junio de 1883); y que sin aparecer como cierto que se prestase una declaración falsa en un negocio judicial, ventilado contradictoriamente entre partes, no es posible la aplicación

de este artículo, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia 27 de diciembre de 1912), por lo que un juicio ordinario declarativo de mayor cuantía sobre reclamación de cantidad, a los fines de este artículo es causa civil (Sentencia 10 de diciembre de 1932); y lo mismo en la ejecución de una sentencia definitiva (Sentencia 17 de febrero de 1910); e incluso en actos de jurisdicción voluntaria (Sentencia 26 de mayo de 1888), cuya naturaleza jurídica no ha sido definitivamente resuelta por la doctrina procesal, o en un abintestato (Sentencia 21 de abril de 1883); si bien este criterio es vacilante porque se restringe y se niega en una información para perpetua memoria, por estimar que es necesario que la declaración se preste en un pleito contestado por las partes ante el Juez, que es lo que se llama causa civil (Sentencia 15 de junio de 1882); en otras sentencias se ha desviado de esta sana doctrina como veremos a continuación.

El principio de esta desviación parece encontrarse en el desacertado fundamento de una decisión acertada: la que sanciona como reos de falso testimonio en causa civil al testigo que declara falsamente en un interdicto de adquirir «ya que para los efectos penales de esta disposición legal se entiende por causa civil, según la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, la reclamación o ejercicio de un derecho de carácter civil ante Autoridad competente (¿por qué no Juez o Tribunal?), aunque para resolverlo o aprobarlo no sea necesaria contención entre partes» (Sentencia 9 de abril de 1892).

Sin duda esta expresión, también concepto jurídico de «Autoridad competente», ha hecho posible la extensión desmesurada, a todas luces fuera de la expresión legal de «causa civil», a los falsos testimonios

dados en expedientes de quintas para exención del servicio militar (Sentencias 25 de noviembre de 1875, 10 de junio de 1883 y 4 de febrero de 1887).

El «falso testimonio» es también un concepto jurídico censurable en casación y que encierra dentro de sí el de «testigo», por lo que es necesario excluir del ámbito de la sanción penal a las «partes», que sólo son sancionadas no cuando declaran falsamente, sino cuando presentaren a sabiendas testigos falsos, y ello en virtud de la equiparación expresa del artículo 333 del Código penal con el que estudiamos, y así lo han declarado las Sentencias de 29 de enero de 1885 y 21 de junio de 1907.

Transcribimos, por último, para cerrar el estudio de este precepto, una sentencia que consideramos importante, por varias razones; primera, porque cita expresamente preceptos del Código de Comercio, como es el artículo 612, números 8.º y 15, que se estiman necesarios para la aplicación de la ley penal, aunque claramente no tengan este carácter, y segundo, porque de una manera clara o terminante, en contra de otras decisiones (Sentencias 2 de octubre de 1906, 29 de febrero y 30 de octubre de 1908), establece que no es necesaria la autorización del Juez o Tribunal civil que conoce de la «causa civil» para proceder criminalmente, ya que esta autorización no está exigida de modo expreso por la Ley.

«Considerando que las actuaciones en que prestó declaración el recurrente promovidos por el capitán de un buque mercante para acreditar el naufragio del barco de su mando, no puede menos de merecer la calificación de verdadera causa civil, tanto por ser manifiesto que su resultado había de afectar a derechos de tercero, como porque el acudir a la Autoridad

judicial es obligación ineludible impuesta por el Código de Comercio, artículo 612, número 8.º y 15, al capitán de todo buque, en casos de arribada o naufragio para garantizar los derechos de tercero y poner a salvo la responsabilidad que pudiera alcanzarle, por razón del siniestro, constituyendo unas diligencias si no preparatorias, precautorias y de garantía de las acciones que a los interesados pudiera asistir, dar a conocer su existencia y facilitar en su caso el ejercicio de la misma;

Considerando que la acertada y prudente doctrina admitida por este Tribunal Supremo en diversas ocasiones de que la declaración de haber lugar a proceder criminalmente por falso testimonio, corresponde al Tribunal de lo Civil, cuando se trata de asuntos de esta clase, por ser el que mejor puede apreciar la eficacia y valor probatorio de las declaraciones de los testigos contrastándolas con las demás pruebas practicadas en el juicio, no tiene un carácter absoluto, sino que debe aplicarse tendiendo a más esenciales circunstancias de cada caso, pues si así no fuera, cuando por la naturaleza del asunto u otras causas el Tribunal de lo Civil no hubiera llegado a tener que examinar el alcance de las pruebas ni por tanto averiguar ni sospechar siquiera la existencia del delito no podría ordenar la instrucción de sumario; y si siempre sin distinción de casos, esta falta de autorización, no exigida de un modo expreso por la ley, se opusiera a la persecución y castigo del delito definido en el artículo 335 del Código penal como también del previsto en el 339 éstos habrían de quedar impunes si fueran descubiertos después de terminado el juicio civil y nunca podría ser aplicado el precepto del artículo 1796 de la Ley de Enjuiciamiento civil que en su número tercero autoriza la revisión de la sentencia

en el caso de que, habiéndose dictado en virtud de prueba testifical, los testigos hubiesen sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de base a la sentencia;

Considerando que aunque aquellas actuaciones de que se trata no se las concediera otro carácter que el de meras diligencias para hacer constar los hechos ocurridos que a este efecto habían de ser entregados al capitán que promovió el expediente y se les negara el de declaraciones prestadas en causa civil, tampoco procedería la casación de la sentencia porque siempre resultaría que en el documento oficial se había faltado a la verdad en la narración de los hechos, lo que en todo caso constituye delito, consideración que por sí sola impediría estimar cometido el error de derecho a que se refiere en su número primero el artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento criminal alegado como único fundamento del recurso;

Considerando, por virtud de lo expuesto, que el Tribunal sentenciador no ha incurrido en el error de derecho invocado por el recurrente y ha obrado acertadamente al condenarle como reo del delito de falso testimonio en causa civil previsto en el artículo 335 del Código penal...» (Sentencia 10 de julio de 1923).

DEL TITULO V:

«DE LA INFRACCION DE LAS LEYES SOBRE INHUMACIONES, DE LA VIOLACION DE LAS SEPULTURAS Y DE LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PUBLICA»

«El que practicase o hiciere practicar una inhumación, contraviniendo lo dispuesto por las leyes o reglamentos respecto al tiempo, sitio y demás formalidades prescritas para las inhumaciones, incurrirá en las penas de arresto mayor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas» (art. 339 del Código penal).

La «inhumación» es un concepto jurídico, censurable en casación al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, pero al propio tiempo es un concepto de la vida real, que el Juez y las partes conocen por esa regla de experiencia que constituye el significado y contenido de las palabras que integran el idioma, por ello queda uno sorprendido cuando se afirma que «el verbo inhumar tiene en el campo jurídico-penal un sentido más amplio que el estricto gramatical, por estar comprendido en este concepto, además de los actos de enterrar, o colocar bajo tierra el cadáver, aquellos otros de igual significación encaminados al mismo fin (!) (Sentencia 20 de diciembre de 1960).

No sólo la Ley de Registro civil y el Reglamento para su aplicación (Sentencias 28 de mayo de 1883, 23 de diciembre de 1887, 7 de febrero de 1888, 12 de noviembre de 1942, 8 de octubre de 1947, 23 de enero de 1951 y 9 de mayo de 1953), sino el Código civil y el *Codex juris canonici* («Sagrados Cánones» les llama la Sentencia 9 de junio de 1918), constituyen leyes substantivas no penales cuya infracción, por parte del Tribunal penal al aplicar el precepto contenido en el artículo del Código penal que estudiamos, puede dar lugar a la casación penal en el fondo. Las numerosas sentencias que revuelven en casación de punibilidad o absolución de los que inhuman en cementerios católicos cadáveres de personas fallecidas fuera de la comunidad cristiana (Sentencia 19 de junio de 1918) o impidiendo el entierro en cementerio católico de quien tenía esta condición (Sentencias 30 de diciembre de 1916 y 8 de julio de 1921), sin que el ejercicio de la patria potestad para impedirlo sea razón suficiente para no cometer este delito, porque «la patria potestas» es un poder de protección con facultades limitadas en los artículos 155 y siguientes del Código civil, sin que ello se oponga a la tolerancia religiosa sancionada en la Constitución del Estado» (Sentencia 24 de mayo de 1909), y porque «el derecho a ser enterrada (?) una persona que no apostató toda su fe en el cementerio católico, está amparado y reconocido por los cánones de la Iglesia, aceptados e incorporados a la Ley del Reino, y a su violación no alcanza la patria potestad, extinguida además por la muerte sobre la persona de quien en vida estaba a ella sometida» (Sentencia 10 de enero de 1910).

DEL TÍTULO VI:

«DE LOS JUEGOS ILÍCITOS»

«Los banqueros y dueños de casas de juego de suerte, envite o azar serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas, y en caso de reincidencia, con las de prisión menor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas.»

«Los jugadores que concurrieren a las casas respectivas, con las de arresto mayor y multa de 5.000 a 10.000 pesetas, y en caso de reincidencia con las de arresto mayor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas» (art. 349 del Código penal).

Estamos en presencia de un precepto penal contenido en un artículo que agota la totalidad del Título VI del libro II del Código penal, junto con el siguiente que ordena el comiso del dinero o efectos y los instrumentos y útiles destinados al juego (artículo 350 del Código penal), y que constituye una muestra muy clara del paralelismo a que nos referimos al principio de nuestro trabajo entre la sanción civil y la sanción penal en un doble orden normativo y jurisdiccional.

En el ámbito civil, el artículo 1798 del Código civil priva de acción para reclamar (judicialmente) lo que se gana en un juego de suerte, envite o azar, así como en las apuestas análogas a los juegos prohibidos (art. 1799 del Código civil), y esta sanción de orden civil se refuerza con la penal a la que se suma en su caso el comiso de dinero y demás, a que hemos hecho referencia.

Se sanciona tanto en el orden civil como en el penal el incumplimiento de los deberes para consigo mismo de administrar ordenadamente los propios bienes absteniéndose de usarlos en vicios que pueden arruinar a otras personas. Por ello, incluso en aquellos juegos y apuestas que se consideran lícitos, y en los que no está vedada la acción civil para reclamar lo ganado, se concede al Juez civil una *potestas* especial para no estimar la demanda cuando la cantidad que se cruzó en el juego o en la apuesta sea excesiva, o reducir la obligación en lo que excediere de los usos de un buen padre de familia (art. 1801 del Código civil). La apuesta de un almuerzo en presencia de varias personas, que se convirtió en la de un décimo de lotería para todos los presentes, que lo aceptaron, les otorga acción civil para reclamar del que cobró el premio la participación correspondiente (Sentencia 6 de octubre de 1931, civil).

Ni siquiera en este delito dejan de plantearse cuestiones para cuya solución tiene el Juez penal que echar mano de la ley civil, tales como la determinación de la calidad de «dueños de casas de juego», por el que se entiende no sólo el propietario del local, sino el que actúa como empresario de esta actividad ilícita, bien sea como arrendatario del local, como representante legal de una persona colectiva, regular o irregular, tales como Presidente, Gerente o Director de Casinos o Sociedades recreativas en cuyos locales se juegue habitualmente (Sentencias 15 de octubre de 1880, 8 de noviembre de 1887 y 13 de octubre de 1897), aunque sea Presidente accidental (Sentencia 7 de diciembre de 1899), sin que lo sea, en cambio, el dueño del edificio, sino el arrendatario o inquilino de las habitaciones en que se jugaba (Sentencia 16 de noviembre de 1872).

DEL TITULO VII:

«DE LOS DELITOS DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS EN EL EJERCICIO DE SUS CARGOS»

«Los funcionarios judiciales o administrativos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a sentencias, decisiones u órdenes de la Autoridad superior, dictadas dentro de los límites de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en las penas de inhabilitación especial y multa de 5.000 a 25.000 pesetas.»

«Sin embargo, de lo dispuesto en el párrafo anterior, no incurrirán en la responsabilidad criminal los funcionarios públicos por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de la Ley.»

«Tampoco incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos constituidos en Autoridad que no den cumplimiento a un mandato en el que se infrinja manifiesta y terminantemente cualquiera otra disposición general» (art. 369 del Código penal).

«Es elemento sustancial del delito de desobediencia que la sentencia, decisión u orden a cuyo cumplimiento se niegue abiertamente el funcionario inferior en jerarquía haya sido dictada dentro de los límites

de la respectiva competencia del superior, condición esencialísima cuya exigencia legal es imprescindible, y no se aminoran sus efectos porque tales resoluciones aparezcan revestidas de las formalidades legales según su respectiva competencia» (Sentencia 22 de enero de 1891).

Nada menos que cuatro órdenes de conceptos jurídicos no penales se recogen en el párrafo primero del artículo objeto de nuestro estudio, a saber: 1) el concepto, o mejor dicho, los conceptos de «sentencia», «decisión» y «orden», cuyo contenido e interpretación ha de buscarse en leyes ajenas al Código penal tales como las de enjuiciamiento civil y penal), las de trabajo y contencioso-administrativas, que definen las respectivas sentencias y sus requisitos formales; las leyes administrativas que establecen que sean las decisiones y las órdenes; 2) el concepto de las formalidades legales que han de revestir en cada caso aquéllas; 3) el concepto de Autoridad superior, también de orden jurídico, que establece la necesaria jerarquización directa entre los dos sujetos, ya que no podría sancionarse al que no está subordinado precisamente al que dicta la sentencia, toma la decisión o da la orden; y 4) que el acto desobedecido haya sido realizado dentro de los límites de su respectiva competencia, determinación que exige la aplicación de leyes no penales, no sólo materiales o substantivas, sino procesales o formales que son las que suelen regular la competencia de Tribunales y Autoridades.

Los cuatro conceptos jurídicos, con las normas objetivas de carácter no penal, tienen acceso, necesariamente, a la casación por infracción de Ley, por disponerlo expresamente así el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

Las exenciones de responsabilidad penal específicas, que se conceden en los dos últimos párrafos del propio artículo 369 del Código penal, establecen de manera indubitada sendos conceptos jurídicos de amplísimo espectro legal, ya que el «mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley», no determina en absoluto a qué Ley puede referirse. Toda Ley, cualquier Ley, sea o no penal, puede ser alegada como infringida en casación. Pero aún es más amplia el espectro legal del último párrafo del mismo artículo al eximir de responsabilidad a los funcionarios públicos constituidos en Autoridad que no den cumplimiento a un mandato en el que se infrinja manifiesta y terminantemente *cualquiera otra disposición general*, lo que desde un punto de vista doctrinal nos hace ver la inmensa gama de posibilidades de apertura y censura de y en la casación penal de la aplicabilidad a un supuesto delictivo de nada menos que cualquier disposición (normas y actos) general.

DEL TÍTULO VIII:

«DELITOS CONTRA LAS PERSONAS»

«El que matare a su padre, madre o hijo, o a cualquiera otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o ilegítimos, o a su cónyuge, será castigado, como parricida, con la pena de reclusión mayor a muerte» (art. 405 del Código penal).

Estamos en presencia de un delito, designado en el Código penal con una palabra —parricidio—, que si bien no responde a su estricto sentido etimológico, sí coincide con el gramatical, ya que esta palabra no tiene en la lengua castellana otro sentido distinto del que le da el Código penal, por tratarse además de una palabra técnica del lenguaje jurídico sin ninguna acepción válida fuera de este campo.

Se caracteriza este delito por sancionar, con la mayor energía, la infracción de los deberes de respetar las situaciones jurídicas objetivas, que se producen por meros hechos biológicos y naturales, precisamente por las personas implicadas en la propia situación, cualquiera que sea el puesto que ocupen relativamente en la escala genética los infractores y las víctimas, y cualquiera que sea la calificación legal, en el orden civil, de las relaciones internas entre los miembros de la situación jurídica producida por el fenómeno genético.

No son las relaciones de parentesco civil las que juegan en la descripción del tipo, sino las meramente

físicas o naturales, por lo que es indiferente la aplicación de la sanción penal, establecida en las normas de este carácter, que la situación jurídica objetiva, producida por la paternidad o filiación física se califique civilmente de legítima o ilegítima, natural o adulterino.

El problema surge con el enfrentamiento de la situación real, biológica y la situación legal, en los casos en que juegue la impropriamente llamada presunción de legitimidad de los hijos de los artículos 108, 109 y 110 del Código civil, esto es, cuando el hijo considerado como legítimo, por la ley civil, no lo sea biológicamente y mate a su padre «legítimo» o sea víctima de éste. El Tribunal penal puede resolver, a los solos efectos de la represión, las cuestiones prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación (art. 3 de la Ley de Enjuiciamiento criminal), pero ¿tendrá en el caso propuesto que atemperarse a las reglas del Derecho civil para resolver, como quiera la propia Ley citada? Si así fuera ¿vendría limitado por las prescripciones del Código civil en orden a la investigación de la paternidad? Planteado el problema en un caso concreto ¿jugaría el principio *in dubio pro reo*?

«Es de la competencia de los Tribunales de lo penal el resolver sobre la filiación legítima del niño a los efectos de la calificación del delito, cualesquiera que sean las prescripciones del Código civil sobre la investigación de la paternidad» (Sentencias 13 de julio de 1897 y 19 de enero de 1921).

Pero junto a este parricidio, caracterizado por el parentesco directo natural y físico que liga al autor y a la víctima, aparece en el mismo artículo que es-

tudiamos, otro parricidio —la muerte del cónyuge—, en los que aquéllos no están unidos entre sí por lazos de parentesco (siendo penalmente indiferente si se die-
ran además entre los cónyuges), sí por lazos jurídicos como son los matrimoniales, y que para poder ser incluidos en el tipo se exige la existencia entre el autor y la víctima de un matrimonio legítimo.

«No obsta a la calificación de parricidio el hecho de que, quienes casados canónicamente estén separados por decisión de los Tribunales eclesiásticos en virtud de sentencia de divorcio, porque la unión nacida del Sacramento sólo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges» (Sentencia 30 de junio de 1930), pero obstaría a esta calificación si la sentencia hubiera declarado la nulidad del matrimonio, porque entonces no lo hubiera habido nunca.

«A los fines de la calificación del delito de parricidio debe estimarse cónyuge de su agresor a la víctima que estaba casada conforme a las leyes civiles de una nación extranjera, sin que obsten a ello las dudas suscitadas sobre la nulidad de dicho matrimonio civil, cuando falta sobre este particular la previa declaración del Tribunal competente del país en que se contrajo» (Sentencia 8 de julio de 1915).

Al tener los Tribunales penales que atemperarse a las leyes civiles, según se dispone expresamente en la Ley de Enjuiciamiento criminal que regula el ejercicio de la actividad jurisdiccional penal, no cabe duda que la infracción por los mismos de las normas civiles en general (y no sólo las del Código civil, ya que la Compilación de Derecho catalán, ofrece soluciones diferentes en orden a la investigación de la paternidad), o los errores de derecho que cometan son susceptibles de ser corregidos en casación alegando leyes civiles de carácter material o substantivo.

DEL TITULO IX:

«DE LOS DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD»

«El estupro de una doncella mayor de doce y menor de veintitrés, cometido por autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de estuprada, se castigará con la pena de prisión menor» (art. 434 del Código penal).

Los conceptos jurídicos de «estupro», «doncella», «sacerdote», «criado», «doméstico» (con la difícil distinción de uno y otro, aunque el resultado sea el mismo), «tutor», «maestro», «encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada», constituyen otros tantos temas no penales cuyo acceso a la casación es indiscutible, y cuya formulación ha de ser amparada por leyes no penales, excepto el de «autoridad pública» para la que bastaría el concepto penal que de la misma da el Código penal en su artículo 119, aunque la matización de «pública» que se le da en el precepto que estudiamos no esté comprendida, al menos expresamente en aquél, lo que tal vez exigiera completar el precepto de la norma penal con alguna norma de carácter no penal —administrativo o político— para la adecuación del concepto.

Es lástima que no se hubiere aprovechado la reforma del Código penal de 1963 para unificar toda la formulación legal de los conceptos de funcionarios y autoridades a lo largo de todos los artículos del Código penal, en que aparecen en los tipos delictivos, en el lado activo o pasivo, con distintas denominaciones que dan lugar, por lo menos a vacilaciones, inexactitudes y hasta interpretaciones extensivas y analógicas de difícil aceptación.

DEL TÍTULO X :

«DE LOS DELITOS CONTRA EL HONOR»

«Es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada, en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona» (art. 457 del Código penal).

Los delitos tipificados en el título X del Código penal dan lugar a sanciones que afectan a los que infringen los deberes de respetar el honor y la honra ajenos que no pueden considerarse desde ningún punto de vista como derechos subjetivos del ofendido, en cuanto que ni son adquiribles por ninguno de los modos establecidos en el derecho objetivo, ni son transmisibles, ni son renunciables, y sobre todo porque no pueden valorarse en el activo del sujeto pasivo del delito.

Se infringe este deber aun en el caso de que el sujeto pasivo del delito carezca, en el medio social en que se desenvuelve, de buena fama o sea sospechoso de haber cometido el delito que se le imputa en la calumnia o en la injuria (salvo el ejercicio de la llamada *exceptio veritatis* —artículo 456, párrafo 1.º y 461 del Código penal—).

No hay ninguna ley civil que defina lo que es el honor o la honra de una persona, por lo que el Tribunal penal ha de acudir a las normas o reglas de la experiencia para determinar qué actos o expresiones

redundan en deshonra, descrédito o menosprecio de una persona. Ahora bien, estos conceptos «deshonra», «descrédito» y «menosprecio», por formar parte de la norma son conceptos jurídicos, no de hecho, y por tanto, revisables en casación por el número 1.º del artículo 849. No pueden ni deben confundirse los actos realizados o no, que son evidentemente cuestiones de hecho sometidos a prueba, que ha de apreciarse y valorarse libremente por el juzgador de instancia, con la cuestión de si se han realizado «en deshonra, descrédito o menosprecio de una persona», que no puede ser objeto de prueba, sino que son normativos, forman parte del tipo delictivo, y han de ser «aplicados» a los hechos probados, cualquiera que sea la extensión de la flexibilidad de la regla de experiencia que tenga en cuenta el juzgador.

Toda la construcción doctrinal ha sido aceptada por el Tribunal Supremo, de ser un delito, éste, eminentemente intencional (Sentencia 22 de noviembre de 1957), y por tanto el *animus injuriandi* es elemento esencial del delito de injurias (Sentencia 3 de noviembre de 1943) mientras no se pruebe lo contrario (Sentencias 22 de marzo y 30 de octubre de 1956 y 30 de mayo de 1960), y puede discutirse en casación la realidad del ánimo de injuriar (Sentencia 26 de mayo de 1955).

No sólo el *animus injuriandi* puede ser revisado en casación (Sentencias 6 de junio de 1953, 10 de diciembre de 1954 y 1.º de julio de 1958), sino también, y por la misma razón, si el hecho que se estime probado lo ha sido «en deshonra, descrédito o menosprecio de una persona», porque tanto en aquel caso como en éstos estamos en presencia de juicios de valor llevados a cabo por el juzgador de instancia, cuyos juicios no pueden ser objeto de prueba porque no son «de

hecho», sino que se refieren a actividades del juzgador de muy distinta índole de las que despliega para valorar y apreciar la prueba, conceptualmente posteriores a aquéllas, y en cierta manera independientes, en cuanto a su naturaleza, aunque al juicio de valor le sirva de soporte el juicio de hecho.

Todo lo dicho es aplicable al problema que plantea la llamada *exceptio veritatis*, en los casos en que se admite para excluir la antijuridicidad, tanto en delitos como en faltas, ya que sólo se admite la prueba de los hechos, únicos que pueden ser objeto de prueba, pero a los juicios de valor, revisables en casación, y que al ser modificados por el Tribunal de casación pueden dar lugar a la casación de la sentencia.

DEL TÍTULO XI:

«DE LOS DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL

DE LAS PERSONAS»

«La suposición de parto y la sustitución de un niño por otro, serán castigadas con las penas de presidio menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas.»

«Las mismas penas se impondrán al que ocultare o expusiere un hijo legítimo, con ánimo de hacerle perder su estado civil» (art. 468 del Código penal).

Una vez más nos encontramos con una situación objetiva producida por el reconocimiento y regulación legal de un estado de hecho, que, cuando concurren determinados presupuestos de hecho o de derecho, es reconocido por la ley, al propio tiempo que regula sus efectos. Una vez más estamos ante un caso patente de una doble protección, la del ordenamiento civil, que prohíbe la renuncia a la situación objetiva mediante actos voluntarios, impidiendo que el ejercicio de la autonomía de la voluntad —reconocida en el terreno de la creación, modificación y extinción de los derechos subjetivos—, produzca modificaciones en el estado de filiación. Esto llevaría consigo, de admitirse, que se eludieran los deberes (no obligaciones) que llevan consigo las potestades o poderes reconocidos por la ley civil a los sujetos de esta situación jurídica

objetiva, o que se eludieran las sujeciones establecidas, no en interés o beneficio del titular del poder o potestad que engendra la sujeción, sino en interés y beneficio del sometido a la sujeción (del sujeto, *stricto sensu*), y ello no sólo en la filiación miológica, sino en la legal o adoptiva, sino también en el ordenamiento penal, que sanciona la infracción de los deberes establecidos como presupuestos para la constitución de la situación jurídica objetiva, prevista por la norma civil para los sujetos implicados en ella.

En el precepto contenido en el párrafo 2.º de este artículo que estudiamos, sólo se sanciona la infracción de deberes atañentes a la formación de la situación jurídica objetiva de la filiación cuando ésta es la definitiva en el Código civil como legítima. El legislador penal no ha estimado necesario sancionar esta infracción cuando la situación jurídica objetiva de filiación es la llamada natural o adoptiva. Tal vez porque en la filiación legítima la situación se produce con absoluta independencia de la voluntad de los sujetos implicados, por el mero hecho del nacimiento del hijo existiendo un matrimonio, siempre que la concepción y el nacimiento se produzca dentro de los plazos establecidos (arts. 108 y 110 del Código civil), sin que la declaración de voluntad de la madre contra la legitimidad, ni aun habiendo sido condenada como adúltera pueda influir en la calificación legal de la legitimidad del hijo (art. 109 del Código civil), concediéndose al marido o a sus herederos acción para negar la legitimidad sólo en el caso del nacimiento del hijo después de transcurridos trescientos días desde la disolución del matrimonio o de la separación legal efectiva de los cónyuges, pero el hijo y su madre tendrán también derecho para justificar en este caso la paternidad del marido (art. 111 del Código civil).

En cambio, en la filiación natural y en la adoptiva, la situación jurídica, objetiva en su resultado, depende para su creación de la voluntad de los padres (y en su caso del hijo) en los casos y con los presupuestos y requisitos que la ley civil establece. Probablemente este matiz de voluntariedad en la creación de la situación objetiva es lo que ha hecho al legislador penal no sancionar la infracción de los deberes de respetar la creación de estas situaciones, cualquiera que sean los efectos en el orden económico que llevan consigo para los sujetos implicados en ellas. En los casos de filiación natural, se protege civilmente la creación de la situación, así como, en su caso, el ejercicio de los derechos subjetivos (aquí sí que existen), pero como consecuencia del parentesco, noción más amplia que la de filiación, porque aquél se inserta en un estado de familia en el que la ley civil concede auténticos derechos subjetivos, tales como el derecho a la sucesión, y establece verdaderas obligaciones, tales como las deudas alimenticias, que se pueden hacer valer fundadas en verdaderos derechos subjetivos, computables como tales derechos y obligaciones en los patrimonios de los acreedores y deudores, cosa que no puede hacerse con los poderes o potestades, ni con las facultades, y menos con los deberes y sujeciones.

El Código civil enumera en los artículos 959 a 967 las precauciones que ha de adoptar la viuda que crea haber quedado encinta, y las facultades de los que tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza que pueda desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo.

Son medidas profilácticas, de higiene jurídica, para evitar la necesidad de exigir responsabilidades y tener que imponer sanciones de orden civil o penal. Lo mismo que el estudio de las enfermedades ha logrado

el desarrollo de la higiene, pública o privada, que ha permitido evitar un gran número de enfermedades y alteraciones de la salud, el estudio de los casos litigiosos ha logrado planes de organización jurídica más vastos, que permiten evitarlos, como ha dicho con acierto el Decano Roubier. Este fenómeno ha hecho decir a Carnelutti que el Derecho no se presenta ante los ojos más que cuando lo vemos actuar en el proceso. Ello no significa que no exista también fuera de él, y sí sólo que mientras se desenvuelve en quietud, nadie se acuerda de que exista, de la misma manera que no nos acordamos del aire, hasta que éste no se mueve en el viento.

El precepto que estudiamos plantea otros interesantes problemas en relación con el doble ordenamiento civil y penal y las respectivas jurisdicciones especializadas. El nexo entre una y otra se establece concretamente en este caso a través del artículo 5.º de la Ley de enjuiciamiento criminal, al establecer que «las cuestiones civiles prejudiciales referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión del estado civil, se deferirán siempre al Juez o Tribunal que deba entender de las mismas, y su decisión servirá de base a la del Tribunal de lo criminal». Por la arcaica denominación de «supresión de estado civil», no existiendo ningún delito específico con esta denominación en el Código penal, debemos entender precisamente los que la rúbrica de la suposición de parto y de la usurpación del estado civil, en el Capítulo primero del Título XI del Código penal, ya que los actos que se describen en los tipos delictivos del Capítulo, podrían llevar anejos, y como consecuencia inmediata de los mismos la llamada supresión del estado civil respecto de la persona en cuyo lugar jurídico se colocare a otra.

No es posible entrar, en esta ocasión, en la extensa y compleja problemática, que ha sido objeto de la atención de los estudios dentro y fuera de nuestra patria, en obras generales y en valiosas monografías, por lo que vamos a limitar, a los efectos de este «muestreo» que venimos realizando a través de nuestro Código penal a poner de relieve lo que sigue: El precepto legal de la Ley de enjuiciamiento criminal impide al Tribunal penal resolver por sí mismo la cuestión prejudicial civil, cuya decisión habrá de deferirse siempre al Juez o Tribunal civil. No impide la iniciación y prosecución del sumario, pero no puede entrar en la fase de enjuiciamiento decisoria, sin tener como base la sentencia firme civil, con los efectos de cosa juzgada que le concede el artículo 1251, párrafo 2.º del Código civil. El proceso civil (que está decidido en juicio declaratorio ordinario de mayor cuantía, según lo dispuesto expresamente en el art. 483 de la Ley de enjuiciamiento civil), es necesario antecedente de las sentencias civil y penal, substraído su contenido a la disposición de las partes privadas que en él intervengan (art. 487, n.º 2.º Ley de enjuiciamiento civil), por la necesaria intervención del Ministerio fiscal, que deberá, en virtud de los principios de oficialidad y legalidad, provocar la suspensión del proceso penal e iniciar, en caso de que no lo hicieran las partes privadas, el proceso civil correspondiente, impulsándolo hasta obtener una decisión que gane firmeza.

La relación de la sentencia civil así obtenida y la sentencia penal a dictar en el proceso penal está expresa y claramente establecida en la Ley de enjuiciamiento criminal (art. 5.º) al establecer que servirá de base la civil a la penal. Y si bien la jurisprudencia anterior a la reforma de la casación de 1933, estimó

siempre que la sentencia civil sólo podría servir de base al juicio de hecho del Tribunal penal, a partir de la reforma no existe la menor duda de que el juicio civil vincula al del Tribunal penal, de la misma forma y por las mismas razones que el juicio penal vincula en todo caso al civil, aunque esta vinculación esté establecida en una Ley de apariencia general no material, pero en la que pueden existir y existen preceptos de naturaleza sustantiva, cuya infracción es censurable en casación.

DEL TITULO XII:

«DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD»

«Será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas el que dejare de cumplir, pudiendo hacerlo, los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio, en los casos siguientes:

1.º Si abandonaren maliciosamente el domicilio familiar.

2.º Si el abandono de sus deberes legales de asistencia tuviere por causa su conducta desordenada.

Cuando el culpable dejare de prestar la asistencia indispensable para el sustento a sus descendientes menores o incapaces para el trabajo, o a sus ascendientes o cónyuge que se hallaren necesitados, a no ser, respecto al último, que estuvieren separados por culpa del referido cónyuge, será castigado con la pena de arresto mayor en su grado máximo y la multa de 5.000 a 50.000 pesetas.

En todo caso, el Tribunal podrá acordar la privación del derecho de patria potestad o de la tutela o autoridad marital que tuviere el reo.

El delito previsto en este artículo se perseguirá previa denuncia de la persona agraviada

o, en su caso, del Ministerio Fiscal. Será de aplicación a este delito lo dispuesto en el artículo 443 en cuanto a la extinción de la acción penal y de la pena, presumiéndose el perdón del agraviado por el restablecimiento de la vida conyugal y cumplimiento de los deberes asistenciales» (art. 487 del Código penal).

Introducido este delito por la Ley de 12 de marzo de 1942, fue incorporado al texto refundido de 1944 y se mantuvo, añadiéndole el último párrafo, en el Código penal, texto revisado de 1963, a semejanza del delito contra los deberes de asistencia familiar que se contiene en el artículo 570 del *Codice penale* italiano, cuya influencia, a pesar de la diferente redacción, se transparenta en el que estudiamos.

La numerosa jurisprudencia que se ha producido en torno a este precepto, desde su promulgación, pone de relieve la necesidad de reforzar con un precepto penal el cumplimiento de los deberes mutuos entre los cónyuges por razón de matrimonio, así como los que engendra la situación jurídica objetiva de la patria potestad y de la filiación, que si bien estaban establecidos, o mejor dicho, reconocidos en la ley civil, y su infracción podía dar lugar a la aplicación de sanciones civiles no era suficiente.

La posibilidad de que el aumento continuo de estas infracciones civiles, tratándose de deberes esenciales para el buen orden de la familia, pusiera en peligro esta institución y perjudicase gravemente al cónyuge abandonado y a los que debían ser asistidos, determinó al legislador penal a establecer este nuevo tipo de delito, que establece sanciones penales concretas para los que abandonaren sus deberes legales

de asistencia por causa de su conducta desordenada, o dejaren de prestar la asistencia indispensable para el sustento a sus descendientes menores o incapaces para el trabajo, o a sus ascendientes o cónyuge que se hallaren necesitados.

La institución matrimonial, desde el punto de vista jurídico constituye una situación objetiva, que engendra deberes mutuos entre los cónyuges, y es al propio tiempo una situación jurídica natural de extraordinaria complejidad, que se produce por la libre voluntad declarada de los contrayentes, pero sus efectos de orden moral (y religioso, en su caso) y de orden civil escapan, cuando son esenciales, a la libre disponibilidad de las partes contrayentes. El derecho respeta y exige la autonomía de la voluntad en cuanto a la creación de la situación jurídica, pero sustrae los efectos —desarrollo y extinción— a la voluntad de los cónyuges.

Veamos cómo se conjugan los preceptos civiles y los penales que sancionan la infracción de los deberes conyugales, y cuáles son, en definitiva, los que, establecidos en la ley civil, pueden dar lugar a responsabilidad civilmente sancionable, ya que la responsabilidad penal tiene como medida la civil, sin que en ningún caso puede sancionarse penalmente una conducta no exigida por el ordenamiento jurídico civil, aunque transgrediera normas de carácter exclusivamente ético o afectivo que no deben siquiera ser mencionados, como ha hecho alguna vez el Tribunal Supremo (Sentencia 30 de marzo de 1944).

La distinción entre la sanción civil y la sanción penal hay que buscarla en la distinta naturaleza de una y otra, genérica la primera, específica la segunda, pero en cuanto a la amplitud de su aplicabilidad, no

puede exceder nunca el ámbito de aplicación penal del de la civil. Como hemos venido manteniendo a lo largo de nuestro estudio, no puede sancionarse una conducta penalmente, ni por tanto puede existir responsabilidad penal, si no existe antes responsabilidad civil (en su más amplio sentido, como no penal) lo que no hay que confundir con que ésta sea valorable económicamente, ni siquiera como daño moral. El hecho de que exista la posibilidad de aplicar una sanción penal por delito, sin que exista una condena al resarcimiento, porque no se haya producido un daño o un perjuicio valorable económicamente, no contradice lo que afirmamos.

A diferencia de otros, el delito que estudiamos, sanciona la infracción de deberes que están específicamente recogidos en el Código civil, y sólo cuando la conducta del sujeto incumpla el deber civil expresamente reconocido en el derecho civil, y se den los presupuestos de procedibilidad y de punibilidad establecidos en la ley penal, puede perseguirse y sancionarse penalmente. La existencia legal del deber civil será en todo caso presupuesto de la sentencia penal, sin que en ningún caso pueda sancionarse el incumplimiento de deberes no recogidos en la ley civil.

Veamos, brevemente, cómo se regulan en la ley civil los deberes que sanciona en este precepto la ley penal.

«Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente (art. 56 del Código civil).

De estos deberes sólo se protege y sanciona su infracción, en el precepto penal que estudiamos, el primero y el último, ya que los deberes de guardarse

fidelidad venían siendo ya sancionados penalmente, sólo en los casos específicamente determinados, en otros preceptos del Código penal (art. 449 a 452 del Código penal).

«La obligación (*rectius*, deber) de vivir juntos es de orden público (*rectius* trasciende la esfera privada regida por el principio de libertad y autonomía de la voluntad) y no puede ser modificada por el mutuo acuerdo de los obligados» (RDGRN 30 de noviembre de 1917), por ello «el pacto de separación entre cónyuges es nulo, por oponerse al deber consignado en este artículo» (Sentencia 19 de diciembre de 1932, civil) y carece de toda eficacia legal y aun sin petición expresa de los litigantes puede y debe ser reputado como falto de todo valor» (Sentencia 17 de junio de 1949, civil).

«El deber de socorrerse mutuamente, establecido en el artículo 56, en relación con el artículo 143, número 1.º, ambos del Código civil, es exigible cualquiera que sea la situación legal del matrimonio, a no ser que la necesidad del cónyuge provenga de actos por él mismo realizados, que le constituyan en una situación ilegal y contraria al derecho» (Sentencias 16 de octubre de 1903 y 17 de febrero de 1942, civiles).

«El marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido» (art. 57 del Código civil), sin que el deber de protección que, según este artículo, incumbe al marido sea recíproco (Sentencia 24 de junio de 1950, civil).

«La mujer está obligada a seguir a su marido dondequiera que fije su residencia. Los Tribunales podrán con justa causa, eximirla de esta obligación cuando el marido traslade su residencia a Ultramar o a un país extranjero» (art. 58 del Código civil).

La infracción maliciosa, o a causa de conducta desordenada, de estos deberes se contempla en el Código penal como abandono de familia y puede cometer el delito tanto el marido como la mujer (Sentencia 13 de junio de 1944), y sin que sea necesario para la comisión el abandono material del domicilio, ya que sin ausentarse del mismo puede hacer dejación de estos deberes a causa de la conducta desordenada del culpable (Sentencia 10 de marzo de 1958).

Otro grupo de deberes se regulan en la ley civil en la forma siguiente:

«Están obligados recíprocamente a darse alimentos, en toda la extensión que señala el artículo 142 del Código civil:

- 1.º Los cónyuges.
- 2.º Los ascendientes y descendientes legítimos.
- 3.º Los padres y los hijos legitimados por concesión Real y los descendientes legítimos de éstos.

Los padres y los hijos ilegítimos en quienes no concurren la condición legal de naturaleza se deben, por razón de alimentos, los auxilios necesarios para la subsistencia. Los padres están, además, obligados a costear a los hijos la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte u oficio.

Los hermanos deben también a sus hermanos legítimos...» (art. 143 del Código civil).

«La reclamación de alimentos, cuando procedan y sean dos o más los obligados a prestarlos, se hará por el orden siguiente:

- 1.º Al cónyuge.
- 2.º A los descendientes del grado más próximo.
- 3.º A los ascendientes, también del grado más próximo.
- 4.º A los hermanos» (art. 144 del Código civil).

Si comparamos el precepto penal y los preceptos civiles, encontramos una aplicación plástica de la doctrina que venimos manteniendo en nuestro estudio. Si bien los hermanos legítimos están obligados civilmente a prestarse mutuamente alimentos de la forma regulada en el Código civil, el incumplimiento de este deber hace incurrir en responsabilidad —civil— al obligado, y puede serle exigida esta responsabilidad mediante la sanción civil correspondiente, ante los Tribunales del orden jurisdiccional civil. Pero nunca este cumplimiento podrá ser considerado como infracción de deberes que llevan aneja una responsabilidad penal, exigible ante los Tribunales del orden jurisdiccional penal. De la misma manera quedan exentos de responsabilidad criminal, porque no la tienen tampoco civil, los que están obligados a alimentar, según la regla general del derecho civil, cuando concurra alguna de las causas por las que cesa el deber establecidas en el artículo 152 del Código civil, que habrá de ser tenido en cuenta por el Tribunal penal, en el juicio de derecho, como prejudicial a la determinación de la culpabilidad del imputado.

En orden a la patria potestad y tutela, los Tribunales de lo penal habrán de tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 154, 155 y 264 del Código civil, igualmente de carácter prejudicial del enjuiciamiento decisorio del delito de abandono de familia.

No ofrece duda de ninguna clase que la infracción por el Tribunal penal de los preceptos de orden civil que hemos enumerado y estudiado, siquiera sea con obligada brevedad, daría lugar a la apertura de la casación penal en el fondo, de acuerdo con la redacción vigente del artículo 849, número 1.º de la Ley de Enjuiciamiento criminal, ya que éstos determinan la extensión máxima de los deberes exigibles, y son los que desarrollan los «conceptos jurídicos» que integran la descripción del tipo delictivo. Aunque aparentemente «la asistencia indispensable para el sustento» parezca una cuestión de hecho, y pueda ser objeto de prueba, los límites de este deber de asistencia hay que integrarlo jurídicamente con los preceptos civiles que lo regulan y, por tanto, nos encontramos en presencia de un juicio de valor cuya corrección compete al Tribunal de casación.

DEL TÍTULO XIII:

«DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD»

«El quebrado que fuera declarado en insolvencia fraudulenta con arreglo al Código de Comercio será castigado con la pena de presidio mayor» (art. 520 del Código penal).

Plantea este artículo uno de los problemas más interesantes que pueden proponerse a un jurista. La desgraciada redacción de este precepto, la concurrencia de normas penales, con normas mercantiles incluidas en el Código de Comercio, y las procesales civiles que se insertan en la Ley de Enjuiciamiento criminal, junto con las procesales penales que se integran en la Ley de Enjuiciamiento criminal, dan lugar a una apasionante problemática, imposible de desarrollar en el reducido espacio que las circunstancias de nuestro estudio nos permiten.

A primera vista parece una cuestión muy simple: dada la formulación del tipo legal, sólo compete al Tribunal penal la fijación de la pena, puesto que el enjuiciamiento y declaración de la insolvencia fraudulenta del quebrado ha de plasmarse en la sentencia civil que dicta el Juez de primera instancia, como resultado del proceso regido por las normas del procedimiento civil establecida en los artículos 1382 a 1386 de la Ley de Enjuiciamiento civil aplicando, en calidad de derecho material, lo establecido en los artículos 890 y 891 del Código de Comercio, fundamentalmente.

Se pena al quebrado que fuere declarado en insolvencia fraudulenta con arreglo al Código de Comercio; esta declaración de insolvencia ha de hacerse y ha de constar en una sentencia firme civil, y los hechos probados de la sentencia penal parece que debieran reducirse a decir: «por sentencia firme de tal fecha dictada por..., fulano fue declarado en insolvencia fraudulenta con arreglo al Código de Comercio», y limitarse el Tribunal penal a condenar a la pena establecida en el precepto que estudiamos.

Así lo ha entendido rectamente, a nuestro parecer, el Tribunal Supremo, actuando por medio de su Sala Segunda: «Autónomo el Tribunal civil para hacer la declaración de quiebra fraudulenta o culpable, según el artículo 888 del Código de Comercio, y expresando textualmente el 538 (art. 520 del Código penal vigente) del Código penal, que el quebrado que fuese declarado en insolvencia de esa clase por alguna de las causas comprendidas en aquel precepto, será castigado con las penas que establece, es notorio que el último hace referencia a un estado o situación legal, como es el de quiebra, que sólo al primero incumbe estudiar y definir, mientras que el penal, indiscutiblemente complemento suyo, únicamente corresponde fijar los diferentes castigos aplicables a las diversas hipótesis reconocidas por el Tribunal civil en su resolución necesariamente previa, anterior y base del procedimiento criminal, deduciéndose así por modo expreso y concluyente, que la indicada clasificación han de partir necesariamente los Tribunales de lo Criminal, como base obligada de su resolución».

«Aunque ésa es y no podía ser otra la doctrina de esta Sala, hácese, sin embargo, en la sentencia de 8 de marzo de 1894, que el recurrente invoca, una excepción, la de haber sido evidenciada en el juicio

criminal por prueba en contrario, la inexistencia del fraude o carácter punible de la quiebra; pero además de que para muchos sería indiscutible si tal excepción puede darse ante el expreso texto de los preceptos mencionados, siempre resultaría en este caso, como en el tratado en la invocada sentencia, que clasificada la quiebra del recurrente con arreglo al citado artículo del Código de Comercio, ni del sumario ni del juicio oral aparecen que se hayan desvirtuado los hechos que sirvieron de fundamento a la declaración del Tribunal civil, y si, por el contrario, confirmado según la declaración de hechos probados» (Sentencia 15 de diciembre de 1927) (1).

Las aguas pasan bajo los puentes, y en esta inagotable corriente constituida por las sentencias de nuestro Tribunal Supremo encontramos una más reciente

- (1) Para la mayor comprensión de estos considerandos, que hemos copiado literalmente, y en confirmación de lo mantenido, insertamos el Resultando de la sentencia recurrida (suprimidos sólo el nombre del procesado y de los acreedores), que adopta la redacción que esquemáticamente hemos señalado en el texto: «Resultando que la sentencia recurrida de fecha 11 de marzo de 1927, contiene el siguiente
- “Resultando probado y así se declara que el procesado en esta causa, en julio de 1919, comenzó con pequeño capital la negociación de carbones que compraba a crédito a varias Sociedades hulleras, sin acierto en la dirección del negocio, en el balance practicado el 31 de Diciembre de 1921 aparece con un activo de pesetas 91.790, contra un pasivo de 223.640 pesetas, situación que ocultó a sus acreedores, hasta que descubierta por el cobro intentado de varias letras de cambio, hubo de ser declarado en estado de quiebra, a instancia de la Sociedad acreedora, y tramitada dicha quiebra en su pieza quinta de calificación de la misma, mereció ésta la insolvencia culpable de dicho comerciante, por las causas primera y quinta del art. 888 del Código de Comercio, mandando se proceda criminalmente contra el querellado según sentencia firme de la Sala de lo Civil de esta Audiencia de 2 de marzo de 1925; que con la pieza segunda de autos de dicha quiebra aparece el procesado con un activo de 65.821 pesetas y céntimos, contra un pasivo de 223.552 pesetas y céntimos, montando su insolvencia la cantidad de 157.731 pesetas, originadas por las causas ya apuntadas en perjuicio de sus acreedores, perdiendo en consecuencia todos estos acreedores más del 50 por 100 de sus respectivos créditos”»

que nos pone de manifiesto el giro de la doctrina jurisprudencial en poco más de treinta años: «La quiebra en el aspecto penal figura entre los delitos contra la propiedad y ofrece la singular característica de que en ningún caso puede perseguirse de oficio ni a instancia de parte mientras el Juez o Tribunal de lo civil no haya hecho su calificación y declarado haber méritos para proceder criminalmente, y desde entonces queda libre y expedido el camino para depurar las responsabilidades de índole criminal que de esa calificación puedan derivarse; es, pues, la previa declaración civil de la quiebra un requisito esencial de procedibilidad que no merma ni coarta en lo más mínimo la soberanía de la jurisdicción penal para juzgar en la esfera privativa de su competencia la conducta del quebrado, y no realizaría la función que le está encomendada si tuviera que someterse ciegamente a lo que a los efectos puramente mercantiles declaró otra jurisdicción, pues de ser así resultaría que la calificación del delito estaría reservada a los Tribunales de lo civil y a los de lo criminal sólo les incumbiría aplicar la sanción cuando sus atribuciones son plenas para conocer en todas sus fases del caso enjuiciado; de donde se reduce que están perfectamente deslindados los campos de acción de ambas jurisdicciones: la civil, para calificar la quiebra de fraudulenta si concurren las circunstancias que taxativamente enumera el art. 890 del Código de Comercio, o de culpable si se dan los supuestos previstos en los artículos 888 y 889 del propio cuerpo legal, y esa calificación surte sus efectos en el orden mercantil y abre el cauce por donde ha de discurrir el procedimiento criminal; y la penal para discriminar si la actuación del quebrado reviste caracteres de delito e imponer, en su caso, el condigno castigo». «Si bien

la circunstancia de que el comerciante procesado no llevara los libros de comercio que como necesarios determina el artículo 33 del Código de Comercio es motivo para declarar, mercantilmente, fraudulenta su quiebra, no es la misma suficiente para extender esa calificación a efectos penales, porque la omisión de libros, para que merezca ser calificada de delito de quiebra fraudulenta, requiere conste o se deduzca, al menos, obedeció al propósito del comerciante de defraudar a la masa de acreedores, que es el sujeto pasivo de esta figura delictiva, sin que baste que el quebrado voluntariamente prescindiese del cumplimiento de la obligación que impone el citado artículo 33 del ordenamiento mercantil, ni que se hayan originado perjuicios a los acreedores, porque el dolo específico de este delito es el ánimo de defraudarlos; y como éste no se descubre de la versión establecida por la Sala sentenciadora, es inaplicable el presente caso el artículo 520 del Código penal.» «Esto no significa que los hechos perseguidos estén desprovistos de matiz delictivo, pues son méritos para estimarlos dolosos en el sentido criminal del concepto, aunque sea en ámbito mercantil, revelan en el comerciante que no se ha cuidado de llevar en forma sus libros de comercio, una despreocupación por el cumplimiento de elementales normas comerciales, una negligencia inexcusable, característica de la imprudencia punible en su máximo rango de temeraria, que de haber mediado malicia integraría el delito de quiebra fraudulenta que prevé y sanciona el artículo 520 del Código penal» (Sentencia 13 de junio de 1959).

El estudio comparativo de estas dos sentencias, en las que se reflejan esencialmente las dos tendencias que en la materia ha venido sosteniendo el Tribunal Supremo, nos lleva a considerar mucho más correcta

la primera que la segunda, ya que en ésta los razonamientos que constituyen el enjuiciamiento carecen de apoyo legal admisible.

En efecto, contrariamente a lo que con reiteración se ha afirmado por cierto sector de la doctrina (Quintano Ripollés y Rodríguez Devesa, entre otros penalistas, y Gómez Orbaneja), el artículo 520 del Código penal no es, en absoluto, una norma «en blanco», y así lo ha entendido acertadamente otro sector de la doctrina (Jiménez de Asúa). El artículo 520 establece un supuesto de hecho perfectamente tipificado: «El quebrado que fuere declarado en insolvencia fraudulenta con arreglo al Código de Comercio».

Por «quebrado» hemos de entender, en nuestro derecho positivo, el comerciante que ha sido declarado en este estado por auto firme de declaración de quiebra, que se dictará, en su caso, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1323 a 1333 de la Ley de Enjuiciamiento civil y que se documenta en la sección o pieza primera del proceso de quiebra. Cuando en el artículo 520 del Código penal se incluyen las palabras «declarado en insolvencia fraudulenta», no se refiere a aquella declaración que efectúa el Juez civil *in limine litis*, y que es previa a las medidas cautelares personales y reales, sino a la calificación que realiza el Juez civil en la sección o pieza quinta del proceso de quiebra —que supone, como es natural, aquella previa declaración de quiebra—, y que se lleva a cabo, como hemos dicho, de acuerdo con las normas procesales establecidas en los artículos 1382 a 1386 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

En nuestro derecho positivo existe, por tanto, una doble declaración, régimen bien distinto de la regulación legal de otros países, lo que implica que el manejo del derecho comparado haya de hacerse con

extraordinarias precauciones, so pena de llegar a conclusiones erróneas.

Esta aclaración elimina toda la problemática más o menos bizantina, a los efectos del enjuiciamiento penal, de si la quiebra es un estado de hecho o una situación jurídica, si la declaración del Juez civil es declarativa o constitutiva. Cuando el Código penal dice «el quebrado» se refiere única y exclusivamente al que ha sido declarado en quiebra por auto firme, y a esta declaración hay que atenerse en el derecho positivo español, cualquiera que sea la situación de hecho respecto de la insolvencia real, puesto que «se considera en estado de quiebra al comerciante que sobresee en el paso de sus obligaciones» (art. 874 del Código de Comercio).

La acción criminosa tipificada en el artículo 520 (y 521) se caracteriza, como toda acción, por el verbo, que en este caso lo constituye el «fuere declarado», que no se refiere a un acto realizado por el quebrado, sino que la declaración quien la lleva a cabo es el Juez civil. Ciertamente que en este sentido la redacción del precepto no ha sido afortunada, y contrasta con todos los demás que describen tipos delictivos en el Código penal.

Constituye una excepción de la norma general que ha presidido la redacción de los libros II y III del Código penal, lo que obliga a interpretarlo no con las normas generales, sino de acuerdo con su propio carácter excepcional.

Si comparamos este precepto con los contenidos en los artículos 523 y 524 del Código penal veremos que tiene una estructura parecida: «el concursado cuya insolvencia resultare... de alguno de los hechos siguientes: ...». Se tipifica y pena aquí no tanto una acción como una situación resultante de ciertas accio-

nes perfectamente definidas, que por sí mismas no son punibles; a menos que sean imputables a un concursado (situación que exige una previa declaración jurisdiccional), cuya insolvencia haya sido jurisdiccionalmente declarada culpable en sentencia firme civil, y que además tenga por causa alguno de los hechos que se describen en estos dos mismos artículos.

En lugar de una acción se contempla, describe y pena en todos estos artículos del Código penal una situación resultante de ciertas acciones cuyo enjuiciamiento se confía en los artículos 523 y 524 al Tribunal penal, pero que en el artículo 520 (y en el siguiente), se sustrae del enjuiciamiento del Tribunal y se confía exclusivamente al Tribunal civil.

El argumento de la sentencia de 13 de junio de 1959 de que «de ser así resultaría que la calificación del delito estaría reservada a los Tribunales de lo civil y a los de lo criminal sólo les incumbiría aplicar la sanción cuando sus atribuciones son plenas para conocer en todas sus fases del caso enjuiciado», ni es admisible ni es válido. El Tribunal penal, aunque sea el Tribunal Supremo, no tiene más atribuciones que las que en cada caso le conceden las leyes, y si en un caso determinado, como ocurre en éste, excluye la competencia del Tribunal penal, no puede éste considerarse *solutus a legibus*, cuando su función consiste precisamente en salvaguardar la observancia de las normas, tanto materiales como procesales, sin que ello «merme ni coarte en lo más mínimo la soberanía de la jurisdicción penal para juzgar» ni dejaría de «realizar la función que le está encomendada por someterse a lo que... declaró otra jurisdicción».

La Sala Segunda del Tribunal Supremo no tiene otra soberanía que la que le reconoce la Ley, ni otra función que la señalada en la misma, y si en un caso

excepcional, como es el de que nos ocupamos, la ley penal ordena un tratamiento especial, que constituye excepción de la norma general, no puede soslayarlo con razones de carácter general; que lo convertirían en legislador de su propia función.

Existe un caso, sin embargo, que podría considerarse como una excepción; a la excepción habría que reconducirlo a la norma general del enjuiciamiento penal. Nos referimos al caso de que el quebrado no sea una persona física, sino una persona jurídica, que no puede ser imputada en el proceso penal, por carecer de los presupuestos necesarios de capacidad para ser sancionada con una pena. Parece que en este caso el Tribunal penal tiene plena jurisdicción, para conocer del asunto penal, determinando la persona o personas físicas, sean o no socios de la sociedad quebrada, a quien puede imputarse la responsabilidad penal imponiéndole la pena establecida en el artículo 520 del Código penal, en su caso; pero esta conclusión sería errónea porque estas personas físicas no serían «quebrados», y al no serlo, no podrían en manera alguna ser incluidos en el tipo de este delito. De los que hay que concluir, mal que nos pese, que cuando la quiebra sea de una persona jurídica, sólo existe sanción civil, pero no hay sanción penal.

Tanto si el quebrado es una persona física, como si es una persona jurídica, la jurisdicción penal no puede actuar, de oficio ni a instancia de parte, si la previa declaración de insolvencia fraudulenta del quebrado, de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio no ha adquirido firmeza, y el Juez civil no ha deducido el testimonio necesario para que se proceda penalmente (art. 1386 del Código de Comercio). En todo caso, por tanto, la resolución firme civil es, sin duda, un presupuesto de procedibilidad, sin el que

no puede iniciarse el proceso penal, y cuya ausencia determinaría los conocidos efectos, según la fase procesal en que se pusiera de manifiesto, bien por denuncia de las partes o de oficio, esto es, la terminación y archivo del sumario, o la absolución del procesado si se hubiera abierto el juicio oral.

No se trata de una cuestión prejudicial, pues según el mecanismo de nuestro procedimiento, si fuera así no obstaría a la iniciación del proceso penal, ni produciría los efectos terminantes que acabamos de ver, sino que tan sólo constituiría un elemento de entre los que ha de tener en cuenta el Tribunal penal para su enjuiciamiento, pero que en manera alguna enervaría la posibilidad de iniciación del sumario ni el desarrollo del proceso hasta de la sentencia definitiva.

Mientras se mantenga en el Código penal la redacción del artículo 520, la resolución civil declarando la insolvencia fraudulenta de un quebrado, cuando éste fuera una persona física es algo más y diferente de una condición objetiva de punibilidad, porque excluye terminantemente el enjuiciamiento facticio y jurídico del Tribunal penal, que ha de limitarse a hacer constar, como hecho probado, la existencia de la sentencia civil que declara la insolvencia fraudulenta de un quebrado, y por tanto a imponer la pena correspondiente, aunque ello lleve consigo que en este caso estemos en presencia de un acto jurisdiccional dividido entre dos órdenes jurisdiccionales, con competencias independientes, sin posibilidad de enjuiciar, cada uno de ellos, en enjuiciamiento ajeno, sino aceptando la jurisdicción penal el resultado del enjuiciamiento jurisdiccional civil, constituyendo esta sentencia la prueba absoluta de la situación que se tipifica y sanciona en el precepto penal que estudiamos.

No se trata tampoco de un efecto de la cosa juzgada civil sobre lo penal, que produciría un efecto vinculatorio positivo, ya que la sentencia firme civil no determina en mayor o menor medida el resultado del enjuiciamiento penal, sino que lo excluye en su totalidad, sustituyéndole íntegramente, salvo la posible apreciación positiva o negativa de la corrección formal del título constituido por la sentencia civil, y la concurrencia de los requisitos de su firmeza.

También la admisibilidad de la acción civil en el proceso penal presenta caracteres excepcionales. En el caso de que el quebrado sea una persona física, la acción civil reparatoria o de resarcimiento es inadmisibile en el proceso penal, porque ya ha sido enjuiciada y decidida en el proceso de quiebra, que ha de proceder necesariamente al penal, sin que jueguen el artículo 362 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y mucho menos el artículo 114 de la de Enjuiciamiento criminal, ni se suspenderá el juicio de quiebra aunque se diera la hipótesis del artículo 514 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Una vez más, y ésta de modo concluyente y definitivo, confirma el derecho positivo nuestra tesis de la doble protección por parte del ordenamiento jurídico de determinados deberes y situaciones, estableciendo un doble orden de responsabilidad. El incumplimiento de un deber engendra responsabilidad civil y da lugar a una sanción civil, pero existen deberes, como en este caso, en que la infracción tiene una trascendencia superior a la del perjudicado, afecta a toda la comunidad, y por tanto a la sanción civil hay que añadir la sanción penal correspondiente a la responsabilidad penal contraída.

CONCLUSION

Concebimos como fin del Derecho el libre desarrollo de la personalidad del hombre mediante la protección de su persona y de sus intereses. El resultado del Derecho se obtiene mediante la sentencia, que intenta definir lo justo en un caso concreto, y que consiste en una norma de conducta impuesta por un Juez o Tribunal a personas concretas, regulando en su caso el empleo de la fuerza organizada del Estado.

El contenido de esta norma concreta está condicionado por una actuación del Juez dirigida a apreciar, mediante las pruebas, si la afirmación de una situación de hecho se corresponde con la realidad, y está limitado por las peticiones de las partes, en cuanto a su extensión, y por la interpretación de las leyes del Estado, que programan con carácter general y abstracto la conducta del Juez en cada caso particular y concreto, y además por ciertos principios jurídicos que integran o completan las leyes estatales.

Estos principios jurídicos son conceptos jurídicos extraídos de las más diversas fuentes, siendo las principales la propia naturaleza de las cosas, los principios políticos, socio-económicos y morales de un estado de la civilización de un pueblo determinado, que inspiran su programación legal y todo el Derecho. Los encuentra el Juez en las decisiones judiciales dictadas anteriormente en casos semejantes al concreto de que se trata; las encuentra en los estudios de los juristas de reconocida solvencia científica, cuyas construcciones doctrinales contribuyen de modo extraordinario

al conocimiento de las leyes, de su interpretación y del ámbito de su aplicación, así como a descubrir realidades aún no reguladas expresamente por las leyes y que merecen la protección de los Tribunales de Justicia. Los encuentra en las leyes naturales que regulan los fenómenos del mundo circundante, las normas de la experiencia, así como las leyes que rigen la actividad intelectual y volitiva, e incluso las intuiciones y emociones del Juez .

El Juez no crea el Derecho, declara lo que es justo en un caso concreto, estableciendo la norma de conducta concreta, que es lo que constituye el Derecho. Las leyes jurídicas promulgadas por el Estado, no crean deberes ni derechos subjetivos concretos. Son normas de conducta, dirigidas a los particulares y que ha de tener en cuenta el Juez para moldear su actuación de los casos concretos que le sean sometidos por las partes o por el propio Estado.

Este deber del Juez de ordenar su sentencia de acuerdo con la ley jurídica es un deber que no se corresponde con ningún derecho o potestad de ningún sujeto, porque ninguno podría estar colocado en una posición de preeminencia frente al Juez, y si bien existen deberes para consigo mismo, no pueden concebirse derechos sobre uno mismo.

El deber del Juez de tener la ley jurídica estatal como norma de su conducta judicial es un deber propio de su función. Es un deber que él ha adquirido voluntariamente al elegir libremente su función, cuyo ejercicio constituye su aportación a la sociedad en que vive, como una de las posibles contrapartidas que el hombre puede elegir de los bienes que la sociedad le proporciona para el libre desarrollo de su personalidad.

La declaración del Derecho por parte de un Juez es un complejísimo acto humano, imposible como tal de reducir a un sencillo o simple esquema racional o silogístico, ya que también intervienen, y no en escasa proporción, factores tales como la propia formación humana y cultural del hombre que juzga; todo lo que contribuye a formar su personalidad: temperamento, carácter, la familia en qué ha nacido, su niñez, su adolescencia, el ambiente familiar, los colegios, sus estudios, sus profesores, su juventud, sus amistades, sus lecturas, sus compañeros, sus aficiones, elementos todos ellos, que junto con otros muchos contribuyen a formar su personalidad. Y no digamos la propia familia que se haya creado, su mujer, sus hijos, con la infinita y proteica variedad de los problemas que entraña, de los cuales no puede desprenderse al entrar en el Juzgado ni ahogarlos al ponerse la toga. Quien juzga, al declarar el Derecho, no es el Juez, sino un hombre que ejerce la función judicial.

Generalmente, prescindimos en nuestros estudios de que bajo la toga hay un hombre; que la ley no la hace el legislador, sino que son hombres los que la preparan, la proponen, la discuten, la votan y la aprueban; que los contratos no los hace el vendedor y el comprador, sino un hombre que vende y otro que compra, que las partes en el proceso no son sino hombres que además de vivir su vida, sus alegrías y sus tristezas, sus esperanzas y sus fracasos, sus confianzas y sus miedos, acuden al hombre Juez para que decida cuál de ellos tiene razón, a quién protege la ley, quién de ellos tiene una posición justa, quién podrá conservar en el futuro los bienes que ahora le discuten, cuál será la conducta declarada justa para el futuro, en torno al problema que les preocupa, a

esa terriblemente preocupante pequeña parcela de la vida de uno y otro.

Sólo la sentencia (cuando la ley no lo impida) es un instrumento hecho a la medida del hombre, del hombre que la hace y de los hombres a quienes se dirige. Todos los jueces son hombres y como tales distintos entre sí, y hasta consigo mismos. ¿Qué semejanza hay entre aquel joven soltero, que acabado de salir de la Escuela judicial se hizo cargo (con temor) de su Juzgado en aquel pueblo de la llanura, de la montaña o del mar; y aquel otro, que se llama lo mismo, padre de una familia que veinte años después ejerce su función (con tranquila confianza) en una capital; y con aquel otro, viudo, cercano a la edad de la jubilación, vencido ya por los años, que decide las diferencias entre los hombres y juzga (con desconfianza y excepticismo) la sentencia que redactaron otros en la plenitud de su vida llenos de entusiasmo por la alta misión que les fue confiada de hacer Justicia mediante la declaración del Derecho?

Las leyes no conocen a los hombres reales y concretos. Los jueces sí, o mejor dicho, debieran conocerlos. ¿Cómo es posible disponer acertadamente la conducta de una persona a la que no se conoce? Si cuando nos piden un sencillo (!) consejo, antes de darlo hemos de conocer a la persona que lo solicita y sus limitaciones, ambientales, familiares, etc., y siempre tiene la libertad de no seguirlo, ¿cómo es posible que se dicte una sentencia sin que el Juez tenga un conocimiento real y efectivo todo lo más completo posible, de las personas a quienes va a afectar, que además no pueden apartarse de la norma de conducta que establece el Juez de la sentencia?

Las leyes programan conductas de meros fantoches, o meros «aspectos parciales personalizados» de los hombres: el comprador, el vendedor, el fiador, el homicida, el falsificador, el estafador, sin pensar en el hombre al que se refieren estos rasgos esquemáticos, que son meros disfraces del hombre real, el hombre que compra, vende, fía, mata, falsifica o estafa, actos que pueden ser un accidente en su vida o que pueden constituir su vida entera.

Sólo el Juez podría conocer al hombre en su integridad, al hombre en cuya vida se ha producido aquel hecho jurídico que se somete al juicio del Juez; ¿pero sabe el Juez lo que es para ese hombre concreto, inserto en una familia concreta, en un ambiente y medio social determinado, un procesamiento, la nulidad de un contrato, la estancia en una cárcel? Cuando un Juez condena a diez años de reclusión menor a un hombre, porque apareció ante él con el disfraz de homicida, ¿sabe lo que para aquel hombre concreto, individualizado, es la permanencia de esos años en la cárcel? Si la ley le autorizara a arrancarle la máscara, ¿lo condenaría a lo mismo?

El mito de la igualdad de los hombres ante la ley no tiene más alcance que el de la igualdad de los hombres ante el Juez, y se asemeja a la igualdad de los hombres ante el médico. El Código penal, como un Tratado de patología, es igual para todos, pero ¡ay del médico que sin conocer a fondo al enfermo recetara sin otro conocimiento que el de los análisis y exploraciones realizados por otros! ¡Ay del médico que, como el Juez, no tuviera a su disposición más que un solo medicamento, para todas las enfermedades, y que no tuviera otra opción que la regulación cuantitativa de aquél, dentro de unos límites, máximos y

mínimos, establecidos especulativamente en una farmacopea inalterable!

Es triste llegar a la conclusión de que la Justicia penal no ha progresado en la única dirección que le haría alcanzar su meta genuina, servir al desarrollo de la personalidad libre del hombre. Sus progresos técnicos, de técnica jurídica, la alejan cada vez más de su fin, porque al tecnificarse se deshumaniza en la misma proporción.

Porque no se ha hecho el hombre para el sábado, sino el sábado para el hombre. Conociendo profundamente la naturaleza del hombre, el Maestro pronunció la terrible sentencia: *Nolite iudicare*, ¡no queráis juzgar!

INDICE

Preámbulo	7
I. — El enjuiciamiento penal en el orden Jurídico . . .	15
1 — Los deberes jurídicos y la responsabilidad . . .	17
2 — La función preventiva y sancionadora	27
3 — Potestades del Tribunal penal en orden a la sanción	30
II. — Teoría general del enjuiciamiento penal definitivo .	37
1 — Enjuiciamiento de los hechos	39
2 — Enjuiciamiento del derecho	60
3 — La perjudicialidad en el enjuiciamiento	66
III. — La sentencia penal	85
1 — Técnica de la sentencia penal	87
2 — Censura de actividad enjuiciatoria a través de la sentencia	104
3 — Problemas concretos de la técnica enjuiciatoria en ciertos delitos	120
Conclusión	185