

## ANUARIO DE DERECHO PENAL

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

Periodicidad: CUATRIMESTRAL

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

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

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948

Ultimo fascículo aparecido: enero-abril 1966.

---

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

## CORRESPONDENCIA

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

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

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.º

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 3

# ANUARIO DE DERECHO PENAL

El ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas  
por los autores de los originales publicados.



MINISTERIO DE JUSTICIA  
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

# ANUARIO DE DERECHO PENAL

TOMO XIX  
FASCICULO II



MAYO - AGOSTO  
MCMLXVI

---

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

---

Depósito Legal, M. 126.—1958



## La estafa procesal \*

JOSE CEREZO MIR  
Profesor Adjunto de Derecho Penal  
de la Universidad de Madrid

El problema de la posibilidad de la estafa procesal ha sido objeto hasta ahora de escasa atención por los penalistas españoles. Se encuentran sólo algunas referencias al mismo en algunos tratados, manuales y artículos (1). No obstante, el problema tiene importancia práctica, pues como veremos al estudiar la jurisprudencia, nuestros tribunales han tenido que ocuparse de él con alguna frecuencia y aún son, probablemente, mucho más numerosos los casos en que no llegan a intervenir los tribunales por la incertidumbre que reina en esta materia.

En primer lugar es necesario delimitar el concepto de la estafa procesal, pues se utiliza este término en un sentido amplio y en otro estricto. En un sentido amplio la estafa procesal comprendería la cometida en el proceso por una parte mediante el engaño de la contraria. Por ejemplo, cuando una parte hace afirmaciones conscientemente falsas, avaladas quizá también con documentos o testigos falsos y consigue engañar al contrario, llevando a cabo éste, como consecuencia del error, un acto de disposición (reconocimiento, renuncia, transacción, etc.). En estos casos se admite unánimemente por la doctrina la existencia de estafa (2).

---

(\*) Este trabajo fue presentado por el autor para la firma de la oposición a la cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo, convocada por Orden Ministerial de 25 de octubre de 1965, publicada en el "B. O. del Estado" de 20 de noviembre del mismo año.

(1) Véase, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, II, págs. 629 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, I, pág. 385, nota 23; ANTON ONECA, *Las estafas y otros engaños*, separata de la N.E.J. Seix, Barcelona 1957, págs. 10 y ss.; y SILVA MELERO, *Ilícitud civil y penal*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo 179, 1946, págs. 26 y ss. Jiménez Huerta ha publicado un artículo sobre la estafa procesal, pero se ocupa del problema en relación con el Derecho Penal mejicano; véase, *Fraude maquinado y estafa procesal*, Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1964, págs. 128 y ss.

(2) Véase, por ejemplo, KOFFKA, ELSE, *Der Prozessbetrug unter Berücksichtigung der neuen Zivilprozessordnung*, Z. Str. W. 54, 1934, fasc. 1-2, páginas 68 y ss.; FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18 ed. 1931, páginas 593-4; JAGUSCH, en *Strafgesetzbuch*, "Leipziger Kommentar", 8.ª edición, 1957-8, II, págs. 458 y ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*. Kommentar, 11.ª ed. 1963, pág. 1088; GRÜNHUT, *Zur Lehre vom Prozessbetrug*, Rheinische Zeitschrift für Zivil und Prozessrecht, 13 Jahrg, 1924, págs. 137-8; von

De estafa procesal en sentido estricto cabe hablar sólo cuando una parte con su conducta engañosa, realizada con ánimo de lucro, induce a error al juez y éste, como consecuencia del error, dicta una sentencia injusta que causa un perjuicio patrimonial a la parte contraria o a un tercero. La posibilidad de la estafa procesal, en sentido estricto, se deriva de la circunstancia, admitida unánimemente por la doctrina de todos los países (3) y reconocida por nuestra jurisprudencia (4), de que el engañado y el perjudicado pueden ser personas distintas. El engañado y el disponente han de ser la misma persona, pero no el engañado y el perjudicado. En la estafa procesal el engañado es el juez y el perjudicado la parte contraria o un tercero.

El problema de la estafa procesal se plantea principalmente en el proceso civil, en sus variadas formas, pero también en el procedimiento contencioso-administrativo, en la jurisdicción voluntaria y en nuestro país, incluso en el proceso penal, dado que en la mayor parte de los casos el tribunal se pronuncia en la sentencia no sólo sobre la responsabilidad penal, sino también sobre la responsabilidad civil derivada del delito. En nuestras consideraciones nos referimos en principio a la estafa procesal en el proceso civil, que es donde suele producirse con mayor frecuencia y donde plantea los más difíciles pro-

---

LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21 y 22 ed. 1919, pág. 459; HEGLER, *Vergleichende Darstellung*, Bes. Teil, tomo 7, pág. 438; MERKEL, *Die Lehre vom strafbaren Betrüge*, Kriminalistische Abhandlungen, 1867, tomo 2, página 286; PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milán, 1955, pág. 105; PAL, *Truffa processuale*, Giust. Pen. 1940, II, Col. 9-10; y RANIERI, *Manuale di Diritto penale*, II, Parte Speciale, 2.ª ed. Padua 1962, página 375.

(3) Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Las estafas y otros engaños*, página 10; CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, II, Parte Especial, 11.ª ed., 1961, página 801; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, II, pág. 649; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, Parte Especial I, página 386; ADORNATO, *La cosiddetta truffa processuale*, Riv. it. Dir. pen. 1957, página 598; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, Parte Speciale I, Milán, 1954, pág. 251; GIOFFREDI, *Frode processuale, truffa processuale e truffa nella giurisdizione volontaria*, Giust. Penale, 1941, II, col. 674; BATTAGLINI, *Sulla illiceità della iniusta petitio*, Giust. Penale, 1931, col. 964; CAPOTOSTI, *Lite temeraria e truffa processuale*, Giust. Penale, 1956, II, col. 703; MERKEL, ob. cit., pág. 285; von LISZT, ob. cit., pág. 459; BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, Bes. Teil, I, Leipzig 1896, pág. 183; FRANK, ob. cit., pág. 593; MEYER-ALTFELD, *Lehrbuch des Strafrechts*, 8.ª ed., 1932, pág. 474; MIEZGER-BLEI, *Strafrecht*, Ein Studienbuch, II Bes. Teil, 8.ª ed. 1964, página 176; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 9.ª ed., 1965, pág. 330; MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Bes. Teil, 4.ª ed., 1964, pág. 301; y SCHÖNKE-SCHRÖDER, ob. cit., pág. 1086.

(4) Véase, por ejemplo, las sentencias de 30 de noviembre de 1891, 11 de marzo de 1887 y 3 de julio de 1947; en contra se había pronunciado la sentencia de 12 de abril de 1927. En las sentencias de 12 y 26 de marzo y 6 de noviembre de 1958 y 10 de abril y 8 de mayo de 1964 el Tribunal Supremo no apreció la estafa procesal por estimar que faltaba el "nexo engañoso personal entre los sujetos activo y pasivo". Con ello no sólo incurría en contradicción con el criterio generalmente mantenido por él, sino que introducía en la estafa un requisito carente de base legal. Es evidente que en nuestro Código no se exige la identidad del engañado y el perjudicado.

blemas, pero haremos también las observaciones oportunas sobre las peculiaridades que presente en otros procedimientos.

Se han formulado objeciones de principio a la estafa procesal, Grünhut (5) considera que una figura delictiva, como la estafa, protectora del patrimonio de los particulares no es adecuada para sancionar un abuso de las instituciones jurisdiccionales del Estado. Para sancionar estos abusos existen ya las figuras delictivas de las falsedades documentales y el falso testimonio y pueden crearse otras nuevas, pero siempre sobre la base de que sean la fe pública o la Administración de justicia los bienes jurídicos protegidos y no el patrimonio. Grünhut propone, por ello, la creación de una nueva figura dentro de los delitos contra la Administración de Justicia. Dahm dice que "si alguien causa un perjuicio a otro mediante el engaño de un particular es algo completamente distinto que si se abusa del juez, el Derecho y el Estado utilizándoles como instrumentos para los fines propios. La figura abstracta de la estafa procesal pone en relación fenómenos vitales que, según su naturaleza, son diferentes entre sí" (6). La inclusión de estas conductas en el tipo de la estafa no es correcta ni resulta adecuada al tipo de autor, porque la verdadera razón en que podría basarse su punibilidad es el menosprecio al tribunal y el peligro de la Administración de Justicia. No obstante, Dahm, a falta de una figura específica, adecuada al tipo de autor, admite la aplicación del precepto de la estafa (7).

La tesis de estos autores no ha hallado eco en la doctrina alemana. La opinión dominante (8) y la jurisprudencia de este país admiten la posibilidad de la estafa procesal. Se les ha objetado a estos autores, que relegan a un segundo plano la lesión del patrimonio ajeno (9) y

---

(5) GRÜNHUT, *Zur Lehre vom Prozessbetrug*, Rheinische Zeitschrift für Zivil und Prozessrecht, 13 Jahrg, 1924, págs. 151 y ss.; y *Der strafrechtliche Schutz loyaler Prozessführung*, Revue penale suisse, vol. LI, pág. 72, esta última cita tomada de Antón ONECA, *Las estafas y otros engaños*, págs. 10-11 y MEZGER-BLEI, ob. cit., pág. 176. En el mismo sentido se han manifestado también, BOLDT, Z. Ak. D. R. 1938, 442 y WOLF, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Prozessbetrug*, JW 1938, pág. 1921 (citados, por ejemplo, por MEZGER-BLEI, ob. cit., pág. 176; JAGUSCH, en *Leipziger Kommentar*, 8.ª ed., II, págs. 458 y ss.; KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, pág. 578; y SCHÖNKE-SCHRÖDER, ob. cit., pág. 1086.

(6) DAHM, *BETRUG*, en *Gürtner*, Das kommende deutsche Strafrecht, Bes. Teil. 1935, pág. 357.

(7) DAHM, *Der Tätertyp im Strafrecht*, Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Heinrich Siber zum 10. April 1940, I, Leipzig 1941, pág. 49.

(8) Véase, por ejemplo, MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Bes. Teil, 4.ª edición, 1964, págs. 301-2; JAGUSCH, en *Leipziger Kommentar*, 8.ª ed., II, 1958, páginas 458 y ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 11 ed., 1963, págs. 1086-8; KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, 43 ed., 1961, páginas 577-9; MEZGER-BLEI, ob. cit., pág. 176-7 y WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 9.ª ed., 1965, págs. 330-1.

(9) Véase KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, pág. 578; JAGUSCH, en *Leipziger Kommentar*, ob. cit., págs. 458 y ss.; y SCHÖNKE-SCHRÖDER, ob. cit., página 1086. Según SAUER (*System des Strafrechts*, Bes. Teil. 1954, pág. 85):

que la utilización del juez para la consecución de un resultado anti-jurídico (enriquecimiento, privación de libertad, muerte) es admitida unánimemente en la doctrina de la autoría mediata (10). Por otra parte, me parece que aún creada una figura especial dentro de los delitos contra la Administración de Justicia se plantearía siempre el problema del concurso con la estafa cuando se dieran los elementos de este delito.

Rechazada esta objeción de principio a la estafa procesal es preciso examinar si se dan en ella todos los elementos del delito de estafa. Porque la estafa procesal no es la simple mentira en el proceso o la falta de respeto a los órganos de la Administración de justicia (11). La estafa procesal es sólo una especie del dolo o fraude procesal. Sólo cabe hablar de estafa procesal si se dan en el hecho *todos* los elementos del delito de estafa.

Plantea dificultades, en primer lugar, la apreciación en la conducta de las partes del engaño característico de la estafa. Se ha dicho que al basarse el proceso civil en el principio de la controversia entre las partes son lícitas las pretensiones aventuradas o temerarias limitándose la ley a sancionar con las costas la temeridad de los litigantes (12).

---

“La estafa procesal pone de manifiesto que el bien jurídico protegido en la estafa no es sólo, ni en primer término, el patrimonio, sino la honradez en el tráfico jurídico, el deber de veracidad, la confianza”.

(10) Véase, por ejemplo, JAGUSCH, en *Leipziger Kommentar*, ob. cit., páginas 458 y ss.; y SCHÖNKKE-SCHRÖDER, ob. cit., pág. 1086.

(11) Véase, en este sentido, JAGUSCH, en *Leipziger Kommentar*, ob. cit., páginas 458 y ss.

(12) Nuestro Tribunal Supremo declaró en la S. de 2 de noviembre de 1899 que “quien somete a la decisión judicial lo que cree su derecho no puede decirse trate de defraudar cometiendo engaño, ya que la Ley ofrece al apremiado medios de oponerse a la reclamación”. En la sentencia de 29 de enero de 1883 había declarado que “no era posible llegar a la defraudación como resultado por el medio que emplearon de demandar ante un Juez de primera instancia lo que tuvieron por conveniente, y podía ser ante el mismo impugnado y contradicho por el recurrente y por dicho Juez desestimado, con el correctivo de las costas en su caso”. En la sentencia de 30 de junio de 1906 declaró que: “De un modo general el hecho de acudir a un tribunal civil con pretensiones temerarias no lleva aparejada responsabilidad criminal”; en este caso apreció, no obstante, la estafa procesal. En la de 8 de mayo de 1956 dijo: “Que no es dado apreciar la existencia de un delito de estafa, al no concurrir el engaño; ya que no se concibe abrigue tal propósito de engañar el que inicia un procedimiento judicial, aunque la reclamación sea excesiva con relación a lo debido, lo que puede obedecer a error u olvido de su estimación, ya que no se desconoce por el ejecutante que la persona contra la que interponía la ejecución podía personarse para defenderse por los medios que la Ley pone a su disposición”. En la de 25 de enero de 1962 declaró: “y a este respecto es de tener muy en cuenta que el procesado acudió a la Magistratura del Trabajo ejercitando un derecho del que se creía asistido reclamando una cantidad que estimaba le era debida por su patrono, entre otros conceptos por los trabajos prestados en horas extraordinarias, y si bien es cierto que ante la excepción de pago que alegó el demandado y que trató de justificar con la presentación de una libreta en la que había estampadas varias firmas del actor, éste negó la legitimidad de

Es cierto que no se establece en nuestro ordenamiento procesal civil un deber de veracidad de las partes, como el que se introdujo en la L. E. Civ. alemana (Z. P. O.), en el artículo 138, por Ley de 27 de octubre de 1933 (13). No obstante, creo que las partes abusan de su derecho —a formular las alegaciones que crean pertinentes en defensa de sus intereses— cuando hagan afirmaciones conscientemente falsas (14). Una cosa es la defensa de pretensiones aventuradas, temerarias, o incluso injustas, pero creyendo erróneamente en su justicia y otra cosa la formulación de pretensiones conscientemente injustas. De la esencia del proceso civil, del principio de la controversia entre las partes se deriva la licitud de todas las afirmaciones mientras se crea,

---

tales firmas, esta negativa no constituye propiamente el engaño que es el requisito esencial e indispensable para que pueda surgir la figura delictiva de la estafa, sino que por haberse vertido este mendaz testimonio en proceso laboral primero y cognitivo civil después, en los que fue parte el procesado, como demandante y demandado respectivamente, constituye lo que en la doctrina se denomina fraude procesal, atípico en nuestra vigente legislación penal y por tanto no incriminable...". El Tribunal Supremo ha admitido, no obstante, en numerosas sentencias la estafa procesal.

(13) Según este precepto: "Las partes tienen que hacer las manifestaciones de hecho completas y conforme a la verdad." Un precepto semejante existe en el Derecho procesal austriaco; véase, a este respecto, SILVA MELERO, *El llamado deber de decir verdad en el proceso civil*. Rev. Gral. de Leg. y Jur., t. 168, 1936, pág. 723.

(14) Castán concluye su estudio de la doctrina del abuso del derecho con estas palabras: "Después de recoger sintéticamente esta sentencia, la teoría científica moderna acerca del abuso del derecho estima incorporable dicha doctrina —tanto si se la fija con arreglo a un criterio subjetivo como si se la define con un criterio objetivo— al Derecho patrio, declarando que "lejos de existir en nuestro sistema jurídico precepto alguno que impida la aceptación del principio prohibitivo del abuso del derecho, se registran, a través de algunas reglamentaciones muy modernas, e incluso también a través del articulado del Código civil, numerosas normas e instituciones concretas que responden a la idea de que la facultad de ejercitar los derechos no es ilimitada, o que, con análogo alcance, recogen el principio de la buena fe como criterio general que ha de presidir la actuación de las relaciones jurídicas; siendo también de notar que el art. 1.902 del citado Cuerpo legal, al establecer el principio fundamentalísimo de que quien "por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado", sin precisar de modo estricto que esa acción u omisión sea contraria a la ley o extraña a la esfera del Derecho, permite admitir, con una interpretación amplia, que puede alcanzar esta responsabilidad a los actos u omisiones realizados en el ejercicio abusivo de los derechos; sin que existan, por otra parte, razones legales que impidan dar a los conceptos de abuso y de culpa toda la extensión y amplitud que demandan las exigencias morales impuestas por las características del vivir social actual, incluyendo en el ámbito del abuso del derecho todos los móviles ilegítimos, de cualquier clase, que puedan determinar la conducta del titular, bien tengan la característica extrema de la intención de dañar o ya consistan únicamente en simples faltas que se traduzcan en una utilización anormal del derecho de que se trate, no adecuada a su verdadero espíritu y finalidad"; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. II, 10.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1963, págs. 54 y ss. Según Battaglini, constituye un abuso del derecho de acción, que es un derecho público subjetivo, no sólo el proponer con mala

se confie o se considere meramente posible que sean justas (15). Del principio de la controversia entre las partes no se deriva, en cambio, en mi juicio, la licitud de las afirmaciones conscientemente falsas (16). “Tampoco la libertad de conducta que los principios expuestos reservan a las partes (justificada en cuanto solo estén en juego sus derechos materiales)”, dice Prieto Castro, “puede ir tan lejos que permita la *licencia*, el *ataque a la buena fe* y a la *ética procesal* y el empleo deliberado del *dolo* y el *fraude*. Aunque el proceso sea una lucha, persigue el derecho y ha de ser leal y guiada por la verdad tanto en lo que afecta al fondo o el derecho pretendido como a la forma de llevarlo” (17).

La ilicitud de las manifestaciones conscientemente falsas de las partes no encuentra su base únicamente, sin embargo, en la prohibición del abuso de los derechos. Se deriva también de los principios que rigen en materia de imposición de costas. Aunque haya numerosas excepciones, por regla general, la imposición de costas no está determinada en el proceso civil por el principio objetivo del vencimiento, sino por el de resarcimiento por culpa. El Tribunal Supremo invoca, a este respecto, el artículo 1.902 del Código civil. La mala fe determina, incluso, una excepción en los casos en que rige el criterio del vencimiento, así, por ejemplo, en los artículos 78 y 782 de la L. E. Civ. (18). “La L. E. Civ. (y los tribunales) —dice Prieto Castro— castigan la mala fe procesal con la condena en costas, a veces unida al resarcimiento de daños e incluso a multa y prisión subsidiaria en caso de insolvencia, a litigantes temerarios, al planteamiento indebido de cuestiones de competencia, recusaciones de jueces infundadas, el embargo improcedente, para la conducta dolosa en el interdicto de adquirir, la falta de requisitos para el beneficio de justicia gratuita,

---

fe, sino también con grave ligereza una demanda infundada; véase BATTAGLINI, *Sulla illiceità della “iniusta petitio”*, Giustizia penale, 1931, pág. 968.

(15) Por esto, en la estafa procesal es preciso, como veremos, el dolo directo; no basta el dolo eventual.

(16) En Alemania, donde se introdujo el deber de veracidad de las partes, más de un autor estima que la situación sigue siendo la misma que antes; véase, por ejemplo, SAUER, *System des Strafrechts*, Bes. Teil, 1954, págs. 84-5; y JAGUSCH, en *Leipziger Kommentar*, págs. 458 y ss. El deber de veracidad de las partes, según Sauer (ob. cit., pág. 84), “es inherente a la idea del proceso y a la idea del Derecho, orientada en la verdad y en la justicia”. Silva Melero recuerda que “el poder de disposición de los derechos está entre nosotros limitado por exigencias legales o por el interés u orden público, por imperativo del art. 4.º del Código civil” y que, por tanto, “sin violentar nuestra ordenación jurídica cabe perfectamente mantener el principio de la veracidad en el proceso”; véase SILVA MELERO, *El llamado deber de decir verdad en el proceso civil*, Rev. Gral. de Leg. y Jur., t. 168, 1936, pág. 723.

(17) Véase PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, 1.ª parte, Madrid, 1964, pág. 353, y *Ética procesal, Valoración de la conducta de las partes, Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, I, Madrid, 1950, páginas 141 y ss.

(18) Véase GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA, *Derecho procesal*, I. *Derecho procesal civil*, 4.ª ed., Madrid, 1955, págs. 808 y ss.

etcétera (arts. 108, 211-3, 1.646, II; 31, 32), también con correcciones disciplinarias" (19) (20).

La ilicitud de las manifestaciones conscientemente falsas se ve confirmada, además, por otros preceptos de Derecho positivo. El Estatuto de la abogacía impone a los abogados deberes de cooperación y lealtad (21). En la L. E. Cic. quedan aún restos del antiguo juramento de que no se procede con malicia, como en la aportación de documentos nuevos (arts. 506, 2.º, y 862, 4.º, y en el artículo 1.947 (en materia de jurisdicción voluntaria) (22). El recurso de revisión (artículo 1.796) es también un medio contra la mala fe (23). Por último, en la Ley de Sociedades Anónimas (art. 70, núm. 11) se establece que: "Cuando se evidencie que cualquiera de los litigantes procedió de mala fe, suscitando pretensiones temerarias o dolosas, o recursos notoriamente falsos de fundamento o con manifiesto propósito dilatorio, el tribunal podrá, con independencia de la indemnización de perjuicios, si procediere, imponer, además de las costas, una sanción de carácter pecuniario, acomodada a la importancia cualitativa del pleito y a la gravedad del fraude" (24).

(19) Véase PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, 1.ª parte, pág. 353. SILVA MELERO considera que el dolo procesal constituye un ilícito civil, en los casos en que no sea punible, "cuya reparación incompleta no va más allá de la condena en costas, aunque de *iure condendo* sería deseable pudiera ser ampliada la reparación con un completo y total resarcimiento dentro de lo posible"; véase SILVA MELERO, *Ilícitud civil y penal*, Rev. Gral. de Leg. y Jur., t. 179, 1946, pág. 28.

(20) En el proceso penal la temeridad o mala fe es fundamento de la condena al pago de las costas al querellante particular o actor civil (núm. 3, artículo 240 L. E. Crim.). En cuanto al procesado, rige, en cambio, el principio absoluto del vencimiento (núm. 2.º, art. 240 L. E. Crim., y art. 109 del Código penal).

(21) Véase PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, 1.ª parte, pág. 353; e *Informe general sobre principios políticos y técnicos para una ley procesal civil uniforme en la comunidad hispánica de naciones*, Trabajos y orientaciones de Derecho procesal, Madrid, 1964, pág. 675.

(22) Véase PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, 1.ª parte, pág. 353.

(23) Según el art. 1.796: "Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme: 1.º Si después de pronunciada se recobraren documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado. 2.º Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos o cuya falsedad se reconociere o declarare después.

3.º Si habiéndose dictado en virtud de prueba testifical, los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio, dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.

4.º Si la sentencia firme se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta."

(24) Véase, a este respecto, PRIETO CASTRO, *Informe general*, pág. 675. En las conclusiones a que llega Prieto Castro en su Informe se dice: "El fraude procesal se perseguirá en términos de rigor compatible con la libertad de defensa, empleando medios realistas y eficaces." Según me indica el profesor Guasp, en el proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en periodo de elaboración, se establece un precepto que faculta al juez para reprimir el fraude procesal.

Las afirmaciones conscientemente falsas de las partes son, pues, ilícitas y constituyen un engaño susceptible de realizar la figura del delito de estafa (25).

En Alemania, antes de la introducción del deber de veracidad de las partes, el Reichsgericht y algunos autores estimaban que no bastan las simples afirmaciones conscientemente falsas para integrar el engaño característico de la estafa; era preciso que el autor, para avalar sus afirmaciones, recurriese a la utilización de documentos o testigos falsos (26). Se admitía también la posibilidad de la estafa en los supuestos de proceso aparente, es decir, cuando las partes, confabuladas, simulan un proceso para perjudicar a un tercero (27). El Reichsgericht consideraba, en jurisprudencia constante, que el juez que diese crédito a afirmaciones no demostradas de las partes infringía su deber y que esta infracción del deber y no la conducta engañosa de las partes era la causante del perjuicio. Esta tesis estaba en contradicción con la posición adoptada por el Reichsgericht en el problema causal. El Reichs-

---

(25) En el proceso penal se estima que están sujetos al deber de veracidad el denunciante, el querellante y el perjudicado, y se considera que pueden ser, por ello, sujeto activo del delito de falso testimonio. Véase, por ejemplo, CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, II, Parte Especial, 11.ª ed., 1961, págs. 277-8; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, Madrid, 1963, II, págs. 580-81; y FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, III, Murcia, 1948, pág. 409. Véase también las sentencias del Tribunal Supremo de 8 noviembre 1877 y 9 junio 1882. En cuanto al procesado, es más problemático que esté sometido a un deber de veracidad. En primer lugar, el procesado conserva en todo momento la facultad de no responder, sin que pueda emplearse ningún medio coactivo ni intimidatorio contra él (art. 389, II, L. E. Crim.). Por otra parte, en el art. 387 de la L. E. Crim. se dispone: "No se exigirá juramento a los procesados" (y, por tanto, tampoco la promesa de decir verdad), "exhortándoles solamente a decir verdad y advirtiéndoles el juez de instrucción que deben responder de una manera precisa, clara y conforme a la verdad a las preguntas que les fueran hechas." Parece, pues, que el procesado está sometido al deber de veracidad (aunque no se exija juramento o promesa de decir verdad), pero este deber puede entrar en conflicto con el derecho de la propia defensa, y este conflicto tiene que resolverse en favor del derecho. Véase, a este respecto, CUELLO CALÓN, ob. cit., pág. 278; FERRER SAMA, ob. cit., págs. 409-10, y la sentencia del Tribunal Supremo de 2 diciembre 1924.

(26) En este sentido, por ejemplo, MEYER-ALLFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 8.ª ed., 1922, pág. 474; v. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21 y 22 ed., 1919, pág. 459; GRÜNHUT, *Zur Lehre vom Prozessbetrug*, Rheinische Zeitschrift für Zivil und Prozessrecht, 13 Jahrgang, 1924, págs. 138 y ss., y *Juristische Wochenschrift*, 1932, pág. 678; y aún hoy, SAUER, *System des Strafrechts*, Bes. Teil, 1954, pág. 84 (basándose, como Meyer-Allfeld y Grünhut en la teoría de la causalidad adecuada). Consideraban, en cambio, suficientes las afirmaciones conscientemente falsas para apreciar el engaño en la estafa, MERKEL, *Die Lehre vom strafbaren Betrüge*, Kriminalistische Abhandlungen, 1867, t. 2, págs. 286-7; BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, Bes. Teil, I, Leipzig, 1896, pág. 186 y, especialmente, nota 5; HEGLER, *Vergleichende Darstellung*, Bes. Teil, t. 7, pág. 437; y FRANK, ob. cit., págs. 593-4.

(27) Véase, a este respecto, FRANK, ob. cit., pág. 594; y PAL, *Truffa processuale*, Giust. Pen., 1940, II, col. 6.



gericht admitía la teoría de la equivalencia de las condiciones, con arreglo a la cual, la infracción del deber —cuando se diese efectivamente— no excluiría el nexo causal entre la conducta engañosa de la parte y el perjuicio irrogado por la sentencia. Esta contradicción fue subrayada por varios autores (28). En España, al seguir también el Tribunal Supremo, en general, la teoría de la equivalencia de las condiciones, no puede negar consecuentemente en esos casos la relación de causalidad (29).

En Italia, donde no se establece tampoco en las leyes procesales el deber de veracidad de las partes (30), algunos autores consideran insuficientes las meras afirmaciones conscientemente falsas para integrar el engaño característico de la estafa. Consideran necesaria la presencia de un engaño calificado. Así, por ejemplo, Zani (31), Battaglini (32) y Saltelli (33), invocando los mismos argumentos que el Reichsgericht, exigen que el autor haya utilizado medios de prueba fraudulentos. Sólo cabe apreciar la existencia de artificios o embustes (artifici o raggiri), según Marsich, cuando el autor haya utilizado medios procesales que tiendan a engañar a la otra parte o al juez, o a ambos, sobre los hechos o la prueba de los mismos. No basta el simple ejercicio del derecho de acción aunque la pretensión sea objetiva y subjetivamente infundada (34). Escobedo exige, además, que los

(28) Por ejemplo, por FRANK, ob. cit., pág. 594; BINDING, ob. cit., páginas 186-7, nota 5, y GRÜNHUT, *Zur Lehre vom Prozessbetrug*, pág. 142 y ss. Véase también, a este respecto, KOFFKA, *Der Prozessbetrug unter Berücksichtigung der neuen Zivilprozessordnung*, Z. Str. W. 54, 1934, fasc. 1-2, págs. 51 y ss.; PAL, ob. cit., cols. 4 y ss.; MEZGER-BLEI, ob. cit., pág. 176; SAUER, *System des Strafrechts*, pág. 84; y SCHÖNKE-SCHRÖDER, ob. cit., pág. 1087.

(29) En la estafa se ha desviado, sin embargo, con frecuencia de la teoría de la "conditio sine qua non" y ha seguido la teoría de la causa suficiente o la de la causalidad adecuada; véase ANTÓN ONECA, *Las estafas y otros engaños*, págs. 7-8; y QUINTANO-RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, II, págs. 597 y ss.

(30) En el art. 88 del Cód. proc. civ. se establece un deber de comportarse con lealtad y probidad, pero la opinión dominante en la doctrina estima que no implica el deber de veracidad. Véase, a este respecto, PISANI, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, Milán, 1959, págs. 30 y ss.

(31) Las simples afirmaciones de las partes son sólo suficientes, según Zani, cuando la ley les atribuya fuerza probatoria, como sucede con el reconocimiento presunto de escritura y la admisión de hechos, especialmente en el proceso ejecutivo, monitorio y en rebeldía. En este caso el medio, inidóneo en sí, es apto para influir en el convencimiento del juez. Zani no admite, sin embargo, la estafa procesal. Véase ZANI, *Della truffa processuale*, Rivista di diritto processuale civile, año III, 1926, Parte II, págs. 264 y ss.

(32) Véase BATTAGLINI, *Sulla illiceità della "inusta petitio"*, Giustizia penale, 1931, col. 965.

(33) Saltelli no admite, sin embargo, la estafa procesal. SALTELLI, *Su la c. d. truffa processuale*, en *Annali di dir e proc. pen.* 1937, pág. 13. Véase la opinión de SALTELLI en ADORNATO, *La cosiddetta truffa processuale*, Riv. it. Dir. pen. 1957, págs. 597 y 601.

(34) MARSICH no admite, sin embargo, la estafa procesal. MARSICH, *La cosiddetta truffa processuale*, Il diritto commerciale, 1927, pág. 128. En el mismo sentido MANCI, *La truffa nel Codice penale italiano* 1930, pág. 95.

artificios o embustes sean de particular intensidad (35). Carnelutti considera necesaria una cierta cualidad o intensidad del medio, de modo que se rebasa el límite entre el *dolus bonus* y el *dolus malus* (36). Son lícitos, según Adornato, todos los engaños que puedan ser neutralizados por la sagacidad de la otra parte (*dolus bonus*); pero no aquellos en los que el sujeto se aprovecha de la situación de ignorancia o inferioridad del contrario o rebasa las cautelas ordinarias, de modo que engañe no sólo al juez, sino también a la otra parte. Este es el caso, según Adornato, cuando se utilicen falsos medios de prueba (37) (38). Capotosti exige que a la mala fe en la demanda se añada la mala fe en el comportamiento en el proceso (39).

(35) Véase ESCOBEDO, *La truffa processuale anche in rapporto al progetto del nuovo codice penale italiano*, Giustizia penale 1928, col. 1434-5 y 1444-5; y *Ancora sulla nozione di truffa processuale e di un fallace criterio per escluderla*, Giustizia penale 1937, II, col. 318-9 y 325. En el mismo sentido, GROSSI, *Prode processuale, truffa processuale e truffa nella giurisdizione volontaria*, Giustizia penale, 1941, II, col. 699 y 677.

(36) CARNELUTTI, *Contro il processo fraudolento*, Rivista di Diritto e procedura civile, 1926; véase la opinión de CARNELUTTI en ESCOBEDO, *La truffa processuale anche in rapporto al progetto del nuovo codice penale italiano*, Giust. Penale 1928, pág. 1431.

(37) Véase ADORNATO, *La cosiddetta truffa processuale*, Riv. it. Dir. penale, 1957, pág. 597.

(38) Después de la promulgación del Código de 1930, la opinión dominante en la doctrina italiana rechaza la posibilidad de la estafa procesal. La mayor parte de los autores que mantienen este criterio lo hacen principalmente, sin embargo, por estimar que al incluir ahora el legislador en el Código penal, dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, una figura limitada de fraude procesal (art. 374) quedan impunes los restantes supuestos; en este sentido, por ejemplo, MANZINI, *Tratt. di diritto penale*, IX, 4.ª ed., 1963, página 658; MANCI, *La truffa nel Codice penale italiano*, Turín 1930, págs. 97 y ss.; SALTELLI, *Su la c. d. truffa processuale*, Annali di dir. e proc. pen. 1937, página 35, véase la opinión de SALTELLI, en ADORNATO, *La cosiddetta truffa processuale*, Riv. it. Dir. pen. 1957, pág. 601; DE MARSICO, *Delitti contro il patrimonio*, 1940, págs. 217 y ss.; SANDULLI, *Prode processuale*, Scuola Positiva, 1932, págs. 136 y ss.; SICILIANI, *Sulla così detta truffa processuale*, Giustizia Penale, 1936, II, col. 1488; PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milán 1955, pág. 108; RANIERI, *Manuale di Diritto penale*, II, Parte Speciale, 2.ª ed., Padua 1962, pág. 375; VENDITTI, *In tema di truffa processuale*, Giustizia Penale, 1957, II, pág. 843; y PISAPIA, *Istituzioni di Diritto penale*, Parte Generale e Parte Speciale, Padua 1965, pág. 508. Este criterio es mantenido constantemente por la jurisprudencia. En la figura delictiva del artículo 374 se castiga al que, en el curso de un procedimiento penal, civil o administrativo, con el fin de engañar al juez en un acto de inspección o de experiencia judiciales, o al perito en la práctica de una pericia, altera artificiosamente la situación de los lugares, las cosas o las personas. Algunos autores estiman, sin embargo, que este precepto no es obstáculo para el castigo de la estafa procesal en aquellos casos en que se den los requisitos del delito de estafa; véase, por ejemplo, ANTOISEI, *Manuale di Diritto penale*, Parte Speciale, I, Milán 1954, pág. 251; ADORNATO, *La cosiddetta truffa processuale*, Riv. it. Dir. pen. 1957, págs. 600 y ss.; MAGGIORE, *Diritto penale*, II, Parte Speciale, T. primo, 4.ª ed., 1960, pág. 282; CAPOTOSTI, *Lite temeraria e truffa processuale*, Giust. Pen. 1956, II, pág. 703; BATTAGLINI, *Sulla illiceità della "ingiusta petitio"*, Giust. pen. 1931, pág. 966; ESCOBEDO, *Ancora sulla nozione di truffa pro-*

Dada la ilicitud en nuestro Derecho de las afirmaciones conscientemente falsas de las partes y al no exigirse en los artículos 528 y siguientes, especialmente en el artículo 533, del Código penal, la presencia de un engaño calificado (40) —como sucede en el art. 640 del Código penal italiano (artifici o raggiri) o el art. 405 del Código penal francés (maniobras fraudulentas)— no cabe reducir el ámbito de la estafa a aquellos casos en que el autor, para avalar sus afirmaciones, recurra a la utilización de medios de prueba fraudulentos (41). El Tribunal Supremo español ha apreciado la estafa aunque el autor no hubiera utilizado documentos o testigos falsos (42). No es posible, desde luego, reducir el ámbito de la estafa a los supuestos de proceso aparente (43).

La afirmación conscientemente falsa de una parte sólo constituye,

---

*cessuale e di un fallace criterio per escluderla*, Giustizia penale, 1937, II, páginas 315 y ss.; GIOFFREDI, *Frude processuale, truffa processuale e truffa nella giurisdizione volontaria*, Giustizia Penale, 1941, II, págs. 663 y ss., 670 y 676 y siguientes; y RAGNO, en su reciente monografía, *Contributo alla configurazione del delitto di truffa processuale*, Giuffrè, 1964 (véase nota en la Rivista penale, 1964, Dic. N. 12).

(39) Véase, CAPOTOSTI, *Lite temeraria e truffa processuale*, Giust. Pen., 1956, II, pág. 702.

(40) Véase, a este respecto, Antón ONECA, *Las estafas y otros engaños*, páginas 6 y 7; y QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, II, págs. 594 y ss.

(41) El presentar a sabiendas documentos o testigos falsos en juicio constituye delito en nuestro Código (arts. 304, 307, 313 y 333).

(42) Véase, por ejemplo, las sentencias de 30 de junio de 1906, 7 de mayo de 1920, 9 de marzo de 1936, 9 de julio de 1951 (frustración), 23 de mayo de 1964, 27 de junio de 1964 (tentativa) y 31 de octubre de 1964 (frustración). Ha apreciado la estafa habiéndose servido el autor de documentos falsos en las sentencias de 29 de noviembre de 1887, 24 de marzo de 1914, 23 de mayo de 1919, 12 de abril de 1927, 11 de febrero de 1929, 18 de noviembre de 1941, 2 de julio de 1945, 24 de octubre de 1950, 13 de abril de 1951, 21 de enero de 1954, 19 de junio de 1957, 4 de noviembre de 1957, 26 de junio de 1962, 15 de marzo de 1963, 6 de abril de 1963, 28 de mayo de 1963, 20 de marzo de 1964 y 8 de febrero de 1965.

(43) RODRÍGUEZ DEVESA admite únicamente la estafa cuando el proceso “se desarrolla entre terceros abusando del principio dispositivo, en cuyo caso hay que admitir que se trata de una maquinación engañosa”; véase RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, I, pág. 385, nota 23. No es cierto que la jurisprudencia excluya el engaño cuando el proceso se dirige contra el sujeto pasivo, por tener éste la oportunidad de defenderse. En algunas sentencias en que se niega la estafa procesal, el Tribunal Supremo alude a este criterio (véase, por ejemplo, las sentencias de 29 de enero de 1883, 2 de noviembre de 1899, 8 de mayo de 1956, 6 de noviembre de 1958 y 17 de febrero de 1959), pero ha apreciado muchas veces la estafa cuando el proceso se dirigía contra el sujeto pasivo y éste tenía la oportunidad de defenderse (véase, por ejemplo, las sentencias de 29 de noviembre de 1887, 30 de junio de 1906, 24 de marzo de 1914, 23 de mayo de 1919, 7 de mayo de 1920, 12 de abril de 1927, 11 de febrero de 1929, 18 de noviembre de 1941, 2 de julio de 1945, 24 de octubre de 1950, 9 de julio de 1951, 19 de junio de 1957, 4 de noviembre de 1957, 15 de marzo de 1963, 6 de abril de 1963, 28 de mayo

sin embargo, un engaño susceptible de realizar la figura del delito de estafa, cuando sea mantenida después de haber sido rebatida por la otra parte. Sólo cuando la afirmación de una parte ha sido rechazada por la otra se convierte en objeto de examen para el juez, de acuerdo con el principio de la controversia entre las partes. Hasta ese momento no puede estimarse, por ello, que la declaración vaya dirigida a engañar al juez (salvo en el caso de proceso simulado o de engaño previo del contrario). Su destinatario es la otra parte (44).

El demandante que silencia la existencia de hechos que limitan o anulan su derecho, o de un derecho del demandado que excluye el suyo, no trata aún de engañar al juez. De acuerdo con el principio dispositivo es el demandado el que debe alegarlos. Distinto es el caso cuando el demandante rechaza (con conciencia de la falsedad de su afirmación) la alegación del demandado. En este caso no cabe afirmar, a mi juicio, que la contestación del demandante no vaya dirigida a engañar al juez, sino que implica únicamente una invitación a la parte contraria a que pruebe su afirmación (45). Lo contrario implicaría, además, el reconocimiento de un derecho a hacer afirmaciones conscientemente falsas. Puede suceder, no obstante, que una afirmación conscientemente falsa de una parte (demandante o demandado) no se realice con intención de engañar al juez, sino con la de retrasar la resolución con la práctica de la prueba o un aplazamiento.

En los casos en que la decisión judicial se adopta en virtud de la demanda unilateral de una parte, pero sobre la base de un examen, aunque sea sumario, de la verdad de los hechos aducidos (por ejemplo, en el embargo preventivo, art. 1.397 y ss., L. E. Civ. y las medidas cautelares para el aseguramiento de obligaciones de hacer o no hacer, art. 1.428 L. E. Civ.), toda afirmación conscientemente falsa constituye el engaño característico de la estafa. Al no ser oído aquí el contrario, como en el proceso contradictorio, no puede alegar los hechos que limitan o excluyen el derecho del demandante. Este está obligado, por ello, en estos casos, a mencionar los hechos que conozca que se opongan a su pretensión (46).

---

de 1963, 20 de marzo de 1964, 23 de mayo de 1964, 27 de junio de 1964 y 8 de febrero de 1965).

En los supuestos de proceso simulado o aparente el Tribunal Supremo ha apreciado, desde luego, siempre la estafa, véase, las sentencias de 26 de junio de 1889, 24 de noviembre de 1917, 25 de junio de 1917, 20 de marzo de 1944, 3 de junio de 1948, 6 de mayo de 1953, 1 de diciembre de 1955, y 10 de marzo de 1960.

(44) Véase, en este sentido, KOFFKA, *Der Prozessbetrug unter Berücksichtigung der neuen Zivilprozessordnung*, Z. Str. W. 54, 1934, fasc. 1-2, págs. 53 y ss.

(45) Como estiman algunos autores (GÖRRES, SCHWARZE, HOFFMAN); véase KOFFKA, ob. cit., págs. 55 y ss. KÖSTLIN negaba en todo caso la posibilidad de la estafa procesal por estimar que las partes que hacen afirmaciones falsas tratan siempre únicamente de obligar al contrario a probar sus alegaciones; véase PAL, ob. cit., col. 2.

(46) Véase, a este respecto, KOFFKA, ob. cit., pág. 57.

Dudosos son, en cambio, los casos en que la decisión se adopta en virtud de la demanda unilateral de una parte, pero queda confiada al arbitrio judicial sin que se exija una demostración de la veracidad de los hechos aducidos (reclamación contra la admisión de la apelación en un solo efecto, del art. 385 en relación con el núm. 3 art. 384 L. E. Civ. y suspensión de la ejecución a petición del demandante en el juicio de revisión, art. 1.803 L. E. Civ.). Sólo cuando el juez, para el ejercicio de su arbitrio, examine la verosimilitud del contenido de la demanda y no meramente su corrección externa y el actor haya contado con tal examen podrá apreciarse el engaño característico de la estafa (47).

Algunos autores han negado que el juez pueda ser equiparado al particular como sujeto pasivo del engaño. "La figura del juez —dice De Marsico— personifica el ordenamiento jurídico, con el complejo de las leyes y de las instituciones de que consta y que son precisamente diques y armas contra el engaño, unas veces de eficacia preventiva, otras de eficacia represiva y reparatoria. Puede concebirse y es, sin duda, susceptible de engaño por efecto de artificios o embustes un particular, pero la defensa del particular está precisamente en el juez, que debe considerarse no susceptible de aquél" (48). La incapacidad del juez para ser víctima del engaño en la estafa es una ficción, que resulta además inadmisibile en la teoría de la codeincuencia. En ésta no se puede desconocer la posibilidad de cometer un delito utilizando como medio (autoría mediata) una persona que actúa lícitamente (49).

La conducta engañosa de la parte tiene que inducir a error al juez. En la mayor parte de los casos no plantea problemas la determinación de cuándo el juez yerra. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que, de acuerdo con el principio de la controversia entre las partes, el juez tiene que aceptar como verdaderos los hechos que no sean objeto de controversia, es decir, que sean aceptados por ambas partes. Si estos hechos son falsos, el juez no yerra, pues él no cree que sean verdaderos. Se limita a considerarlos como tales en virtud de una ficción legal, y no podría hacer otra cosa aunque estuviera convencido de su

(47) Véase, en este sentido, KOFFKA, ob. cit., págs. 57-8.

(48) Véase, DE MARSICO, *Sull'idoneità dell'immolazione nella frode processuale, en Scritti giuridici in onore di v. MANZINI*, 1954, pág. 159; en el mismo sentido VENDITTI, *In tema di truffa processuale*, lug. cit., pág. 843. Este criterio es mantenido también de modo constante, en los últimos años, por el Tribunal de Casación italiano (sentencias 2 de abril de 1940, 20 de diciembre de 1940: "La figura del juez como sujeto pasivo de los artificios o embustes que dan vida al delito de estafa, sería la negación del juez"; y 12 de octubre de 1956). En contra, BATTAGLINI, ob. cit., col. 963; MAGGIORE, ob. cit., pág. 282; ANTOLISEI, ob. cit., pág. 251; GIOFFREDI, ob. cit., págs. 668-9; y CAPOTOSTI, ob. cit., col. 703.

(49) Véase, por ejemplo, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 9.ª ed., 1965, páginas 94-5; MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allg. Teil, 2.ª ed., 1958, páginas 500 y ss.; y MEZGER, *Strafrecht*, I, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 6.ª ed., págs. 222.

falsedad (50) (51). Lo mismo sucede en los casos en que la afirmación de una parte tiene que ser considerada, en virtud de una ficción legal, como admitida por la otra. En Alemania se discute la posibilidad de la estafa procesal en estos casos de declaración aislada de una parte (en el proceso ejecutivo, en el de rebeldía, en el de confesión de parte y en el procedimiento monitorio). La opinión dominante se inclina por la tesis afirmativa después de la introducción del deber de veracidad en el artículo 138 de la L. E. Civ. (Z. P. O.); antes se admitía únicamente en los casos de engaño sobre los presupuestos del proceso (52). Schönke-Schröder observa, sin embargo, con razón, que “la sentencia en rebeldía y el mandato de ejecución se basan, tanto ahora como antes, en una determinada conducta de una parte... y no en la convicción judicial de la verdad de los hechos aducidos” (53).

En los casos en que el juez tiene el deber de examinar la veracidad de los hechos aducidos, pero, como consecuencia de las alegaciones de las partes y la práctica de la prueba, no llega a la convicción de la verdad ni de la falsedad de un hecho, la decisión debe recaer en contra de la parte que tiene la carga de la prueba. ¿Yerra el juez en este caso? Creo, como Koffka (54), que debe admitirse el error cuando la incertidumbre sobre la veracidad o la falsedad de un hecho constituya la base de una disposición patrimonial que no hubiera tenido lugar sin la conducta engañosa de la parte.

En los supuestos de proceso aparente el juez yerra no sobre la verdad de los hechos, sino sobre la existencia misma de la controversia. El juez cree erróneamente que existe una controversia entre las partes, cuando en realidad éstas fingen un proceso para conseguir una sentencia perjudicial a un tercero (55).

Como consecuencia del error el juez ha de llevar a cabo un acto de disposición. Hamm y Grünhut consideran inadmisibles la equiparación de la sentencia a un acto de disposición. La razón estriba, según Hamm, en que los actos judiciales no son actos de voluntad y por ello no son actos de disposición sobre el patrimonio de una parte (56).

(50) Véase, en este sentido, KOFFKA, ob. cit., págs. 46 y ss.; y PAL, ob. cit., col. 16.

(51) En caso de que el juez incurriera realmente en error faltaría el nexo causal entre el error y el acto de disposición (sentencia).

(52) Véase KOFFKA, ob. cit., págs. 47 y ss.; MEZGER-BLEI, ob. cit., págs. 176-7; FRANK, ob. cit., págs. 593-4; HEGLER, ob. cit., pág. 438; WELZEL, ob. cit., págs. 330-1; MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, II, Bes. Teil, 4.<sup>a</sup> ed., 1964, págs. 301-2; JAGUSCH, en *Leipziger Kommentar*, págs. 458 y ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER, págs. 1086 y ss.; y KOHLRAUSCH-LANGE, ob. cit., páginas 578-9.

(53) SCHÖNKE-SCHRÖDER, ob. cit., pág. 1087; en el mismo sentido PAL, ob. cit., col. 6-17; véase también KOFFKA, ob. cit., págs. 47 y ss., y KOHLRAUSCH-LANGE, ob. cit., pág. 578.

(54) Véase, KOFFKA, ob. cit., págs. 48 y ss.

(55) En estos casos se ha admitido siempre en la doctrina alemana la existencia del error en el juez; véase KOFFKA, ob. cit., pág. 46; FRANK, ob. cit., páginas 593-4; KOHLRAUSCH-LANGE, ob. cit., págs. 578-9, y PAL, ob. cit., col. 16.

(56) Véase, KOFFKA, ob. cit., págs. 58-9, y PAL, ob. cit., col. 2 y 20.

Grünhut dice que entre el engañado y el perjudicado tiene que existir una relación de representación, una relativa identidad que no se da entre el juez y las partes o incluso un tercero. "La sentencia firme en el proceso civil representa la unión ideal de dos fins de la tutela jurídica: la fijación y la realización del Derecho. Ambas cosas sólo puede lograrlas la autoridad del Estado." La relativa identidad entre el juez y la parte no existe. "Pues la sentencia es un acto jurídico con efectos *que no puede producir nunca la parte* y cuyo alcance rebasa en muchos casos considerablemente la esfera de los intereses individuales de la parte." "La fuerza ordenadora del Derecho y no el silogismo necesario para su formulación constituye lo característico, la esencia de la sentencia judicial." "Por ello la actividad de las partes y la sentencia pertenecen a dos mundos completamente separados." La equiparación de la sentencia a un acto de disposición implica, según Grünhut, una concepción puramente iusprivativista de los efectos de las sentencias, es decir, su concepción como un bien jurídico privado sometido a la libre disposición de las partes. La sentencia "es un acto de tutela jurídica por parte del Estado, que es fundamentalmente independiente en su validez de la verificación de las relaciones jurídicas materiales, que quiere proteger". "Las sentencias judiciales no son actos de disposición sobre el patrimonio de las partes; el juez representa en todo caso la voluntad del Estado, pero no la de la parte; ¡el engaño del juez no es una estafa!" (57). Pedrazzi, siguiendo a Grünhut, ha negado también que las resoluciones judiciales puedan ser consideradas como un acto de disposición. "El juez no ejercita un poder de disposición sobre los derechos de las partes, sino un poder jurisdiccional, eminentemente público, que imprime a la providencia un carácter inconfundible con el del acto de disposición, que es un elemento constitutivo de la estafa. Es verdad que la esfera jurídica de las partes se encuentra sujeta al poder del juez; pero la supremacía que vincula a las partes y sus intereses a la providencia no es sino un momento y un aspecto de la función jurisdiccional. Esto significa que cuando el juez es víctima de un engaño antijurídico, la incidencia del fraude sobre los intereses de la parte queda absorbida por el atentado a la función jurisdiccional, como el interés privado queda absorbido por el interés público. Frente a la lógica jurídica el fraude se califica como atentado a la función jurisdiccional; no es lícito calificarlo con base en aquello que es meramente un efecto reflejo" (58).

Estas objeciones no tienen la fuerza que a primera vista parece. Según la opinión de la mayor parte de los autores, el acto de disposición en la estafa no debe ser interpretado en sentido estricto, es decir, en el sentido que se atribuye a este término en el Derecho pri-

---

(57) Véase GRÜNHUT, *Zur Lehre vom Prozessbetrug*, págs. 147 y ss.

(58) Véase PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milán 1955, pág. 106; en el mismo sentido VENDITTI, *In tema di truffa processuale*, col. 843.

vado. “Cuando se habla de acto de disposición a propósito de este delito —dice Antón— es preciso concederle el amplio concepto diseñado en las líneas anteriores: no se emplea la expresión en equivalencia a negocio jurídico o declaración de voluntad en sentido del Derecho civil. Por consiguiente, no hace falta que el disponente tenga facultad jurídica para disponer de la cosa; como no la tiene, por ejemplo, el sirviente que entrega al estafador, enviado fingido de su amo, un objeto que en su nombre le es pedido” (59). Por otra parte, el atentado a la función jurisdiccional, que implica, sin duda, el engaño en estos casos, no es obstáculo para apreciar al mismo tiempo un atentado a la propiedad.

Del acto de disposición llevado a cabo por el juez, es decir, de la sentencia, tiene que derivarse un perjuicio patrimonial para la otra parte o un tercero. En general, la sentencia injusta misma, aunque no sea firme, representa ya el perjuicio patrimonial (60). En algunos casos excepcionales, sin embargo, el perjuicio no se produce hasta la ejecución de la sentencia (61). Según Manzini, esto sería lo corriente y en estos casos sólo podría admitirse la estafa cuando el sujeto pasivo cumple la sentencia voluntariamente. Cuando la víctima se ve coaccionada a dar o hacer faltaría la voluntad engañada característica de la estafa (62). Este criterio me parece insostenible, pues el acto de disposición propio de la estafa es la sentencia judicial y es el disponente, el juez, el que ha de ser engañado. No es necesario que se engañe también al perjudicado. Es en el disponente, es decir, en el juez, donde debe darse necesariamente la voluntad engañada característica de la estafa.

Entre la conducta engañosa, el error, el acto de disposición y el perjuicio patrimonial debe existir una relación de causalidad (63). Ca-

(59) Véase ANTÓN ONECA, *Las estafas y otros engaños*, pág. 10. En el mismo sentido, por ejemplo, v. LISZT, ob. cit., pág. 459; FRANK, ob. cit., página 593; PAL, ob. cit., col. 20; GIOFFREDI, ob. cit., col. 674; WELZEL, ob. cit., página 330; SCHÖNKE-SCHRÖDER, ob. cit., pág. 1081 y MEZGER, *Strafrecht*, II, Bes. Teil, Ein Studienbuch, 5.<sup>a</sup> ed., 1956, pág. 173. Pero incluso algunos autores que exigen que el engañado tenga la facultad jurídica de disponer de los bienes del perjudicado aprecian, en sentido amplio, esa facultad en el juez y admiten la estafa procesal; véase, por ejemplo, BINDING, ob. cit., págs. 183 y 186 y ss., y HEGLER, ob. cit., págs. 430 y 438.

(60) Véase, en este sentido, JAGUSCH, en *Leipziger Kommentar*, págs. 458 y ss., SCHÖNKE-SCHRÖDER, ob. cit., 1088; y NIETHAMMER, *Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts*, 1950, pág. 272. Algunos autores consideran que la sentencia que no es firme sólo puede representar el perjuicio patrimonial cuando sea susceptible de ejecución provisional; véase, por ejemplo, KOFFKA, ob. cit., pág. 59 y ss.; y PAL, ob. cit., col. 20 y ss.

(61) Por ejemplo, en un proceso simulado de ejecución hipotecaria, en que el supuesto acreedor consigue la sentencia de remate para la subasta de una finca inexistente o de cabida menor a la real.

(62) Véase, MANZINI, ob. cit., pág. 659.

(63) Sobre la supuesta interrupción del nexo casual entre la conducta engañosa y el perjuicio por la infracción de un deber por parte del juez, véase lo dicho en las págs. 8 y ss.



rece de fuerza, a mi juicio, la objeción de que el nexos causal entre la conducta engañosa y el perjuicio patrimonial queda interrumpido por la realización de un acto legal, la sentencia, que ordena la entrega de la cosa (64). El perjuicio patrimonial se derivaría entonces de la ejecución de la sentencia, pero no de la conducta engañosa de las partes. Si se hace abstracción, no obstante, de la conducta engañosa de las partes la sentencia injusta no habría recaído. Creo que no puede admitirse, por tanto, una interrupción de la relación de causalidad entre el engaño y el perjuicio por efecto de la sentencia.

No creo, por otra parte, que la libertad del juez en la valoración de la prueba sea un obstáculo a la existencia o apreciación de la relación de causalidad entre la conducta engañosa y la sentencia injusta. Kohler dice que el juez dicta la sentencia basándose en una impresión de conjunto, obtenida en el curso de los debates y la práctica de la prueba, y no es posible reconducir la resolución a ninguna de las afirmaciones o pruebas aportadas por las partes. La sentencia del juez es el resultado de una actividad intelectual incontrolable (65). La libertad del juez en la valoración de la prueba no implica, sin embargo, como dice Pal (66), que esté desvinculado de las normas relativas a la práctica de la prueba, ni que esté exento del deber de indicar detalladamente en la sentencia las razones o motivos en que basa su decisión. Si entre ellas figura la conducta engañosa de la

(64) Esta es la opinión de HAMM a la que se adhirieron en Italia, ZANI, MARSICH, ESCOBEDO, MANCI y SICILIANI; véase ZANI, *Della truffa processuale*, Riv. di dir. proc. civile, 1926, II, págs. 266 y ss.; MARSICH, *La cosiddetta truffa processuale*, Il diritto commerciale, 1927, pág. 129; ESCOBEDO, *La truffa processuale anche in rapporto al progetto del nuovo codice penale italiano*, Giustizia Penale, 1928, col. 1427 y ss. y 1439 y ss.; y Ancora *sulla nozione della truffa processuale e su un fallace criterio per escluderla*, Giust. Pen. 1937, II, col., 321 y siguientes, MANCI, *La truffa nel Codice penale italiano*, Turin 1930, pág. 95 y SICILIANI, *Sulla così detta truffa processuale*, Giustizia Penale, 1936, II, col. 1489 y ss. En contra, ADORNATO, ob. cit., pág. 598; MANZINI, ob. cit., pág. 659; BATTAGLINI, ob. cit., col. 963 y ss.; y PEDRAZZI, ob. cit., págs. 105 y ss. JIMÉNEZ HUERTA observa, a este respecto, que "tampoco es una particularidad específica de la estafa procesal que desorganice la estructura del delito de fraude, la de que la disposición patrimonial se efectúa en virtud de un acto legal que ordena la entrega de la cosa, pues también en el tradicional delito de fraude genérico puede acontecer, sin que por esto se desvirtúe su consustancial esencia, que la disposición patrimonial se realice por un acto lícito que ordene la entrega, como acontece, por ejemplo, cuando desplegadas las maquinaciones y artificios engañosos sobre los miembros del consejo de administración, éstos ordenan a un tercero, que tiene en su poder y a disposición de la sociedad determinados bienes, que haga entrega de ellos al sujeto activo del fraude, o cuando el engañado dueño de la cosa cursa instrucciones a un apoderado general residente en otra población para que otorgue en favor del sujeto activo del fraude una escritura de compraventa"; JIMÉNEZ HUERTA, *Fraude maquinado y estafa procesal*, Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1964, págs. 136-7.

(65) KOHLER, *Treu und Glauben im Verkehr*, 1893, pág. 56. (Véase la opinión de KOHLER en PAL, ob. cit., col. 2 y 17 y ss.)

(66) Véase, PAL, ob. cit., col. 17 y ss. En el mismo sentido MANZINI, ob. cit., pág. 659 y BATTAGLINI, ob. cit., col. 963 y ss.

parte, la constatación de la relación de causalidad no ofrecerá dificultades. Por otra parte, la relación de causalidad entre la conducta engañosa y la sentencia injusta no queda excluida, de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones, seguida generalmente por nuestra jurisprudencia, porque hayan contribuido, además, otras condiciones a formar la convicción del juez.

La conducta del autor ha de ser dolosa. Del principio de la controversia entre las partes se deriva, a mi juicio, una limitación. Es necesario el dolo directo. No basta el dolo eventual (67). Mientras el autor considere posible que su pretensión sea justa o su afirmación sea verdadera no cabe apreciar un abuso del derecho y su conducta será lícita. Falta el dolo cuando el autor quiere retrasar únicamente la resolución con la práctica de la prueba o un aplazamiento.

La conducta del autor, además de dolosa, ha de ser realizada con ánimo de lucro injusto. Se trata de un elemento subjetivo de la anti-juricidad. Si el autor realiza la conducta engañosa para apoyar una pretensión fundada o que cree justa no responderá de estafa (68). No es preciso que el autor trate de conseguir el lucro para sí; basta con que trate de obtenerlo para un tercero (69).

No cabe objetar, por último, a la apreciación de la estafa procesal que con ella se crearía un obstáculo a la rapidez del procedimiento y se favorecerían las maniobras dilatorias de ciertos defensores, pues lo mismo cabe decir de todas las cuestiones penales que pueden suspender el curso de un proceso civil (70).

La estafa procesal no sólo puede ser incluida en la figura complementaria del artículo 533, sino también, cuando se den sus requisitos, en otras figuras del delito de estafa, concretamente en los números 1.º, 5.º, 6.º y 8.º del artículo 529 y el número 2.º del artículo 532 (71).

(67) En este sentido también, MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, Ein Studienbuch, II, Bes. Teil. 8.ª ed., 1964, pág. 177; y KOFFKA, ob. cit., pág. 54; de otra opinión, JAGUSCH en *Leipziger Kommentar*, ob. cit., pág. 458 y ss. (que incurre, sin embargo, en contradicciones) y PAL, ob. cit., col. 11 y 25.

(68) Véase, en este sentido, KOFFKA, ob. cit., págs. 61 y ss.; JAGUSCH, en *Leipziger Kommentar*, págs. 458 y ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER, ob. cit., pág. 1087; CAPOTOSTI, ob. cit., pág. 399; y PAL, ob. cit., cols. 11 y 25.

(69) Véase, a este respecto Antón ONECA, ob. cit., pág. 14, y JAGUSCH, en *Leipziger Kommentar*, pág. 460.

(70) En este sentido, por ejemplo, SILVA MELERO, *Ilícitud civil y penal*, pág. 29; MAGGIORE, ob. cit., pág. 282; y SANDULLI, ob. cit., pág. 137.

(71) El Tribunal Supremo ha aplicado, por ejemplo, el art. 533 (antes 534) en la sentencia 26 junio 1889, 10 marzo 1960, 27 junio 1964 y 31 octubre 1964; el núm. 1.º, art. 529 (o los preceptos equivalentes de Códigos anteriores), en las sentencias 30 junio 1906, 9 marzo 1936, 2 julio 1945, 6 mayo 1953, 1 diciembre 1955, 19 junio 1957, 4 noviembre 1957 y 20 marzo 1964; el núm. 5.º, art. 529 (o los preceptos equivalentes de Códigos anteriores), en las sentencias 24 marzo 1914, 23 mayo 1919, 12 abril 1927, 18 noviembre 1941, 26 junio 1952, 15 marzo 1963, 6 abril 1963 y 28 mayo 1963; el núm. 6.º, art. 529 (o preceptos equivalentes de Códigos anteriores), en las sentencias 11 febrero 1929, 21 enero 1954 y 8 febrero 1956; el núm. 8.º, art. 529 (o preceptos equivalentes de Códigos anteriores), en las sentencias 29 noviembre 1887, 13 abril 1951 y 23 mayo 1964;

El delito de estafa se consuma, según la opinión dominante en la doctrina española y el criterio mantenido por la jurisprudencia, cuando el sujeto activo obtiene el lucro perseguido (72). En la estafa procesal, por tanto, el delito se consumará cuando recaiga sentencia firme o cuando, sin serlo, sea susceptible de ejecución provisional. En los demás casos, la sentencia que no sea firme no determina aún la consumación del delito, pues supondrá ya un perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo (que verá disminuido su crédito), pero el sujeto activo no habrá obtenido aún provecho alguno. En algunos casos excepcionales el provecho injusto no se conseguirá hasta la ejecución de la sentencia (73).

Se ha discutido en la doctrina si las afirmaciones conscientemente falsas de las partes representan en todo caso un acto de ejecución. Según Frank (74), en los casos en que el juez sólo puede dar crédito a la prueba, la afirmación conscientemente falsa representa únicamente un acto preparatorio. Salvo que el autor confíe en que el juez dé crédito a su declaración y prescinda, faltando a su deber, de la práctica de la prueba. En mi opinión, la afirmación conscientemente falsa de una parte, mantenida después de haber sido rebatida por la parte contraria, representa ya en todo caso un acto de ejecución. La afirmación conscientemente falsa que no se ha convertido aún en objeto de examen para el juez representa un mero acto preparatorio (75).

Al ser punible en nuestro Código la tentativa imposible (par. 2.º del art. 52 en relación con el párrafo 3.º del art. 3.º) la conducta de la parte que trate de inducir a error al juez, con ánimo de lucro, con manifestaciones conscientemente falsas de *Derecho* constituirá tentativa, frustración y si fuere eficaz, en algún caso rarísimo (porque el juez no está vinculado a las manifestaciones de Derecho de las partes, ni puede exigirles que aporten pruebas de las mismas) delito consumado de estafa.

Estimo que en la estafa procesal debería apreciarse la agravante

y el núm. 2.º, art. 532 (o preceptos equivalentes de Códigos anteriores), en las sentencias 24 noviembre 1917 y 25 junio 1917.

(72) Los autores italianos, de acuerdo con la fórmula del art. 640 del Código penal de su país, consideran también que el delito se consuma cuando el autor obtiene el provecho injusto. La doctrina alemana sitúa, en cambio, el momento de la consumación en la causación del perjuicio, de acuerdo con la definición de la estafa del art. 263 del Código penal alemán. Es cierto que la realización del perjuicio y la obtención del provecho injusto suelen coincidir, pero no coinciden necesariamente. Véase, a este respecto, Antón ONECA, *Las estafas y otros engaños*, pág. 30.

(73) Véase nota 51.

(74) Véase FRANK, ob. cit., págs. 593 y ss.

(75) Véase, en este sentido, KOFFKA, ob. cit., págs. 53 y ss. y 62 (véase lo dicho en la pág. 11 y ss.), y PAL, ob. cit., col. 22. La opinión dominante actualmente en la doctrina alemana considera que las manifestaciones conscientemente falsas de las partes representan siempre un principio de ejecución; véase, por ejemplo, WELZEL, ob. cit., pág. 330, y JAGUSCH, en *Leipziger Kommentar*, págs. 459 y ss.

16 del artículo 10 (ejecutar el hecho con ofensa a la autoridad), pues no cabe duda de que el juez o tribunal están comprendidos en el concepto de autoridad del artículo 119 y la conducta implica, junto a la lesión o peligro de la propiedad ajena, una ofensa a la Administración de justicia.

Es posible el concurso de la estafa con las falsedades documentales. En este sentido se manifiesta la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo después de la reforma de 1944 en que se suprimió el artículo 323 del Código de 1932, en el que se hacía mención del lucro reportado o propuesto en la falsedad documental para imponer en ese caso junto a la pena privativa de libertad otra pecuniaria (76). Queda, en cambio, absorbida en la estafa procesal, en mi opinión, la presentación en juicio de documentos falsos (arts. 304 y 307 Código penal). Tanto si la estafa se ha consumado, como si ha quedado en grado de tentativa o frustración (77). Queda consumida también en la estafa procesal la presentación de testigos falsos en juicio (art. 333 del Código penal) \*.

---

(76) Véase, por ejemplo, las sentencias 22 mayo 1947, 16 noviembre 1950, 3 junio 1952, 30 marzo 1955, 21 y 25 junio 1955 y 29 febrero 1956. Véase, a este respecto, Antón ONECA, ob. cit., pág. 31, y QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, II, págs. 685 y ss. Aunque hay alguna excepción, como, por ejemplo, las de las sentencias de 7 diciembre 1951 y 4 marzo 1964.

(77) De otra opinión, QUINTANO RIPOLLÉS, ob. cit., pág. 687. Quintano da preferencia a los preceptos de las falsedades, por estimar que se trata de preceptos específicos, aunque en el caso de la consumación de la estafa admite la posibilidad de aplicar el art. 68. A mi juicio no se trata de un caso de aplicación de los principios de la especialidad o alternatividad, sino del de consunción.

\* Estando en prensa este trabajo, se publicó en el fascículo anterior del ANUARIO DE DERECHO PENAL un interesante artículo del profesor Ferrer Sama sobre la estafa procesal, que no pude tener ya en cuenta.

# Problemas de la responsabilidad civil delictual

El tercero perjudicado

FRANCISCO GALIANA URIARTE  
MAGISTRADO

## PREAMBULO

### CONSIDERACIONES GENERALES

Según el diccionario de la Lengua Castellana, la palabra responsabilidad significa la obligación en que se encuentra una persona de reparar y satisfacer, por sí o por otra, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal. De este modo, responsabilidad equivale a vinculación que constriñe a una persona a pagar a otra u otras una determinada prestación.

En el lenguaje usual, responsabilidad es una cualidad que tiene una persona que le hace capaz para pagar una obligación, sea del orden pecuniario o bien del orden moral, y así decimos de alguien que es persona de mucha responsabilidad, cuando es poseedora de una gran fortuna, o cuando se trata de alguien que por su seriedad y honradez es acreedora de plena confianza.

En la esfera técnica del Derecho, la responsabilidad es un vínculo jurídico que sujeta a un individuo a sufrir en su persona o en sus bienes una determinada sanción a consecuencia de un acto injusto. Y de la naturaleza de este acto nace la gran división filosófica-jurídica de las diversas clases de responsabilidad, y así hablamos de la responsabilidad civil, de la responsabilidad penal, de la política, de la administrativa, de la moral, de la religiosa, etc.

El objeto de nuestra atención en el presente tema va a constreñirse al campo de la responsabilidad civil, pero no desde el punto de vista general en su cuádruple aspecto de legal, contractual, delictual y culposa aquiliana, que lleva implícito el cumplimiento de una obligación de pagar determinada prestación con su secuela modelada en el artículo 1.101 del Código civil de persecución de los bienes presentes y futuros del deudor para llegar al fin del cumplimiento forzoso de la misma, o en la indemnización de daños y perjuicios, sino de la responsabilidad civil dimanante del delito, que impone la normativa del Derecho penal español, al disponer por imperativo del artículo 19 del Código penal que toda persona criminalmente responsable de todo delito o falta, lo es también civilmente; y constituyendo el delito una acción u omisión antijurídica, típica e imputable que, en términos generales, además de perturbar el orden jurídico del Estado es determinante de daños materiales o morales, es evidente que a la comisión

del delito o injusto penal —para dar al concepto mayor amplitud y comprender en el mismo tanto a los delitos criminosos como a los culposos y a las faltas o contravenciones—, nacen dos clases de responsabilidad; la criminal, que trae consigo la imposición de una pena o castigo a cargo exclusivamente del delincuente, con el fin de restablecer el orden jurídico perturbado, y la responsabilidad civil, que impone al penado la obligación de reparar el daño causado al que resultó perjudicado con la conducta criminal, y que en nuestro Código punitivo se halla definido en los artículos 101 y siguientes, al disponer que comprende: 1.º, la restitución de la cosa perdida o menoscabada; 2.º, la reparación del daño causado, y 3.º, la indemnización de los perjuicios morales y materiales que se hubieren irrogado al agraviado, a su familia o a un tercero.

Y esto sentado a guisa de preámbulo, examinemos alguno de los problemas que se presentan en el concepto de esta específica responsabilidad civil derivada del delito, entresacados de la doctrina científica, de la jurisprudencia y de la experiencia propia.

## I

### NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL INJUSTO PENAL

El primer problema que nos encontramos al estudiar esta clase de responsabilidad civil es el de resolver si es distinta de la responsabilidad civil en general que se estudia en nuestro Derecho civil o tiene características o matices que la diferencian de ella.

Algunos autores, entre ellos el abogado fiscal de Madrid señor Luzón, en su obra “Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal”, opina que la responsabilidad civil derivada del delito no es una auténtica responsabilidad civil, sino una consecuencia de la penal, pero no trata de justificar tal distinción, porque en verdad creemos que no la tiene; la responsabilidad civil, como respuesta que es, al decir de Dorado Montero, de toda acción u omisión injusta, que impone al contraventor la obligación de restitución, reparación e indemnización, es la misma en todos los eventos en que se produzca, ya provengan de culpa contractual o extracontractual, de delito o de falta, o de mera disposición de la Ley, o sea, es una verdadera obligación civil sujeta a la normativa del Derecho privado, y ninguna diferencia se puede establecer entre ellas, a excepción del punto de origen, del acto positivo o negativo que las determina, por cuya razón la conjunción de ambas responsabilidades, civil y penal, en la tesis que exponemos, no es precisa o necesaria, sino que se debe a motivos de economía procesal, a fin de llevar en un solo procedimiento las acciones que se originan del hecho delictivo, haciendo más fácil y menos costoso el ejercicio de las mismas, pero, en realidad, ambas conservan sus genuinos caracteres, hasta el extremo de que pueden ejercitarse

separadamente y ante jurisdicciones y procedimientos diferentes, según dispone el artículo 111 del Código penal, que preceptúa: "Las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse juntas o separadamente, pero mientras estuviere pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme", precepto que concuerda con el artículo 514 de la Ley de Enjuiciamiento civil; a mayor abundamiento, la responsabilidad criminal no termina por la renuncia del agraviado, según ordena el artículo 106 del Código penal, a excepción de los delitos llamados privados, mientras que la civil derivada del delito es siempre renunciable y se extingue, como todas las obligaciones puramente civiles. Terminamos, pues, afirmando que la responsabilidad civil que se deriva del delito es idéntica en sus caracteres jurídicos a la responsabilidad general objeto de las disciplinas del Derecho privado, y se rige por las normas del Derecho civil, como se aprende del contenido del artículo 117 del Código penal, que dispone que la responsabilidad civil nacida de delito o falta se extinguirá de igual modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del Derecho civil.

La única distinción estimable entre ambas clases de responsabilidad civil es, como veremos más adelante, la que se refiere a la indemnización de daños y perjuicios morales, distinción esporádica que tiende a desaparecer con la constante evolución del Derecho civil, que, como todos saben, es en sus orígenes puramente individualista y que por influjo de la moderna doctrina científica y de la jurisprudencia va tomando una tonalidad social y protectora de la parte más débil en sus relaciones jurídicas con las más poderosas.

## II

### DIFERENCIAS ENTRE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y LA CIVIL DELICTUAL

El segundo problema que vamos a exponer es el que concierne a la siguiente pregunta :¿ Siempre que se da el injusto penal es exigible la responsabilidad civil? La contestación, "prima facie", parece que debiera ser afirmativa, si se parte del procedimiento legal consignado en el artículo 19 de nuestro Código punitivo, que dice: "Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente"; pero por poco que fijemos nuestra atención en el supuesto, comprenderemos que existen muchos delitos a los que no acompaña exigencias de una responsabilidad civil, por la sencilla razón de que en ellos no existen daños materiales ni morales, como, por ejemplo, en todos los delitos frustrados o en grado de tentativa; en ellos existe infracción penal y daño social, por la peligrosidad que envuelven, y son castigados en todos los Códigos represivos, pero no causan daños materiales y morales estimables, por lo que en ellos no cabe la responsabilidad civil.

También se pueden incluir en esta clase de delitos sin responsabilidad civil todos los llamados de peligro, como los de conducción de vehículo de motor sin el correspondiente permiso, castigados en el artículo 6.º de la Ley de 24 de diciembre de 1962, la conspiración, la proposición y la provocación para cometer un delito que contempla el artículo 4.º del Código penal, y otros muchos.

Invirtiéndose los términos del problema, también es posible que de un injusto penal nazca una responsabilidad civil y, no obstante, no se dé la responsabilidad penal consiguiente, como ocurre en todos los casos en que concurre una circunstancia eximente de inimputabilidad, así en el supuesto de delitos cometidos por los menores de edad penal (dieciséis años), por los enajenados mentales, y los sordomudos de nacimiento, sin instrucción, que contemplan los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 8 del Código penal. En estos casos, la exención de la responsabilidad criminal, dice el artículo 20 del invocado Código, no comprende la responsabilidad civil, la cual se hará efectiva en los bienes de los que los tengan bajo su potestad o guarda legal, o, en su defecto, con los bienes propios de los responsables criminalmente, y cosa parecida ocurre en los delitos en que interviene estado de necesidad o miedo insuperable.

### III

#### DE LOS DAÑOS MORALES

La responsabilidad civil delictual, como vimos anteriormente, es la respuesta adecuada a una acción antijurídica determinante de daños o perjuicios materiales o morales, causados a determinadas personas, según dispone el artículo 104 del Código penal, y de aquí nace el tercer problema de este trabajo, que se expone de la manera siguiente: ¿Los daños morales causados por un hecho delictivo, son indemnizables? ¿El honor es indemnizable?

Los autores y la jurisprudencia antigua estimaban que los daños morales no eran reclamables y exigibles porque no podían ser evaluables material o económicamente, siendo sólo objeto de responsabilidad civil los daños materiales en su doble concepto de daño emergente y lucrocesante, doctrina que cristalizó en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1883, al resolver que el honor no era estimable económicamente, rechazando la responsabilidad civil en este aspecto; pero, en verdad, la doctrina tradicional española sobre esta temática es bien distinta, y así vemos ya en la Ley 21, Título IX de la Partida 7.<sup>a</sup> que “cualquier que reciba tuerto o deshonra, puede demandar enmienda de ella, en una de estas dos maneras, cual más quisiere. La primera que faga el que lo deshonoró enmienda de pedir de dinero”, recogiendo en dicho precepto la antigua doctrina de la composición. Por ello, y como en el Código penal, no existe precepto que impida la responsabilidad civil por daños morales, sino que, por el



contrario, en el artículo 104 dispone la indemnización de perjuicios materiales y morales, es por lo que, tanto la doctrina científica como la jurisprudencia, han resuelto este problema en el sentido de que los daños morales deben indemnizarse económicamente, dando el primer paso jurisprudencial en la materia la famosa sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912, que condenó al director de un periódico a satisfacer una fuerte suma a una joven por la publicación de un insulto altamente ofensivo para ésta e impuso la responsabilidad subsidiaria a la sociedad editorial propietaria del periódico, criterio que han seguido otras muchas, entre otras, la sentencia de 14 de diciembre de 1917, la de 14 de noviembre de 1934, que establece la doctrina de que los daños morales son tanto aquellos que pueden debilitar la actividad personal y la capacidad para obtener riquezas (indirectamente económicas) como el simple dolor moral aunque no trasciendan a la vida patrimonial.

La regulación de estos perjuicios morales es en extremo dificultosa, particularmente en la esfera civil del Derecho, donde ha imperado el principio de que los daños y perjuicios deben ser probados y que la prueba de su existencia corresponde exclusivamente al que pretende su devengo, siendo innumerables las sentencias que absuelven al demandado por falta de prueba de aquéllos, pudiendo citar, a este respecto, las sentencias de 10 de abril de 1954, 29 de noviembre de 1926 y 5 de julio de 1909; pero, afortunadamente para la efectividad de este género de responsabilidad civil, en la esfera del orden punitivo gozan los Tribunales de un amplio arbitrio jurisdiccional que les ceden los artículos 103 y 104 del Código penal, y contra sus regulaciones, o sea, el "quantum" de la indemnización de perjuicios, no se da el recurso de casación, según doctrina jurisprudencial reiterada, pudiendo consignar al efecto las sentencias de 30 de abril de 1947, 2 de octubre de 1950 y 27 de diciembre de 1961, entre otras, de tal modo que el Tribunal sentenciador tiene facultades soberanas para determinar la cuantía de los daños y los perjuicios, tanto materiales como morales, en el acto de dictar sentencia. No ocurre lo mismo en el orden puramente civil, en el que la responsabilidad civil descansa en el principio del presupuesto de un daño patrimonial probado, por lo que en el terreno del Derecho civil positivo español no cabe hablar de daños y perjuicios morales, y sólo en la órbita de la doctrina científica se defiende la tesis de la existencia de éstos, porque, como dice Coviello, aunque difícil, todos los sentimientos y dolores pueden reducirse a cifras. "Anali di diritto" y en la "Rev. Dir. Civile", y también Montel, en su obra "Problemas de la Responsabilidad y del Daño", comenta esta tesis como susceptible de una solución análoga.

## IV

## LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA O INDIRECTA

Hemos visto en lo antes expuesto que la responsabilidad civil dimanante del delito gravitaba sobre el declarado autor de éste de un modo inexorable y determinado en la propia Ley, pero existen casos en que es exigible a personas que no han tenido participación activa en el delito, porque siendo insolventes los autores directos del mismo, la Ley les hace responsables civiles de modo subsidiario para que pechen con las obligaciones que integran aquélla, esto es, la restitución de la cosa, la reparación del daño causado y la indemnización de los perjuicios materiales o morales ocasionados por el delito. Este tipo de responsabilidad civil tiene como fundamento jurídico la existencia de una actividad culposa no penal, de tipo presunto, del orden de las llamadas culpas "in vigilando" o "in eligendo", pero en realidad responde a la evolución del Derecho moderno hacia la responsabilidad objetiva o del riesgo. El Código penal define esta responsabilidad en sus artículos 20, 21 y 22, y de su normativa se pueden establecer diversos casos: 1.º, la que corresponde a los que tengan bajo su potestad o guarda legal a los menores de dieciséis años, a los enajenados o sordomudos sin instrucción, a no ser que conste que no hubo por su parte culpa o negligencia, en cuyo supuesto o en el de que carezcan de padres o tutores, responderán los mismos bienes del incapaz delincuente; 2.º, la que concierne a aquellos que lesionen un bien jurídico en estado de necesidad, como circunstancia eximente de la responsabilidad criminal; 3.º, la que incumbe a los que causaron un miedo insuperable a una persona y ésta obra injustamente impulsada por aquél; 4.º, la que corresponde a los posaderos, taberneros o personas o empresas por los delitos que se cometieran en sus establecimientos, que dirigen con infracción de los reglamentos generales o especiales de policía, de los objetos robados o hurtados a los huéspedes, siempre que éstos hubieran dado conocimiento del depósito y observaren las prevenciones de vigilancia y cuidado que aquéllos las dieren, exceptuándose los robos con violencia o intimidación de persona extraña al establecimiento; 5.º, la que recae sobre los amos, maestros o empresas por los delitos y faltas cometidos por sus criados, discípulos, obreros o dependientes de aquéllas en el desempeño de sus obligaciones o servicio. Esta última clase de responsabilidad civil subsidiaria alcanza en los momentos actuales una extraordinaria importancia con motivo del empleo de maquinarias complicadas y peligrosas y de la difusión del automóvil como medio de transporte, especialmente en aquellos en que la propiedad del vehículo corresponde a persona distinta de su conductor, por ser éste generalmente insolvente, en los delitos de conducción temeraria o en los de imprudencia simple que cometieren, los daños y perjuicios ocasionados al perjudicado repercuten, por la teoría de la responsabilidad civil subsidiaria,

al dueño del vehículo o de la maquinaria, y con ocasión de ello se presentan diferentes cuestiones que se hace obligado puntualizar. En primer lugar se presenta la duda de si todas las responsabilidades civiles ocasionadas por el chófer o dependiente en el vehículo que conduce o del obrero en la fábrica en que se halla empleado, en caso de imprudencia punible de éste, está obligado el propietario del mismo a satisfacerlos, a lo que procede contestar con una rotunda afirmación, con la única excepción de que el conductor culpable u obrero obrara contraviniendo las órdenes dadas por su principal o fuera de los actos de servicio o trabajo, como, por ejemplo, en el caso de que éste mandara que se cierre el automóvil en el garaje y aquél se marchara con unos amigos a comer en el campo y en el recorrido colisionara con otro vehículo o atropellara a un viandante, en cuyo supuesto ninguna responsabilidad civil incumbe al propietario de aquél. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la pequeña jurisprudencia viene cada día abriendo cauces hacia el aseguramiento efectivo de la responsabilidad civil delictual, hasta crear el clima propicio para la introducción en el orden legislativo de la teoría del riesgo que ya rige en la legislación laboral y ahora se ha extendido al ámbito de la circulación con la promulgación de la nueva Ley Penal del Automóvil de 24 de diciembre de 1962, que será objeto de la siguiente cuestión.

## V

## I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA O SIN CAUSA

El nacimiento de la gran industria con su adscripción de masas de asalariados manejando potentes máquinas de peligroso manejo, que tuvieron como consecuencia ineludible la multiplicación de accidentes, movió a los legisladores y a los Tribunales de Justicia a la humanización del Derecho clásico basado en la teoría de la culpa aquiliana con sus elementos subjetivos, objetivos y causales, naciendo la teoría de la responsabilidad civil objetiva preconizada por Saleilles y Josserand, y la del riesgo profesional construida por Feolde y Chimerrí, que tiene por fundamento, esta última la consideración de que así como el empresario de una industria cualquiera está obligado a reparar todo daño producido tanto en sus locales, como en su maquinaria, del mismo modo se halla obligado a indemnizar todo daño sufrido por sus operarios en el trabajo que realizan, sin consideración a si aquel ha obrado o no con negligencia o adoptó o no las medidas de seguridad exigidas en la industria donde se produjo el siniestro, y basada aquella, o sea, la objetiva, en que todo propietario de una cosa es responsable de los daños que ésta ocasione a tercera persona, aun en caso fortuito o fuerza mayor y no cabe otra excepción a esta regla general que el hecho probado de que el perjudicado se halla dañado voluntariamente, como en el caso del suicida que se mete bajo un martillo pilón o el viandante que se arroja al paso de un tren,

quitándose la vida. Estas teorías que nacieron para proteger a los trabajadores de los accidentes sufridos en el desempeño de su oficio y dieron origen a las legislaciones de accidentes del trabajo a finales del pasado siglo, han ido extendiendo su radio de acción a otros sectores de la actividad humana, merced al influjo humanizador del derecho, al ser interpretado por la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia y la doctrina científica y canónica contenida en las encíclicas de los Papas, y que en nuestra patria ha cristalizado entre otras en la nueva Ley de Vehículos de Motor ya citada de 24 de diciembre de 1962 y que vamos a examinar someramente en lo que concierne a la responsabilidad civil.

Esta nueva ordenación legal en su artículo 39 establece de modo claro e incontrovertible el principio de la responsabilidad civil objetiva o sin culpa. Según el mencionado precepto legal, el conductor de un vehículo de motor y subsidiariamente la compañía aseguradora, responderán de todo daño causado por éste a las personas o a las cosas, y están obligados a repararlo. Sólo se exceptúan los hechos que se deban únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al perfeccionamiento del vehículo; no considerándose fuerza mayor los defectos de éste o la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismo. En su consecuencia, la responsabilidad civil derivada de la colisión o atropello por vehículo de motor es siempre indemnizable, aunque el conductor haya obrado con toda previsión o prudencia, y su exigencia es inmediata, pues ordena la indicada Ley en su artículo 49 que los gastos de curación y asistencia médica del lesionado y la reparación del daño causado podrán hacerse sumariamente por vía civil, previa la valoración de los mismos por peritos en el plazo de ocho días, además, según el artículo 21, se señalará una pensión provisional necesaria para atender a la víctima y personas a su cargo.

Y tan absoluto es este principio consignado en la nueva Ley, que a imitación de lo establecido en el orden laboral, el artículo 45 crea el Fondo Nacional de garantía de riesgos de circulación para cubrir las responsabilidades civiles en los casos de muerte, incapacidad o lesiones en la hipótesis de que no se presten por los conductores ni por las compañías aseguradoras.

Otra de las novedades que aparecen en la referida Ley es que acoge en sus preceptos la teoría de la inversión de la carga de la prueba, mediante la cual se exime de ella al perjudicado y la impone al causante del daño, al preceptuar en sus artículos 43 y 53 que la prueba de que el hecho determinante se debe únicamente al atropello, corresponde al autor de aquéllos, en oposición al criterio clásico de nuestro derecho civil de que la prueba de la culpa o negligencia incumbe al perjudicado o dañado, siguiendo la dogmática del artículo 1.214 del Código Civil.

Y por último, como nota destacada de este ordenamiento, se indica la reforma que establece del concepto de responsable civil sub-

sidiario consignado en el artículo 22 del Código Penal, ya que sustituye a los amos, maestros o empresarios del inculcado insolvente, por las compañías aseguradoras del riesgo y de este modo en el artículo 21 se impone a los referidos aseguradores de modo directo la obligación de afianzar el pago de las responsabilidades civiles y de pagar por meses anticipados la pensión provisional que señala el Juez para atender las necesidades de la víctima y personas que estuvieren a su cargo. Y según el artículo 43, el asegurador quedará exonerado de aquellas obligaciones si prueba que el hecho fue debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo, que no sean los defectos de éste, ni su rotura o fallo de sus piezas o mecanismos. Como corolario de estas disposiciones y otras de la Ley comentada, las compañías aseguradoras se constituyen en parte del proceso penal por ella regulada.

## VI

### DEL CONCEPTO DE TERCERO PERJUDICADO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DELICTUAL

Este problema es de los más discutidos y que mayores perplejidades producen a los Tribunales de Justicia y a los pocos tratadistas que se han ocupado de la materia, constituyendo un tema muy interesante para una obra de más envergadura de la que constituye este modesto trabajo. Por tal razón, nos limitamos a realizar un esbozo de la cuestión y dar conclusiones lo más claras posibles.

Como el Código Penal no da una definición de lo que es el tercero a que se refiere su artículo 104 que dice "La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado, por razón del delito, a su familia o a un tercero", nos vemos obligados a buscar las analogías en el campo del Derecho Privado, ya que de responsabilidad civil estamos tratando y así vemos que si bien es verdad que nuestro Código Civil no da una definición del tercero, sí lo hace la Ley hipotecaria en su artículo 27 cuando dice que se considera tercero aquel que no haya intervenido en el acto o contrato escrito, concepto que concuerda con la acepción que de la palabra da el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua al decir que se entiende por tercero a la persona que no es ninguno de los dos o más que intervinieron en trato o negocio de cualquier clase. Esta definición, aunque es cierta, no da una idea concreta del concepto de tercero en Derecho Civil, puesto que en tal definición se contempla el aspecto negativo de la institución, esto es, el excluyente, por lo que se hace necesario completarlo con la faceta positiva del mismo para llegar a tener una idea clara de la institución; por eso nosotros añadimos que tercero civil es toda persona que no habiendo intervenido como

parte en un negocio jurídico, tiene algún derecho o expectativa de derecho nacido del mismo acto o contrato. O dicho en otros términos, el tercero civil es aquél que sin intervenir en un negocio jurídico tiene en el mismo un interés patrimonial que le afecta económicamente y tratando de responsabilidad civil derivada del delito el tercero a que se refiere el citado artículo 104 del Código Penal, es aquél que sin intervenir como autor del delito ni como perjudicado directo de la acción criminosa o culpable, ha sufrido a consecuencia de ésta, algún daño o perjuicio indirecto que deberá ser reparado por el responsable principal o por el subsidiario. Un ejemplo práctico aclarará la cuestión: Un cobrador de una Entidad bancaria es atracado cuando lleva en su poder la suma de un millón de pesetas, propiedad de la Entidad a quien sirve, y a consecuencia del robo, además de sustraerle dicha cantidad le causan los atracadores lesiones graves de las que tarda en curar ciento cincuenta días. La responsabilidad civil derivada de dicho delito de robo a mano armada consistirá en indemnizar a la víctima, en la cantidad que el Tribunal *a quo* fije como importe de todos los gastos efectuados para su total curación, los jornales devengados, etc., y además, la restitución al Banco propietario de la cantidad robada, y, por tanto, un millón de pesetas; en este caso la Entidad bancaria de referencia es tercero perjudicado por el delito.

Pero la cuestión se complica más cuando surge —como es frecuentísimo—, una compañía de seguros por accidentes de trabajo, que antes de dictar la sentencia condigna, ha pagado al cobrador asegurado todos los gastos de curación, rehabilitación funcional y jornales perdidos; y entonces surge la pregunta que se hace todos los días con ocasión de los numerosísimos accidentes de circulación. ¿Esta compañía aseguradora es tercero perjudicado en el delito perpetrado contra el cobrador amparado por la póliza de seguro suscrita por el Banco para sus empleados?, o la que es más frecuente ¿Las compañías aseguradoras de accidentes de trabajo son terceros perjudicados en los accidentes de tráfico en que un asegurado productor es lesionado o muerto a consecuencia de un delito de imprudencia temeraria o de imprudencia simple con infracción de reglamentos? Desde el punto de vista del derecho positivo, tal pregunta no tiene respuesta, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha construido hasta el momento una doctrina clara para resolver el problema, negando en múltiples ocasiones el carácter de tercero a las referidas compañías por estimar que las relaciones jurídicas derivadas del contrato de seguro escapan a la órbita de la competencia penal y en cambio en otras se mantiene el criterio de que la compañía de seguros que abonó al lesionado la indemnización derivada de la póliza de accidentes tiene la consideración de tercero perjudicado, pudiendo citar entre estas últimas las sentencias de 17 de mayo y 28 de noviembre de 1952 y entre las primeras la de 21 de febrero de 1946, la de 16 de diciembre de 1961 y otras muchas.

La solución correcta desde el punto de vista del Derecho Civil,

única fuente aplicable en la materia en la modesta opinión del que suscribe, consiste en atenerse en primer lugar a la extensión o ámbito del contrato de seguro pactado, de tal modo que si en las cláusulas de éste se estipuló que la compañía aseguradora responde de la vida, de las lesiones y de los daños ocasionados a una persona, cualquiera que sea la causa que los produzca, incluidos los riesgos llamados catastróficos y los delitos de todas clases, la compañía aseguradora, ocurrido el siniestro o el acto delictivo, no puede ser tercero perjudicado, porque según la ley del contrato está obligada a satisfacer la prestación objetiva de la póliza sean cualesquiera las causas que lo motiven.

Pero si el contrato de seguro comprende solamente los riesgos normales producidos en accidente del trabajo, y este se produce no por un hecho consecuencia del mismo o íntimamente relacionado con él, sino por la incidencia de un ilícito penal como causa determinante y única de los daños, y en cumplimiento de su obligación contractual la compañía aseguradora paga los gastos de asistencia médica, hospitalización, medicamentos y jornales del obrero lesionado por el delito, entonces la compañía es verdadero tercero perjudicado, porque en buenos principios de lógica jurídica el hecho causante no es un verdadero accidente del trabajo en su sentido estricto y profesional, sino un delito de homicidio, de lesiones o de daños, dolosos o culposos, que producen una apariencia externa de accidente de trabajo pero que en realidad no lo son porque carecen de requisitos que según el artículo 1.º de la Ley vigente de 22 de junio de 1956 constituyen éste, o sea, toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena; y en la hipótesis que contemplamos dichos menoscabos tienen como causa próxima y específica una acción delictual producida por un agente que escapa al ámbito de la esfera laboral. Por eso en todos estos casos dispone el artículo 53 de la Ley fundamental sobre accidentes del trabajo antes citada, que las Compañías aseguradoras tienen derecho a recuperar con carácter preferente del responsable civil por pleito o causa criminal el importe de las prestaciones satisfechas.

En resumen: la consideración de tercero perjudicado de una compañía de seguros que abone sus prestaciones a un lesionado por delito criminoso o culposo realizado por tercera persona, está en función de las estipulaciones del contrato de seguro y del hecho determinante de los daños causados, y de estos factores dependerá en unos casos como hemos visto antes, se pueda considerar tercero perjudicado a las Compañías de seguros y en otros carecerán de este carácter. La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1952 establece la doctrina abonando el criterio antes expuesto "que los hechos sumariales dejaron de constituir un simple accidente del trabajo, al calificarse el hecho de delito culposo y puesto que la compañía aseguradora de dicha clase de riesgo satisfizo alguna cantidad en concepto de indemnización por muerte del obrero víctima de la impru-

dencia punible, surge inmediato el concepto de tercero a que se refiere el artículo 104 del Código Penal.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en sus últimos pronunciamientos, viene de modo general denegando a las compañías aseguradoras por accidentes de trabajo el carácter de tercero perjudicado a los efectos del artículo 104 del Código Penal, por estar entre otras consideraciones las siguientes: 1.<sup>a</sup> Que el contrato de seguro determina una serie de derechos y obligaciones que nada tienen que ver con las relaciones jurídico-penales producidas por delito; 2.<sup>a</sup> Que los beneficiarios o causahabientes de la víctima del delito, en su caso, pueden percibir simultáneamente la pensión derivada del accidente del trabajo y la indemnización que fije el Tribunal en concepto de daños y perjuicios; y 3.<sup>a</sup> Porque el derecho que concede a las referidas compañías el artículo 53 de la Ley de Accidentes del Trabajo y la Orden del Ministerio de Trabajo de 7 de agosto de 1961, a recuperar del responsable criminal o civil las cantidades prestadas, no obliga a los Tribunales a pronunciarse sobre estos extremos, quedando en libertad dichas entidades aseguradoras para ejercitar sus derechos ante otras jurisdicciones.

Acatando y respetando la doctrina jurisprudencial últimamente referida estimo modestamente, y desde el punto de vista especulativo, que encaja mejor en la dogmática de nuestro ordenamiento procesal penal el criterio del Tribunal Supremo seguido en la sentencia ya citada de 28 de noviembre de 1952, entre otras, concediendo al asegurador en los supuestos de imprudencia punible *in iter*, la calidad de tercero perjudicado y ello por las siguientes razones:

Primera.—Porque los accidentes del trabajo *in itinere* a consecuencia de imprudencia punible del conductor de un vehículo, no son verdaderos accidentes del trabajo, sino delitos culposos o criminosos (que también se puede dar) sin relación alguna con aquél, producidos por un agente extralaboral y la intervención de la compañía aseguradora se debe a exigencias del derecho público de protección al que un Estado social considera desvalido y no se debe al libre juego del contrato de seguro, que en muchas ocasiones, como ocurre en los eventos de probarse la fuerza mayor, no es aplicable, ni engendra responsabilidad laboral, en cuyo supuesto el asegurador ha desembolsado unas cantidades que realmente no debía, por lo que es verdadero perjudicado por el delito.

Segunda.—Que el asegurador por accidente del trabajo, al igual que el asegurador por accidente de tráfico tiene un interés directo en el proceso penal por imprudencia punible, porque en él tiene que probar que el siniestro fue por causas que le eximen de responsabilidad civil, como son en los primeros la fuerza mayor extraña al servicio y en los de tráfico la culpa o negligencia del atropellado y en tal aspecto no se les puede negar el carácter de parte actora civil en el mismo, como ya se expuso en el problema V de esta monografía.

Tercera.—Como antecedentes de esta problemática en nuestra le-



gislación, cabe recordar la R. O. de 22 de octubre de 1862, citada por Aguilera de Paz al comentar el artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre los perjudicados por el delito, concede esta condición a las compañías de seguros sobre incendios y no existe razón alguna para que no se pueda extender por analogía esta disposición, porque es de sobra conocido que así como las normas de derecho penal material no pueden ser interpretadas analógicamente o por extensión, en las normas de procedimiento formal se puede emplear este método de interpretación como indica Viada en su obra *Curso de Derecho Procesal Penal* y si se concedió este derecho solamente a los aseguradores por incendio, no se debió al deseo de excluir a los demás aseguradores, sino sencillamente a que en aquella época no existían seguros por accidente del trabajo, ni vehículos de motor.

Cuarta.—Porque el principio de economía procesal, de extraordinario relieve en la dogmática del proceso moderno, aconseja resolver en el penal todas las cuestiones civiles nacidas del hecho procesal inculminado en evitación de la distorsión del proceso, obligando a las partes interesadas en el mismo a promover acciones civiles que dilatan la realización de la justicia y son muy gravosas para los que por ministerio de la Ley tienen claro derecho al resarcimiento de sus bienes.

## VII

¿SON COMPENSABLES LAS RESPONSABILIDADES CIVILES DELICTUALES CUANDO EN EL HECHO IMPRUDENTE CONCURREN CULPAS PENALES?

Ocurre en muchas ocasiones que en los delitos llamados culposos o por imprudencia, el injusto penal se produce por acción u omisión de dos personas, de tal modo que sin dicha concurrencia no se hubiera producido aquel. En tales supuestos, si la acción penal se dirige contra ambos culpables, el Tribunal sentenciador al valorar las responsabilidades penales y las civiles dimanantes del delito inculminado, como ambos culpables son además perjudicados por el mismo delito que cometieron, resultará que, en el ámbito de la pura represión, como las culpas penales no son compensables y ambas son copartícipes en el delito, condenará a los dos procesados en concepto de autores de la infracción punible en la extensión que la valoración de los hechos culposos atribuible a cada uno de ellos determine, pero al llegar a la fijación de las responsabilidades civiles, como ambos procesados son recíprocamente infractores y perjudicados, o dicho de otro modo, acreedores y deudores por cantidad líquida y exigible y proporcionada a la magnitud de la negligencia o imprevisión cometida y a la extensión de las lesiones y daños sobrevenidos, es incuestionable que se dan en las mismas los presupuestos que el Código Civil exige en los artículos 1.195 y 1.196 para la compensación legal, como uno de

los modos de extinción de las obligaciones y como el instituto de la compensación produce sus efectos *Ex officio*, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y los deudores, según preceptúa el artículo 1.202 del referido Código, es evidente que el Tribunal está obligado a proceder a la compensación de las indicadas responsabilidades civiles delictuales fijando en la sentencia la cantidad líquida resultante a favor de uno de los condenados-perjudicados, si una de ellas es de mayor volumen económico que la otra, o sin entrega de cantidad alguna cuando se trate de compensación total.

Partiendo de esta proposición, vamos a ocuparnos del supuesto más corriente en la temática de la concurrencia o participación delictiva en los delitos llamados culposos o por imprudencia que aflora cuando de los dos participantes, uno de ellos, o por haber fallecido en el accidente o porque las heridas o daños inferidos al coautor son de tan escasa cuantía que no permite tipificarlos en el contexto legal, la acción penal sólo se dirige contra uno de los partícipes concurrentes, que tiene que afrontar en exclusiva las responsabilidades penales y civiles derivadas de la acción determinante del proceso. En tales eventos, como las culpas penales no son compensables el procesado deberá sufrir la sanción legal adecuada al delito cometido; y aquí surge la pregunta que se hacen los penalistas y los Tribunales de lo penal y que sirve de título a este problema: ¿Son compensables las responsabilidades civiles delictuales, cuando en el delito por imprudencia concurren culpas penales y la acusación se dirige contra uno solo de los copartícipes?

Para mejor comprender esta problemática pondremos por vía de ejemplo el supuesto siguiente: Un conductor de automóvil pilota su vehículo a velocidad media de 50 kilómetros por hora por una vía urbana y al llegar a las proximidades de una parada de un tranvía de donde bajan y suben personas y otras cruzan la calzada para tomarlo, el conductor, en lugar de moderar la velocidad y aun de parar el vehículo como disponen los artículos 17 y 110 del Código de la Circulación, continúa con la misma marcha y con notable imprevisión, y al pasar a la altura del tranvía, de detrás de él sale una persona distraída que sin mirar a la derecha y a la izquierda de la calle, como es su obligación, que impone el artículo 67 del invocado Código, cruza la calle en el preciso momento que pasa el automóvil del supuesto, produciendo una colisión del que resulta la muerte del peatón y heridas graves en el conductor del vehículo y daños en éste, que fue a chocar con un poste de la luz. El Juez de Instrucción procesa concretamente al conductor del automóvil, porque el peatón murió en el accidente, aunque es bien patente que en la génesis del delito de imprudencia antirreglamentaria que se persigue, concurren dos culpas penales, ya que está fuera de toda duda que si el tan referido peatón hubiera cumplido lo dispuesto en el indicado artículo del Código de la Circulación, esto es, cerciorarse antes de cruzar la calzada, que ésta se hallaba libre de vehículos, no se hubiera producido el siniestro,

como tampoco acaeciera si el conductor del automóvil se hubiera parado a la altura del tranvía o hubiera puesto la marcha al paso.

Siguiendo la hipótesis propuesta en el anterior ejemplo, el Tribunal al dictar su sentencia condenará al procesado como si fuera autor único del hecho imprudente por el principio citado de la incompensación de las culpas penales, pero cuando tenga que fijar la cuantía dineraria importe de las responsabilidades civiles derivadas del delito que el condenado deba pagar a los herederos del fallecido peatón, víctima del delito y al mismo tiempo coautor o participe de aquél, podrá seguir dos distintas y opuestas direcciones:

Primera: Valorar los daños y perjuicios derivados del delito como si el procesado fuera el único autor del hecho culposo con todas las consecuencias correspondientes al delincuente único, de reparar los daños y perjuicios sufridos por la víctima a sus herederos, con reserva al penado de las acciones civiles que procedan contra los herederos de la víctima en su carácter de sucesores de las obligaciones exigibles al causante como coautor del hecho culposo determinante de responsabilidades civiles. A favor de esta tesis, puede argumentarse que no habiendo sido objeto del juicio penal, la conducta negligente o culposa del que resultó muerto en el accidente no se han podido deducir responsabilidades civiles delictuales y por tanto no hay términos legales para una posible compensación con las atribuibles al condenado por el delito del que fue copartícipe. En contra de la misma se puede arguir que no es equitativo ni justo el hecho de que un coautor del delito o sus herederos perciban por las resultas de su injusto penal una indemnización igual que si fuera una víctima inocente, produciéndose una situación de enriquecimiento sin causa.

Segundo: Discriminar y valorar el "quantum" de las indemnizaciones correspondientes a la actuación culposa, tanto del inculpado como la de su partícipe liberado de la acusación, por la causa que fuere, y compensar ambas cantidades condenando al procesado a la cantidad resultante de la compensación, evitando con ello el Tribunal el tener que legalizar con su sentencia una situación jurídica de enriquecimiento inmotivado. Esta última posición puede aceptarse como la más recomendable por ser la más equitativa y la más concorde con las modernas tendencias doctrinales sobre la subjetivación de la pena, que los Tribunales españoles pueden llevar a cabo con facilidad, dado el contexto del artículo 104 de nuestro Código interpretado por la doctrina del Tribunal Supremo, que en constante jurisprudencia viene proclamado (y citamos entre otras la sentencia de 27 de diciembre de 1961) que el "quantum" de la responsabilidad civil dimanante del delito de imprudencia es de la facultativa estimación de los Tribunales de instancia, sobre todo cuando responden a indemnizaciones por lesión física no susceptibles de valoración exacta. En el caso práctico que nos sirve de ejemplo, aplicando esta teoría resultará que si se fija la indemnización a favor de los herederos de la víctima, vamos a suponer en 300.000 pesetas, y los daños y perjuicios sufridos por el

procesado en 70.000 pesetas, importe de los gastos de curación, sueldos y jornales dejados de percibir, reparación del vehículo, etc., efectuando la operación compensatoria, la cantidad de 300.000 pesetas quedará reducida a 230.000.

La solución compensatoria apuntada se abre camino en los Tribunales españoles de instancia y es de esperar que pronto será acogida por nuestro Tribunal Supremo.

# El delito imposible de aborto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES

Profesor Adjunto de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. Delimitación del tema.—II. Exposición de las resoluciones jurisprudenciales.—III. Determinación de sus extremos y alcance. Punibilidad de la tentativa inidónea.—IV. Calificación formal de “delito imposible”.—V. Posición real del Tribunal Supremo.—VI. Posibilidades de una nueva interpretación del artículo 3.º del Código penal.

## I. DELIMITACIÓN DEL TEMA

El que a las prácticas abortivas no siga un resultado feticida —que constituye el resultado propio del delito de aborto— puede obedecer a una de estas dos causas: o a que la mujer no se halle encinta o a que la acción desplegada sea inadecuada. Tanto en un caso como en el otro, nos hallamos ante el llamado delito imposible, o si se prefiere tentativa inidónea de aborto.

Si a consecuencia de tales prácticas se produce la muerte o lesión grave de la mujer, cuenta nuestro Código con una disposición específica, que es la contenida en el párrafo último del artículo 411.

Si no van acompañadas, o mejor seguidas, de alguno de esos resultados, aparece en principio problemático el saber si estamos en presencia de hechos delictivos, punibles, según la legislación penal española.

En el Código de 1944 se introduce una disposición nueva, que representa, según Quintano, “una de las innovaciones más señaladas de la reforma del Código de 1944” (1). Después de haber fijado la pena de la tentativa, dispone que “la misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito” (art. 52, párrafo segundo). Pero esta disposición suscitó dudas, tanto de orden exegético como dogmático; entre otras: cual sea su alcance y cual la relación en que se encuentre respecto a las demás normas del mismo cuerpo legal definidoras de los hechos punibles.

Así las cosas, nos parece de interés examinar cómo se ha enfrentado el Tribunal Supremo con los casos de aborto imposible.

---

(1) QUINTANO, *Curso de Derecho Penal*, I, Madrid, 1963, p. 231.

## II. EXPOSICIÓN DE LAS RESOLUCIONES JURISPRUDENCIALES

Antes de nada, expondremos sus sentencias. Lo haremos en la forma más breve posible, aunque con la extensión necesaria para dejar establecidas las bases para las ulteriores consideraciones que nos proponemos llevar a cabo.

S. 14 junio 1950. La Audiencia provincial había absuelto a la procesada, la cual, con el propósito de destruir el fruto de su embarazo, empleó al efecto medios inidóneos; aunque a los siete días tuvo lugar la expulsión del feto, estimó que otra cualquiera debía haber sido la causa, en mérito a lo cual absolvió a la procesada. Contra esta sentencia recurre el Ministerio Fiscal, alegando como único motivo de casación la falta de aplicación del artículo 414 y el párrafo segundo del artículo 52, por estimar que los hechos merecen la calificación de tentativa de delito imposible. El T. S. acoge el recurso, y casa la sentencia en el único considerando siguiente: "Que la impunidad del aborto, que ocurrió siete días después de la maniobra abortiva, por la duda que abriga la Audiencia respecto a la eficacia del medio empleado para producirlo y que resuelve en favor de la reo, es situación procesal inatacable en casación, por cuanto se ha de estimar aborto casual y desligado, ante la ley penal, de la acción culpable; mas la preparación y toma por la procesada embarazada, siete días antes, de un cocimiento con propósito de destruir el producto de la concepción, y que no produjo el aborto, según la duda del juzgador resuelta legalmente en favor de la libertad, es tentativa de delito imposible producido por empleo de medio inadecuado, conforme al párrafo segundo del artículo 52 del Código penal, en relación con el artículo 411, párrafo último, y en tal sentido debe ser acogido el recurso del Ministerio Fiscal que salva de este modo la contradicción en términos de que un aborto realmente sucedido se castigue como tentativa imposible."

S. 18 diciembre 1952. La procesada, de profesión comadrona, realizó una maniobra abortiva cuando ya estaba expulsándose el feto a consecuencia de prácticas anteriores de la embarazada; después de examinarla o explorarla, observó que era casi seguro que el feto estaba muerto, "decidiéndose, para favorecer la salida del mismo, introducirle una sonda"; según reconocimiento facultativo posterior, el feto se hallaba en estado de putrefacción; el Tribunal provincial condena a la procesada como autora de un delito imposible, conforme al artículo 52, párrafo segundo. El T. S. casa la sentencia y absuelve a la comadrona; pero lo hace no a base de negar la punibilidad del aborto imposible conforme al artículo 52, sino apreciando la prueba de distinto modo a como lo hizo el Tribunal sentenciador, y dando a semejante intervención sentido distinto (falta en la autora el propósito doloso, debido al conocimiento de hallarse muerto y comenzar

la expulsión del feto (2), presupuesto indispensable de la tentativa). En ella se reconoce la punibilidad del aborto imposible. En el segundo de los considerandos dice: "Que la referencia del párrafo segundo del artículo 52 del Código penal, en cuanto para los efectos punibles equipara a la tentativa los casos de imposibilidad de producir algún delito, tampoco justifica la condena impuesta a esta misma procesada, porque precisaría partir del propósito doloso a causar el aborto delictivo inejecutable a consecuencia de la muerte anterior del feto, pero si la comadrona, con título profesional, parecía conocer este dato, esencialísimo después de la exploración que realizara, decidiéndose entonces a favorecer saliera el feto ya muerto, e incluso descompuesto tal vez, la maniobra reviste caracteres aparentes de una operación de obstetricia y faltó, al menos, la intencionalidad de delinquir que exige el artículo 1.º de dicho Código."

S. 23 marzo 1955. Los procesados, con el fin de causar el aborto de la mujer, introdujeron en los órganos genitales de ésta una pastilla, de sustancia desconocida, la que horas después la mujer —que no deseaba su aborto— extrajo, habiendo sufrido durante varias horas una pequeña hemorragia a consecuencia de la maniobra referida, no obstante lo cual la gestación siguió su curso; el Tribunal provincial calificó el hecho como constitutivo de aborto frustrado, aplicando la pena con arreglo al artículo 51 del Código Penal. En el recurso de casación, no habiéndose podido conocer la eficacia del medio empleado, el recurrente, entre otros motivos, alega, con apoyo en el principio "in dubio pro reo", no haberse aplicado el párrafo segundo del artículo 52, pidiendo en definitiva que no se castigase como frustración, sino como tentativa de delito imposible, conforme al artículo 52, párrafo segundo. El Tribunal Supremo, que niega la inidoneidad del medio, sienta la siguiente doctrina: "Que para que un delito pueda ser calificado de imposible, es preciso que el propósito doloso que inspiró dicha infracción legal, pugne de hecho con una realidad adversa que sitúe a ésta fuera del alcance y potencialidad necesarios para que aquella actividad antijurídica haya de tener la adecuación y efecto, bien por su falta de objetividad o de sujeto pasivo del delito propuesto, bien por falta de idoneidad de los medios empleados para su ejecución o por otra cualquiera causa que naturalmente contraría la lógica y posible conclusión que en otro caso debiera derivarse de una actuación voluntaria, aunque ésta hubiese sido seguida como precedente, y por lo tanto, no puede llevarse tal concepto a determinar una conducta nacida de un ánimo delictivo perfectamente definido y exteriorizado, y desenvuelta en términos tales que, aunque no del todo

---

(2) En el primero de los considerandos se dice: "El sentido jurídico del delito de aborto, materia de los artículos 411 y siguientes del Código Penal, consiste en la muerte *maliciosa* de un feto o el producto de la concepción humana... y lo cierto es que ese concepto delictivo, sujeto como todos a la certeza de los hechos reveladores de una *conducta dolosa*, no se desprende de las acciones atribuidas a la recurrente".

logrado, conduzcan a un resultado cierto, si bien mínimo, revelador de la eficiencia del medio empleado para obtener el propuesto, cuya falta de consecución, en todo caso serviría para degradar el delito, pero no para tenerlo como notoriamente imposible de lograr”.

S. 13 junio 1955. Los procesados, con propósito de provocar el aborto de la mujer, que ésta deseaba, hicieron las gestiones necesarias para obtener primero y facilitarla después, un preparado a base de orujo y azafrán que estimaban perfectamente idóneo para conseguir el criminoso resultado que todos perseguían, el cual fue tomado por ella, y del que, vista su primordial ineficacia, todavía le proporcionaron otra dosis mayor, que también ingirió la embarazada, sin lograr el éxito que todos anhelaban, por su inadecuación para producir el fin buscado por los que obraron persuadidos de lo contrario. El Tribunal provincial calificó el hecho como tentativa de aborto, prevista y penada en los artículos 411 2.º, 413 y 52, párrafo segundo. El Tribunal Supremo los declara responsables del delito que tipifica el número 2.º del artículo 411 del Código Penal, “pero que ha de ser castigado, no con la penalidad que este precepto marca, sino con la señalada en el párrafo segundo del 52 del mismo cuerpo legal, por la imposibilidad de que el delito se produjera por los ineficaces medios que para lograrlo fueron empleados, la que aun siendo idéntica a la que corresponde a la tentativa, no autoriza que sea estimada en grado de tal la antedicha figura criminosa, según erróneamente hizo la Audiencia sentenciadora, sino como un delito imposible de aborto, que realmente es; si bien, puesto que los resultados finales son los mismos y resultaría inoperante la estimación, siquiera solo en parte, de los motivos primero y segundo del recurso, deben ser éstos rechazados, tras de quedar sentada la recta doctrina jurídica que se expone”.

S. 30 diciembre 1955. A petición de la mujer, que tenía la convicción de hallarse encinta y deseaba su aborto “honoris causa”, se le practicaron maniobras abortivas, en la firme creencia de que se hallaba en dicho estado. Pero aquél no pudo lograrse por no existir realmente el estado de gestación de la procesada. El Tribunal provincial “estimó que los hechos declarados probados eran legalmente constitutivos de un delito de aborto en grado de tentativa, previsto y penado en los artículos 411 2.º y 413 del Código Penal”. El recurrente entiende que “se infringe un precepto penal de carácter sustantivo al estimar los mismos como constitutivos de un delito de aborto en grado de tentativa, contenido en el Código Penal, artículo 411 (en cuanto sanciona el delito de aborto si la mujer lo consintiera), 413 (que pena a la mujer cuando consintiera que otra persona se lo cause) y 417 (que impone a los culpables de aborto la pena de inhabilitación especial), por cuanto inequívocamente se infiere de la ley de 24 de enero de 1941 que para que exista delito de aborto se requiere la expulsión o destrucción del producto de la concepción. Frente a tal motivo del recurso, la sentencia sienta en el primero de sus dos considerandos la siguiente doctrina: “Que si bien es exacto que en pe-



riodos anteriores a la legislación penal hoy vigente, para que pudiera estimarse la existencia de un delito de aborto en cualquiera de sus grados era requisito indispensable que la mujer se encontrase en estado de embarazo, puesto que el Código de 1932 y los que le precedieron silenciaban la llamada "tentativa imposible", tal doctrina hubo de ceder el paso ante las que atienden más fundamentalmente a la temibilidad que manifiesta quien trata de realizar un hecho cuya ejecución resulta imposible, bien por inidoneidad del medio empleado o bien por inexistencia del objeto del delito, revelando de tal suerte el peligro que de su actividad pudo provenir; las que en orden a la figura delictuosa que es materia del presente recurso ya fueron acogidas por la Ley de 24 de enero de 1941, cuyo artículo 5.º sancionaba las prácticas abortivas realizadas en mujer no encinta, creyéndola embarazada, y el empleo de medios inadecuados para producir el aborto; y de modo más amplio, por abarcar a cualesquiera clase de delitos, por el Código Penal de 1944 que hoy rige, cuyo artículo 52, párrafo segundo, estatuye que habrán de penarse al igual que la tentativa los casos de imposibilidad de ejecución o de producción de los mismos". El segundo de los considerandos desestima, en consecuencia, al recurso, porque "es innegable el acierto con que dicho Tribunal obró al encuadrar jurídicamente el caso de autos en la forma en que lo hizo".

S. 20 junio 1962. En uno de sus considerandos dice: "La Sala sentenciadora, al hacer aplicación del párrafo segundo del artículo 52 del Código Penal, imponiendo pena inferior en grado a la señalada por la ley en el artículo 414 del mismo cuerpo legal, por tratarse de un caso de imposibilidad de ejecución del delito, obró correctamente".

La punibilidad de las prácticas abortivas inidóneas se acoge, asimismo, en otras varias sentencias, que por no ofrecer más interés que este reconocimiento, no las transcribimos. Son de citar a este respecto la de 2 de mayo de 1959 y la de 12 de noviembre de 1960.

### III. DETERMINACIÓN DE SUS EXTREMOS Y ALCANCE. PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA INIDÓNEA

De las varias cuestiones que la transcrita jurisprudencia suscita, importa destacar para el objeto de nuestro estudio las siguientes:

1. La jurisprudencia da por suficientemente sentado en la doctrina el concepto del delito imposible tanto en lo referente a la vertiente objetiva como a la subjetiva de la acción (3). De un lado hace referencia siempre a la inexistencia del objeto o a la inidoneidad de

(3) Se ofrecen formulaciones de él en la sentencia de 15 de enero de 1947, 9 de abril de 1952, 23 de marzo de 1955, 30 de diciembre de 1955, recogidas en texto y notas.

En el párrafo último del art. 411, cuyo precedente fue la Ley de 24 de enero de 1941, que recogió el delito imposible de aborto, está presente este concepto.

los medios, aunque alguna vez se hace en ella alusión a una posible tercera causa, que no es especificada (4).

De otra parte se exige, correctamente, todo el elemento subjetivo propio de la tentativa. Para salir al paso de falsas interpretaciones acerca de cuales sean los "casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito", se ha visto obligado alguna vez el T. S. a insistir sobre la necesidad de dicho elemento. Así, en la de 18 de diciembre de 1952, en la que se niega el delito imposible porque no hubo conducta con propósito doloso de causar un aborto; en la de 1 de julio de 1955, respecto a la necesidad imprescindible de la creencia en el embarazo, presupuesto para que el agente pueda proponerse el aborto como meta de su acción; en la de 5 de abril de 1955, en cuyos hechos falta el elemento subjetivo típico si lo que se propuso el agente no era la destrucción del producto de la concepción sino el adelantar un parto que se ofrecía como viable.

2. Se afirma, de modo resuelto y constante, la punibilidad de la tentativa inidónea en el delito de aborto.

De este modo, el Tribunal Supremo no acoge, cuando menos en sus consecuencias, aquella interpretación del párrafo segundo del artículo 52 según la cual se excluyen del ámbito de lo punible los supuestos de imposibilidad absoluta.

Es de destacar a este respecto, aunque sea sólo en breve indicación, que varios de los fallos, dictados para casos de aborto, sientan doctrina más general, valedera para cualquier delito. Estos fallos, por lo demás, se ven confirmados por otros dictados en distinta materia, que sientan igualmente doctrina general. Son de citar especialmente entre éstos las sentencias de 6 de abril de 1949 y la de 15 de enero de 1947, que por nota reseñamos (5).

3. Afirmada así de modo indudable la referencia del párrafo segundo del artículo 52 a la imposibilidad absoluta, parece que no hay en cambio uniformidad jurisprudencial respecto a la cuestión de si debe comprenderse en él también la imposibilidad relativa.

Cualquiera que sea la solución que se estime deba darse a esta

---

(4) Así en S. 23 de marzo de 1955.

(5) A propósito de homicidio, la de 6 de abril de 1949 afirma: "La teoría del delito imposible, máxime de imposibilidad relativa, uno de los temas tocados en el recurso, lo es ya de mera especulación científica, desde que nuestro derecho positivo por apoyarse acerca de este punto sobre el principio espiritualista como génesis de delincuencia, equiparó para fines penales tal clase de actos, antes excluidos, a los de tentativa que sanciona el artículo 52 del Código mismo". Ya antes, la de 15 de enero de 1947: "El propósito de causar la muerte de alguna persona valiéndose de venenos, falla como es de comprender, cuando por confusiones del autor utiliza éste sustancias absolutamente inocuas, o cuando por ignorancia de sus propiedades emplea otras de escasa toxicidad sobre el organismo humano, capaces sólo de ocasionar trastornos levísimos, pues en desacuerdo entonces la intención y los medios al seguir rutas divergentes, se produce el fenómeno jurídico llamado de delito imposible, que si el artículo 52 del Código vigente equipara para efectos de penalidad a la figura de la tentativa, permanecieron antes los de su clase fuera de la órbita de lo punible."

alternativa, creemos que puede sostenerse, como acertadamente indica Antón (6), que bajo la expresión legal "imposibilidad de ejecución o de producción del delito" cabe comprender tanto la conducta cuyo grado de desarrollo es el de la tentativa como el que es propio de la frustración. Esto supuesto, la solución que se dé a aquella alternativa no es cuestión de poca importancia.

Aparte de su interés para los problemas dogmáticos, parece que se seguirán consecuencias prácticas distintas según que se resuelva la alternativa en uno o en el otro sentido. Mientras se trate de supuestos de tentativa —o si se quiere de conductas cuyo grado de desarrollo corresponda al propio de la tentativa—, la diferencia no es apreciable, pues el párrafo segundo y el primero del artículo 52 imponen igual sanción. Por lo cual, ya se le considere como tentativa, ya como "delito imposible", la pena es en todo caso la misma; según se vio, en varias ocasiones hace referencia el Tribunal Supremo a la identidad práctica de la pena. Pero la cuestión se presenta con perfiles distintos en la frustración. De entender que el artículo 52, párrafo segundo, se refiere sólo a la imposibilidad absoluta, los supuestos de imposibilidad relativa que, según lo dicho, representen un grado de desarrollo de la conducta propio de la frustración, serán punibles a tenor del artículo 51, por lo que se verán sujetos a una pena sólo inferior en un grado, mientras que si se decide la alternativa en el otro sentido, dicho se está que podrán verse favorecidos por la inferior en dos grados.

El Tribunal Supremo se pronuncia por la incriminación conforme al artículo 52, párrafo segundo, aunque la conducta había alcanzado el grado de desarrollo propio de la frustración, entre otras en la Sentencia de 22 de abril de 1953 y tácitamente también en la de 2 de noviembre de 1951. Es de advertir que no se trataba en ninguno de ambos casos de supuestos de imposibilidad absoluta. La misma solución se desprende, *contrario sensu*, de las S.s. 6 de abril de 1949 y 23 de marzo de 1955, que tratan igualmente de casos de imposibilidad relativa (7).

4. En la fundamentación de los fallos, los hechos son calificados no de tentativa (o en su caso de frustración), sino de "delito imposible". Y sólo de modo excepcional se emplea el término de "tentativa

(6) Cfr. ANTÓN, *Derecho Penal*, I, Madrid, 1949, p. 417.

En sentido contrario parece opinar Del Rosal; cfr. su comentario a la Sentencia de 6 de abril de 1949 en A. D. P. 1951, p. 581.

(7) El Tribunal provincial sentara la sospecha de que no culminó el resultado debido "posiblemente al imperfecto ajuste de las cápsulas del revólver con el que disparó". El Supremo castiga por frustración con arreglo al artículo 51, pues "no se halla acreditada de manera indudable la imposibilidad de producir la muerte... con el medio empleado, ya que sólo en términos hipotéticos se expresa el Tribunal sentenciador respecto a dicho particular y en realidad quedaron ignoradas las causas" por las que no se produjo el resultado. En la segunda, cuyos hechos estaban afectados de la misma duda, castiga por el artículo 51, denegándose la petición de que fuera estimado el principio "in dubio pro reo" La imposibilidad debe constar, no se presume. Solución distinta parece desprenderse, en cambio, de otras sentencias, cfr. nota 9.

inidónea". Sobre el hecho apenas es necesario llamar la atención, por cuanto que se registra continuamente en las sentencias.

De la transcrita jurisprudencia parece desprenderse que los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito no son verdaderamente constitutivos de tentativa, sino que se trata de un título inculpativo distinto, entre los cuales no existe identidad, sino mera equiparación o asimilación a efectos de penalidad. Son representativas a este respecto las Ss. 15 de enero de 1947, 6 de abril de 1949, 9 de abril de 1952, 13 de junio de 1955 y 28 de abril de 1959 (8). Se dice, asimismo, que tales actos antes del Código de 1944 estaban excluidos de la penalidad; así, expresamente, las Ss. de 15 de enero de 1947, 6 de abril de 1949 y 30 de diciembre de 1955.

En la imposibilidad relativa se desdibujan los perfiles de dicha diferencia —aunque sigue en pie su interés—, por entender varias sentencias que los supuestos de tal clase caen bajo el concepto tradicional de la tentativa (9).

---

(8) Al delito imposible se le pone en relación con los tipos de aborto. Pero se trataría sólo de una relación externa o adjetiva, inevitable desde el momento que la pena que corresponde a aquel *momentum iuris* está determinada mediante referencia a la de las figuras delictivas de la parte especial, en sí y mediante su extensión a través de las formas incompletas de ejecución del delito definidas en el artículo 3.º Esta relación abarca también la pena de inhabilitación especial ordenada en el artículo 417 para los culpables de aborto (Cfr. Ss. 20 de junio de 1962, que casa la del Tribunal provincial, el cual "incurrió en error al no hacer aplicación de la misma norma —artículo 52, párrafo segundo— al imponer la pena conjunta señalada en el artículo 417, que no es accesoria sino principal y sujeta a las mismas reglas"; la de 30 de diciembre de 1955 impone, asimismo, la pena del 417 en un caso de imposibilidad absoluta).

(9) Cfr. Ss. 1 febrero 1943, 27 febrero 1958, 6 junio 1958, 31 marzo 1960.

Con referencia a un caso de homicidio, según la sentencia 15 enero 1947 entran en el concepto de la tentativa los supuestos de imposibilidad relativa, a diferencia de lo que acontece con la absoluta. Después de sentar respecto a ésta la doctrina que dejamos transcrita en la nota 5, añade: "Es bien distinta la situación creada ante el Derecho penal, con el uso de cuerpos químicos *conocidamente mortíferos*, aunque el agente yerra en la dosificación necesaria, deje de disponer de la cantidad mínima precisa o la diluya con exceso en los vehículos que haya de consumir la víctima, cuyos supuestos todos atraen el concepto tradicional de la tentativa conforme la define el párrafo tercero del artículo tercero del Código."

Según la S. 2 de mayo de 1959 (intento de yacer con una niña de cuatro años, sin que llegase a efectuarse la cópula por la desproporción existente entre los órganos genitales del procesado y los de la niña): "Puede ofrecerse la duda de si se está en presencia de una violación en grado de tentativa o de un delito de imposible ejecución, pero aparte de que tanto aquélla como éste están equiparados, en orden a la sanción que les corresponde, en el artículo 52 del Código penal, la postura que debe adoptarse es la de considerar que no se trata de castigar un delito imposible, sino de una tentativa de violación, perfectamente caracterizada, puesto que el criminal intento pudo llegar a consumarse mediante el empleo de una fuerza física productora de gravísimos traumatismos genitales, de incalculables consecuencias."

A un aspecto de la cuestión a que se refiere el texto, ya hemos hecho mención más arriba, en el número 3 del epígrafe III.

## IV. CALIFICACIÓN FORMAL DE "DELITO IMPOSIBLE"

La causa de tal calificación de los hechos no parece dudosa.

Se estima que la tentativa, como grado de ejecución del delito (definido en el artículo 3.º (y lo mismo cabe decir de la frustración), por exigir que se "dé principio a la ejecución del delito", postula una conducta idónea, en términos tales que cuando menos la imposibilidad absoluta queda fuera de ese concepto. Este razonamiento es aducido expresamente en varias de las sentencias. Hasta qué punto ello responda a una convicción personal de los juzgadores, o sea más bien consecuencia del deseo de no romper con la doctrina de los autores y la jurisprudencia anterior al Código del 44, es cosa que no interesa examinar ahora.

Es bien sabido que, como ha indicado recientemente el profesor Córdoba en una visión de conjunto de la doctrina española sobre el delito imposible, existe en dicha doctrina la tendencia a concebir el grado de ejecución llamado tentativa del modo que se indica a la cabeza del presente epígrafe (10).

(10) Vid. CORDOBA ROSA, J., *Notas de Derecho Español* a R. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, II, 1963, p. 184-185.

En el sentido indicado en el texto se han manifestado, entre otros, ANTON ONECA: "Si se tiene en cuenta que en las definiciones del art. 3.º están incluidos los casos de imposibilidad absoluta o de ausencia de tipo, pero no los de imposibilidad relativa, cabe pensar que el párrafo segundo del art. 52 es un precepto de referencia, alusivo a los casos de imposibilidad relativa, ya comprendidos en las definiciones generales del frustrado y de la tentativa consignadas en el art. 3.º" (*Derecho Penal* cit., p. 417); en la aplicación directa de esta interpretación al delito de aborto, estima consecuentemente Antón que "las prácticas abortivas realizadas en mujer no encinta creyéndola embarazada" o el "empleo de medios inadecuados para producir el aborto", formas ambas de imposibilidad absoluta, sólo serán hechos punibles cuando nos encontremos ante la hipótesis especial del art. 411, último párrafo, es decir, cuando a consecuencia de tales conductas resultase la muerte de la mujer o se le causase lesión grave, pero no en otro caso (cfr. op. cit., p. 417); DÍAZ PALOS, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, VI, p. 145; FERRER SAMA, al entender que el Código vigente "equipara en penalidad las modalidades de delito imposible a la tentativa de delito (art. 52, párrafo 2.º). Con este criterio viene a echarse por tierra el concepto que de la verdadera tentativa y la propia frustración formula este mismo art. 3.º, puesto que, en último término, lo que se tiene en cuenta al determinar las penalidades es el elemento intencional" (*Comentarios al Código Penal*, I, p. 71). FERRER admite, a diferencia de ANTON, el hecho de la punibilidad. Pero al entender que ello es a costa de desvirtuar el verdadero concepto de la tentativa, viene a coincidir con él en la cuestión de fondo a que se refiere el texto. Esta es en sustancia también la posición de QUINTANO, *Comentarios al Código Penal de 1944*, I, Madrid, 1946, p. 361, *Compendio de Derecho Penal*, I, Madrid, 1958, p. 377, *Curso de Derecho Penal*, I, Madrid, 1963, p. 231; NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, Salamanca, 1963, p. 161; PUG PEÑA, *Derecho Penal*, II, 1959, p. 228; RODRÍGUEZ DE VESA, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, V, p. 291.

Entre los penalistas del siglo pasado participaron de la misma opinión, entre otros, GROIZARD, *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, I, 3.ª edición, Madrid 1923, p. 108-110; VIADA, *Código Penal de 1870*, 4.ª edición, I, Madrid 1890, p. 37.

Dentro de este general pensamiento común, se advierten, sin embargo, dos direcciones. Una, la de quienes buscan armonizar, sobre la base de aquella premisa, en un pensamiento legal coherente, el párrafo segundo del artículo 52 con el artículo 3.º; de ello es consecuencia la exclusión de la imposibilidad absoluta del ámbito de lo punible. Otra, la de aquellos que, aún siguiendo fieles al indicado pensamiento común, no dejan de admitir que el párrafo segundo del artículo 52 es referible, sin duda, a la imposibilidad absoluta, y en consecuencia admiten su punibilidad, bien que estimando se ha introducido una ampliación que desvirtúa el verdadero concepto de la tentativa. Según esto, se trata en última instancia de la introducción solapada de un título inculminatorio autónomo o *sui generis*, sin correspondencia normativa material (11).

Es también sabido que la jurisprudencia anterior al Código del 44 no consideró hecho punible no ya la imposibilidad absoluta, sino también muchos casos de imposibilidad relativa, por entender que no eran formas subsumibles en las definiciones que de los hechos punibles da el artículo 3.º del texto penal.

Así, pues, el Tribunal Supremo, respetando la doctrina en la forma, rompe con ella en las consecuencias prácticas.

#### V. POSICIÓN REAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo, al proceder en la calificación y tratamiento de los hechos sometidos a su enjuiciamiento del modo que queda expuesto, no deja de encontrarse en una posición un tanto incómoda.

Examinada más de cerca la cuestión, creemos se advierten ciertos indicios que permiten sospechar que el Supremo no está en el fondo de acuerdo con la doctrina.

Es de notar, en primer lugar, que aunque en varias de las sentencias el contraste “delito imposible”-“tentativa” es planteado en sentido jurídico sustancial, en otras, en cambio, cabe entender que la diferencia se refiere a lo material-descriptivo de la conducta, al objeto de decidir si es punible por el párrafo primero o por el segundo, pero quedando la calificación jurídicamente relevante indecisa, como en penumbra.

Por otra parte, el Tribunal Supremo procura evitar discretamente un choque con la doctrina —esgrimida insistentemente en las alegaciones de los recurrentes— mientras por ella no venga afectada o prejuzgada la cuestión verdaderamente importante, esto es, la punibilidad.

No debe, por ello, ocultarse que hay sentencias, y, por cierto, algunas de la máxima significación para nuestro tema, en que el Supremo se distancia de la doctrina, si no en las palabras, al menos en el fondo. A este respecto cabe citar las tres sentencias siguientes.

---

(11) Vid. nota anterior.

La de 30 de diciembre de 1955, cuya doctrina, por haber sido ya transcrita, no reproducimos. La de 12 de noviembre de 1960. En la causa criminal que la motivó (12), sostuvo el recurrente la improcedencia de apreciar la circunstancia agravante de reincidencia entre el "delito imposible" y los diversos "grados de ejecución del delito". Si los casos de delito imposible, y su pena, no lo fuesen de una verdadera tentativa, no faltaría cierta razón a quien pretendiese excluir la apreciación de dicha agravante entre aquellos dos conceptos de responsabilidad penal. Verdad es que, el que la tentativa (y frustración) se defina y declare punible a continuación de la figura consumada o, por el contrario, como es más frecuente, mediante fórmula única inserta en la parte general, es cuestión puramente técnica, que no entorpece la apreciación de la agravante entre los diversos grados de ejecución del delito (o grupo de delitos): todos ellos son hechos típicos. Pero, si se afirma que el delito imposible no es sustancialmente una tentativa, sino un título autónomo de responsabilidad, con una asimilación a efectos de penalidad y al margen de la "tipificación legal" de las formas imperfectas del delito, parece que no habría base suficiente para que pueda ser acogida sin reparos la reincidencia; faltaría tanto la identidad del título (criterio formal adoptado por nuestro Código) entre ambos conceptos delictivos, como también toda identidad sustancial entre ellos. Dicho brevemente, faltaría, tanto en lo formal como en lo sustantivo, la comunicación necesaria para erigir la agravante.

Ello no obstante, el Tribunal Supremo apreció en dicha sentencia la agravante. Se funda para ello en que "no es la categoría genérica de imposibilidad delictiva, sea absoluta o relativa, sea de objeto o de medios, lo que determina el título del delito, sino su calificación específica, y, en consecuencia, el aborto en cualquiera de sus grados de ejecución o de participación y de perfección o de imperfección como hecho punible, constituye el antecedente lógico y legal de la reincidencia". Con ello viene a afirmarse, aunque en forma velada, el carácter típico conforme al artículo 3.º del llamado delito imposible, es decir, que es una tentativa.

También el Supremo ha tenido que salir al paso de extravíos a que por la vía de la autonomía de la responsabilidad por "delito imposible" —desconectada del concepto de la tentativa, excepto a efecto de penalidad— se ha llegado, como es por ejemplo el que dio motivo al siguiente considerando de la sentencia de 22 de abril de 1953: "Tampoco debe prosperar la teoría del delito imposible en grado de tentativa con vistas a un nuevo descenso de la condena impuesta, como si constituyese aquél una figura delictiva específica de donde cupiere arrancar posteriores degradaciones según el desarrollo alcanzado por las acciones de que se trate".

---

(12) La procesada, que había sido castigada en 1955 por un delito imposible de aborto, fue posteriormente condenada por un delito de aborto del artículo 414, núm. 2, con la agravante de reincidencia.

VI. POSIBILIDADES DE UNA NUEVA INTERPRETACIÓN  
DEL ARTÍCULO 3.º DEL CÓDIGO PENAL

Llegados a esta altura de nuestro estudio, le asalta a uno la duda de si nuestro más alto Tribunal de Justicia no habrá acaso incurrido en un grave abuso jurisprudencial, al extender la responsabilidad penal más allá de lo que permite el contexto normativo de reglas y definiciones del Código destinadas a la determinación de los hechos punibles.

La respuesta a ello depende de la contestación previa a estas otras dos cuestiones: 1. Si no cabrá una interpretación distinta del artículo 3.º. 2. Si, supuesta la solución afirmativa de la primera, representa un conculcamiento de la justicia material el castigar los actos de referencia.

El tratamiento de estas dos cuestiones rebasa el marco de nuestro estudio. Sin embargo, debemos ofrecer unas indicaciones, aunque sea en forma sumarisima, a fin de no dejar truncado nuestro pensamiento sobre el particular.

1. Hay, sin duda, razones muy estimables en favor de la interpretación que del artículo 3.º ofrece la doctrina dominante (13).

Sin embargo, no parece que aquélla sea la única interpretación posible. Antes bien, parece que no está excluido un entendimiento según el cual también los casos de delito imposible serían subsumibles en la definición que de la tentativa da el artículo 3.º

Para ello haría falta proceder a una revisión de la interpretación que se da al requisito legal del “principio de ejecución”.

En este sentido existen ya algunos apoyos doctrinales. Así se ha manifestado recientemente Córdoba, en una valiosa nota, según la cual es discutible que se pueda negar la existencia de un *principio de ejecución* en los casos de inidoneidad absoluta, o, lo que es lo mismo, exigir la idoneidad para la ejecución, “pues todos los casos de frustración son casos de inidoneidad de la acción del sujeto, y a pesar de ello nadie pone en duda la presencia no solo de un *principio*, sino de *todos los actos*, de ejecución” (14). Se llega por este camino a la conclusión de que *ejecución* es distinta a *causación* (15).

---

(13) Ante todo —y ello es de sumo interés para nosotros— deben ser respetadas las exigencias propias del principio de seguridad como principio político, lo que reclama inequívocidad de los actos (aunque preciso es reconocer, no obstante, que en nombre de esta exigencia se han cometido abusos).

En segundo lugar, que el Código del 44 reproduce inalteradas las definiciones de los hechos punibles (art. 3.º), limitándose a insertar la norma que ordena la punibilidad de los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito entre las “reglas para la aplicación de las penas según el grado de ejecución...”, pese a que, según el estado común de la opinión, la tentativa y la frustración exigen actos idóneos de ejecución.

(14) CÓRDOBA RODA, J., *Notas de Derecho Español* a R. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal* cit., II, pág. 185. El subrayado es del autor.

(15) CÓRDOBA RODA, J., obra últimamente citada, p. 188.



Esta interpretación parece viable, e incluso cuenta a nuestro juicio con el apoyo del propio texto legal, al admitir éste que se puedan realizar *todos* los actos de *ejecución* sin que haya *resultado* (definición de la frustración, párrafo segundo del art. 3.º).

Según esto, el término "actos de ejecución", empleado en la definición de frustración y tentativa, es una expresión desprovista de suyo de significación causal. Consecuentemente, los términos "*principio de ejecución*", y "*todos los actos de ejecución*", expresan los diversos estadios de progresión externa de la realización de la resolución delictiva. Es decir, que ambas definiciones son conceptos formales, que aluden a las fases del proceso externo de la acción; no son conceptos materiales que impliquen la idoneidad de los medios o la existencia del objeto en orden al resultado. Lo único que es exigido en dichas definiciones es que la ausencia del resultado no obedezca a la propia voluntad del agente, lo cual, esto exceptuado, permite una perfecta equiparación entre las diversas causas por las cuales el resultado no se produce (16).

De ese modo los actos de ejecución —y por tanto el principio de ejecución— son actos de ejecución de la voluntad delictiva. Lo que la ley exige es que haya un principio de ejecución por hechos exteriores y directos de esa resolución de realizar el delito. Se desemboca así en una concepción subjetiva de la tentativa, según la cual ésta es la transformación de la voluntad de cometer un delito en hechos exteriores (17).

Admitida esta interpretación, según la cual bajo la definición del artículo 3.º cabe lo mismo la tentativa idónea que la inidónea, por ello sólo aún no queda prejuzgada la cuestión de si en nuestro derecho basta el elemento subjetivo (que ha alcanzado la aludida forma exterior de manifestación) o es necesario además un momento objetivo de peligro concreto. Esta es fundamentalmente la cuestión que habría venido a resolver la nueva disposición, declarando precisamente innecesario un tal momento; con ello se habría acercado nuestro Código a la teoría subjetiva. Se trata ciertamente de un precepto que se encuentra entre las reglas de aplicación de la pena, pero que define el ámbito del injusto punible. Entonces el valor de la distinción entre

---

(16) Nuestro Código no contiene expresión alguna que reclame, a diferencia de otros, como, por ejemplo, el italiano (art. 56), que los actos ejecutados en la tentativa o en la frustración sean idóneos, razón que es tanto más fundada cuanto que dicho texto extranjero excluye expresamente del campo de lo punible el delito imposible (art. 49).

(17) Bajo esta concepción, carece de relevancia la distinción entre tentativa y falta de tipo, tentativa idónea e inidónea.

Pero adviértase que es necesario que la ejecución de la voluntad haya alcanzado un grado de desarrollo que rebase el ámbito de los actos preparatorios. Así, realiza actos preparatorios la mujer que, resuelta a poner término a su embarazo, adquiere un abortivo, y actos de ejecución si lo toma; el que se trate de una u otra clase de actos es independiente de que la sustancia sea idónea o inidónea para producir el resultado delictivo.

tentativa idónea y tentativa inidónea sería meramente descriptivo; con dichas denominaciones no se señalarían sino dos formas de la única figura relevante de ejecución del delito.

Así sigue en pie la relación entre el artículo 52, párrafo segundo, y el artículo 3.º, sólo que con una base más amplia que la que antes ofrecía.

2. Naturalmente que una decisión legal o jurisprudencial de este estilo puede ser objeto de enjuiciamiento crítico. Se la puede estimar correcta o incorrecta, oportuna o inoportuna. Pero esto es ya fundamentalmente una cuestión de puntos de vista, que por pertenecer al campo axiológico es de difícil, cuando no imposible, comprobación científica.

Esa misma jurisprudencia es la que se vive en otros países, entre ellos Alemania. Por otra parte, si bien es cierto que, como dice certeramente Ferrer Sama, lo que se tiene en cuenta al determinar la penalidad es el elemento intencional (18), ello no significa, según muchos autores, que se castigue sólo culpabilidad. Es significativa a este respecto la posición adoptada últimamente por Engisch, autor tan poco sospechoso de subjetivismo normativo (19). Según él, es motivo objetivo suficiente el peligro *abstracto*. No otra cosa es lo que ha dicho el Tribunal Supremo en su importante sentencia de 30 de diciembre de 1955, al tomar en cuenta "el peligro que de su actividad pudo provenir" (20).

No debe olvidarse, asimismo, que la relevancia de la distinción entre "imposibilidad absoluta" e "imposibilidad relativa" (al menos con los ejemplos que de ambas suelen ofrecerse en abstracto), responde a un criterio anticuado entre las concepciones objetivistas de la anti-juridicidad de la tentativa (21). Tal criterio, que operaba con un enjuiciamiento *ex post*, fue abandonado y reemplazado por otro, introducido por von Liszt y von Hippel, que opera con un enjuiciamiento *ex ante*, y es el único que goza del favor de quienes todavía sostienen una concepción objetiva de la tentativa (22).

(18) Cfr. nota 10 de este trabajo.

(19) Cfr. las últimas páginas de su estudio *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, en Hundert Jahre deutsches Rechtseben*, 1969, tomo I, p. 436 y siguientes, en que aborda las dificultades que la tentativa inidónea ofrece a su concepción objetiva del tipo del injusto anteriormente desarrollada.

(20) El retroceso a un momento anterior al del comienzo de la ejecución, necesario para hallar el peligro, es igualmente necesario para encontrarlo en la imposibilidad relativa en el caso concreto, que es, según muchos, verdadera tentativa.

Cfr. algunas de las sentencias reseñadas referentes a esta clase de imposibilidad. Vid. también S. 9 abril 1952.

(21) Una exposición y valoración sumamente interesante en GEMMINGEN, *Die Rechtswidrigkeit des Versuchs*, Breslau-Neukirsch, 1932.

(22) Tanto la antigua como la moderna teoría objetiva de la tentativa exigen para la antijuridicidad de ésta una peligrosidad objetiva del propio acontecer externo. La diferencia entre ambas radica en el distinto criterio con que es determinada dicha peligrosidad. La teoría antigua distingue entre la tenta-

Como es sabido, es este uno de los temas de mayor interés actual, dentro de la dogmática del Derecho penal. Si quisiéramos entrar aquí en él, nos saldríamos de nuestro estudio (23). Diremos brevemente que es hoy opinión dominante la teoría subjetiva, aún entre los partidarios de la naturaleza objetiva de la antijuridicidad, la que es acogida con todas las consecuencias que ella comporta.

No parece, pues, que se pueda hacer al Tribunal Supremo un reproche por la jurisprudencia sentada en materia de tentativa inidónea de aborto. Al afirmar que “nuestro derecho positivo se apoya acerca de este punto sobre el principio espiritualista como génesis de delincuencia” (24), no hace sino renovar la actualidad de la máxima “*in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*”, que pertenece a nuestra tradición jurídica, y a la cual han sido dedicadas por uno de nuestros ilustres penalistas muy interesantes reflexiones para la ciencia del Derecho penal (25).

---

tiva absoluta y relativamente idónea. Sólo la última es peligrosa y punible. El criterio para la diferenciación entre la inidoneidad absoluta y la relativa es el de un enjuiciamiento *ex post*, esto es, del juez. Por el contrario, conforme a la moderna teoría objetiva, una tentativa es peligrosa si un observador medio en el momento del hecho tuviera por probable el resultado; con ésta la tentativa punible extiende sus dominios abarcando supuestos comprendidos dentro de la esfera de la imposibilidad absoluta.

(23) Para el planteamiento de los problemas que suscita en la actualidad esta última cuestión nos remitimos al estudio de STRATENWERTE, *Handlungs- und Erfolgsumwert im Strafrecht*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1963, p. 224 ss., y el nuestro *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, Pamplona, 1963, así como la bibliografía en ambos citada.

(24) S. 6 abril 1949. Vid. nota 5.

(25) Cfr. SILVELA, cap. XXXVI del vol I de *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid 1884.



## SECCION LEGISLATIVA

# Principios penales en la Constitución provisional en la República Árabe Unida

El Presidente de la República Árabe Unida, Gamal Abdel Nasser, mediante comunicado constitucional, promulgó el texto legal, fundamental y provisional, de 25 de marzo de 1964, cuyo explícito y significativo preámbulo, entre otras consideraciones, no omite la proclamación de un sentido popular y de libertad, buscando la guía espiritual para el futuro en una comunidad próspera que garantice a todos los individuos una igualdad de oportunidades, disolviéndose las diferencias de clases registradas anteriormente.

La igualdad de los ciudadanos ante la Ley, sin posible discriminación étnica, lingüística, religiosa o ideológica (art. 24) exige la garantía penal en el sentido de no admitirse delito, ni pena, sino en virtud de la ley, no pudiendo imponerse pena alguna, a hechos cometidos anteriormente a la ley de que los define (artículo 25 del texto constitucional).

Garantizados, como se ha expuesto, los principios de la legalidad e irretroactividad penal; se afirma y proclama el carácter estrictamente personal de las penas (art. 26); la práctica de la detención y el encarcelamiento según los preceptos legales (art. 27); la prohibición del destierro fuera de la patria (art. 30); la seguridad de la residencia y la inviolabilidad del domicilio (art. 31 y 33) quedando prohibida la extradición de los refugiados políticos (art. 32).

Las precedentes normas constitucionales, encuentran su garantía aplicativa, además de los textos legales que las desarrollen, en la organización del Poder judicial, con acusado matiz de independencia, en su constitución y funcionamiento.

Los jueces serán independientes, sin más autoridad sobre la Administración de Justicia que la propia Ley, no pudiendo nadie inmiscuirse en los procesos, ni en los asuntos judiciales. (art. 152).

Las sesiones de los juicios serán públicas, reservándose los propios Tribunales, la facultad de declararlos secretos, en atención al orden público o en virtud de lo dispuesto por la misma Ley. (art. 154 de la Constitución provisional).

Las condiciones para el nombramiento de los jueces, su carácter inamovible, las medidas disciplinarias que legalmente les puede ser aplicables, e iguales normas respecto al Ministerio Fiscal, otorgan un conjunto de garantías merecedoras de destacar en la Constitución de la República Árabe Unida (arts. 156 al 160).

La irretroactividad penal, que como fundamental garantía, recoge el texto legal, en análisis en su articulado y que previamente hemos destacado, vuelve rei-

teramente a ser invocada, entre las disposiciones generales del último capítulo constitucional, el que al marcar la irretroactividad de la Ley, admite la posibilidad de la excepción, caso de ser aprobada por la mayoría de la Asamblea Nacional, pero eliminando de dicho y posible acuerdo, cuanto se refiere a la materia criminal.

Aún cuando nada se nos dice de la retroactividad penal en materia favorable al reo, es éste, extremo tan fundamental y humano, que puede estimarse y hasta de hecho podría ser invocado a pesar del silencio legal, tenido en cuenta el espíritu que inspira al texto constitucional de la República Árabe Unida.

Es alentador y satisfactorio que países que acaban de obtener su independencia que, aún existente aquella, en largo proceso histórico, es actualmente cuando se reivindican, progresan y desarrollan, explanen la materia penal, conforme normas legalistas, de puro clasicismo penal en su origen y de sentido personalista y humano.

Sería de desear que los nuevos y reivindicados pueblos, facilitasen a la ciencia penal, nuevas perspectivas de investigación y construcciones doctrinales de profundidad científica, sin novismos extraños, ni particularismos ineficaces.

JOAQUIN BASTERO  
 Profesor Adjunto de Derecho penal.  
 Universidad de Zaragoza

## Principios penales en la Constitución de Kuwait

Abdulah Al-Salim Al-Sabah, Emir del Estado de Kuwait, en 11 de noviembre de 1962, en su deseo de coordinar las aspiraciones del nacionalismo árabe, con la paz y la civilización humana, luchando por el mejor porvenir, en busca de la mayor prosperidad del país, inspirándose en principios de igualdad y justicia social y pretendiendo conservar las tradiciones árabes, aprobó y promulgó la Constitución del país, en la que una de sus pretensiones es realzar la dignidad individual.

Visto el precedente objetivo, tenía forzosamente la Constitución de Kuwait que recoger alentadores, aún cuando básicos, principios nacionales.

A ellos nos venimos a referir, en breve exposición, más que comentario, dada la claridad y el carácter fundamental de los mismos, en línea de afiliación con las notas inspiradoras de los ordenamientos punitivos en la mayoría de los países del mundo.

La Constitución del Estado de Kuwait, aprobada por la Asamblea Constituyente y promulgada por el Emir, en su Título II (art. 7), presenta como pilares sociales a la justicia, la libertad y la igualdad, estimulando la cooperación y la ayuda mutua, como lazos de unión entre los ciudadanos.

Consecuente con estos principios sociales y políticos, el ordenamiento penal es de firme garantía para todo ciudadano de Kuwait.

Es el Título constitucional III el que impide que nadie sea privado de su nacionalidad, sino es en la forma prevista por la ley, (art. 27), ni desterrado (artículo 28). La garantía de la libertad individual se traduce en normas prohibitivas respecto a detenciones, prisión, registros, restricciones en la libre elección de residencia, tortura o tratos vejatorios (arts. 30 y 31).

Los fundamentales principios de la legalidad penal y de la irretroactividad resplandecen en el artículo 32 del texto Constitucional, por el que "solamente la ley define los delitos y determina las penas. No se puede imponer ninguna pena por delitos que no se hayan cometido después de empezar a regir la ley que los define".

La garantía en orden personal, para la imposición y ejecución de las penas, es declarada en el texto Constitucional (art. 33) de forma expresiva y lacónica, cuando simple y textualmente dice: "Las penas son personales".

Con sistemática, no elogiada, pero con un sentido encomiástico, las garantías penales de la Constitución de Kuwait ofrecen doble vertiente: afirmativa una y positiva otra. En el primer aspecto, la libertad individual es tendencia definidora, irretroactividad legal y personalidad penal; en el segundo orden es prohibición de cuanto de atentorio pueda existir contra la persona humana, en materia de destierros, pérdida de nacionalidad, detenciones, prisiones y registros, fuera de la forma prevista por la Ley.

Las bases penales enunciadas, se proyectan y trascienden al campo procedimental, en cuya articulación existe una presunción "iuris tantum" de inocencia a favor del ciudadano de Kuwait, destruible por la declaración de culpabilidad y con plenas garantías para el ejercicio de su defensa (art. 34).

No se declara expresamente, pero se deduce y presupone, una concepción psicológica de la culpabilidad, que tanto dice en favor del texto legal varias veces aludido.

Es de desear que la legislación punitiva de Kuwait, venga en su desarrollo, a ajustarse a las normas fundamentales de su Constitución, que son ejemplo al coordinar el orden penal del país con las garantías individuales de sus ciudadanos.

JOAQUIN BASTERO  
Profesor Adjunto de Derecho penal.  
Universidad de Zaragoza

# SECCION DE JURISPRUDENCIA

A)

## Jurisprudencia procesal penal (Sala segunda del Tribunal Supremo) Tercer cuatrimestre de 1965

FERNANDO GISBERT CALABUIG

Del Instituto Español de Derecho Procesal

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: A) Fuentes del Derecho procesal penal: *a)* Ley: Leyes de bases. *b)* Principios del proceso penal. *c)* Jurisprudencia: Valoración.—II. PARTE GENERAL: 1. Órgano jurisdiccional: A) Jurisdicción: *a)* Prejudicialidad civil. *b)* Conflictos de jurisdicción. *a')* Entre la militar y la ordinaria. *b')* Entre la civil y la criminal.—B) Competencia: *a)* Criterio general (art. 14, regla 2.ª). *b)* Conexión. *c)* Cuestión de competencia. 2. Ministerio Fiscal y Abogado del Estado: Exclusividad del primero en el proceso penal.—3. Partes: Responsabilidad civil subsidiaria.—4. Objeto del proceso: A) Acción penal: En los delitos públicos.—B) Acción civil: Renuncia.—5. El proceso penal «strictu sensu»: A. Prueba: *a)* Doctrina general sobre la apreciación. *b)* Confesión: Valoración.—B) Crisis procesales: *a)* Supuestos de suspensión del juicio. *b)* Rebeldía y paralización del proceso a efectos de la prescripción.—C. Teoría general de las resoluciones judiciales: Recurribilidad.—D. Sentencia: *a)* Declaración de hechos probados. *b)* Contenido de fondo de la sentencia. *c)* Denegación implícita de peticiones. *d)* Congruencia de la sentencia penal. *e)* Planteamiento de la tesis. *f)* Imposibilidad del sobreseimiento en la sentencia.—6. Impugnación del proceso; Recurso de casación: *a)* Casación por infracción de Ley: *a')* Artículo 849, núm. 1.º. *b')* Artículo 849, núm. 2.º: Error de hecho y documento auténtico. *b)* Casación por quebrantamiento de forma: *a')* Doctrina general e improcedencia en un caso de acumulación de autos denegada. *b')* Denegación de diligencias probatorias (art. 850, núm. 1.º). *c')* Falta de claridad de los hechos probados (art. 851, número 1.º, inciso 1.º). *d')* Contradicción entre los hechos probados (art. 851, número 1.º, inciso 2.º). *e')* Predeterminación del fallo (art. 851, núm. 1, inciso 3.º). *f')* No resolución de todos los puntos objeto de debate (artículo 851, núm. 3.º). *g')* Punición de un delito más grave (art. 851, número 4.º). *c)* Adhesión al recurso: Doctrina general. *d)* Requisitos del recurso. *e)* Propuesta de indulto (art. 902, párrafo 2.º).—III.—PARTE ESPECIAL: A) Procedimiento de urgencia: *a)* Evitación de suspensiones inmotivadas. *b)* Declaración del Tribunal sobre suficiencia de instrucción.—B) Tribunal de Orden Público: Atribución de competencia.



## I. INTRODUCCION

A.—*Fuentes del Derecho procesal penal*: a) *Ley*: *Leyes de Bases*: Los textos de leyes de bases carecen de vigor en tanto no han sido articulados ni vinculan hasta entonces a los Tribunales de Justicia en lo penal. (Sentencia 18 noviembre 1965.)

b) *Principios del proceso penal*: «Nadie puede ser condenado sin ser oído en juicio». Para resolver la cuestión planteada en el motivo de casación por quebrantamiento de forma es preciso analizar, ante todo, si el pronunciamiento del fallo condenatorio por el que se declara afecto a las responsabilidades pecuniarias del procesado, como bien patrimonial suyo, el capital asegurado por la póliza de seguros de autos, contiene un gravamen económico para la recurrente, la Compañía Anónima Española de Seguros H. Entendido el pronunciamiento en su significado literal, no parece concurrir dicha condición, ya que la sentencia recurrida llama «capital asegurado» a lo que la técnica del seguro de responsabilidad civil conoce por el nombre de «suma o cantidad asegurada», esto es, una cifra que funciona exclusivamente como límite máximo de la indemnización que en su día pueda resultar en deber el asegurador y como base matemática para el cálculo de la prima, en cuyo concepto meramente funcional no se alcanza a comprender cómo un puro dato numérico sin valor intrínseco puede aumentar la solvencia del responsable civil y disminuir en la misma cuantía el patrimonio de la entidad aseguradora. A conclusión muy distinta se llega si se tienen en cuenta los antecedentes de hecho y de derecho del referido pronunciamiento, a saber el de hecho; que el automóvil de la matrícula S. 22.363 se hallaba asegurado por la Compañía Anónima de Seguros H., por póliza unida al rollo, en cuyo artículo 1.º se expresa que «el seguro cubre exclusivamente los vehículos adscritos en la presente póliza, tanto en garage o estación como en la circulación, siempre que su conductor esté provisto en el momento del siniestro, del permiso de conducción correspondiente a la categoría del vehículo que conduzca», por un capital por responsabilidad civil de 500.000 pesetas, y el de derecho: que no procede «en este caso aprobar el auto del Instructor que declaró insolvente al procesado... toda vez que las responsabilidades civiles que pudieran derivarse como consecuencia del siniestro y ocasionadas por el vehículo asegurado, se hallaban cubiertas por la póliza de autos, puesto que el conductor procesado se hallaba en el momento de la ocurrencia, en posesión del permiso de conducción correspondiente a la categoría del vehículo que el mismo conducía y siendo esto así, no tiene duda alguna que lo que se garantiza son los daños que produzca el vehículo asegurado, al amparo del artículo 1.º de dicha póliza y por tanto es un bien patrimonial sujeto a dos eventos o condiciones: que surja el accidente provocado por el automóvil asegurado, y que su conductor se halle en posesión del oportuno permiso de conducción, y si bien en principio los riesgos garantizados son a favor de persona de antemano desconocida o innominada, con un crédito por un montante de capital asegurado, queda perfectamente determinada al ocurrir un siniestro, con las características del de autos, ya que en este caso, dicho crédito revierte a favor del procesado para cubrir sus responsabilidades civiles;

por ello es totalmente inadecuado el auto del Instructor que declaró insolvente al procesado, puesto que como se deja dicho, entra en el patrimonio del procesado dicho capital asegurado y lo transforma en total solvente»; de cuyos fundamentos resulta que la Audiencia viene a prejuzgar que el procesado es actualmente acreedor y la Compañía Aseguradora es hoy día deudora de una cantidad de dinero igual al importe del «capital asegurado», crédito, constitutivo de un bien patrimonial del primero, adquirido en el mismo momento de ocurrir el siniestro, que al ser afectado por el aludido pronunciamiento al pago de las responsabilidades pecuniarias —no solamente de las civiles del reo—, pasa a ser objeto de un embargo y, en la subsiguiente fase del procedimiento de ejecución, será objeto de realización forzosa, como si de un crédito realmente existente y realizable en el acto se tratase, con arreglo al artículo 1.481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto al que se remite el artículo 614 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Al imponer este gravamen económico a la recurrente, el juzgador de instancia conculcó abiertamente la norma de rango constitucional incorporada al artículo 19 de la Ley Fundamental de 17 de julio de 1945 que aprobó el llamado «Fuero de los Españoles», a cuyo tenor, nadie podrá ser condenado sin previa audiencia y defensa del interesado, por cuanto que el repetido pronunciamiento del fallo condenatorio fue dictado por la Audiencia de S., sin oír a la Compañía aseguradora y sin concederle la oportunidad de defenderse. Dicha infracción no es contemplada explícitamente por el número 2.º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero este Tribunal ha proclamado reiteradamente que el carácter limitativo o taxativo que, en principio, tiene la enumeración de los defectos procesales contenida en ese artículo, no es óbice para que deban subsumirse en él aquellas infracciones de las normas ordenadoras del procedimiento que sin hallarse comprendidas de modo expreso y categórico en el texto del mismo, son aún de mayor entidad que las en él previstas explícitamente y que, por su propia naturaleza, implican y abarcan los vicios *im procedendo* enunciados en tal precepto como motivos de casación; doctrina sentada, entre otras, en las sentencias de 20 febrero 1933, 4 marzo 1941, 29 mayo 1945 y 14 noviembre 1964. Si bien la inclusión del aludido vicio en el número 2.º del artículo 850, parece que debía llevar consigo de manera inesquivable, la orden de reponer la causa a un estado anterior al de dictar sentencia, conforme al artículo 901 bis a) de la Ley Procesal Penal, debe notarse, como ya lo hizo la mentada sentencia de 29 mayo 1945, que no habiéndose tenido como parte en la causa a la Compañía Aseguradora ahora recurrente, ni habiéndose deducido contra la misma pretensión alguna en el periodo de juicio oral, estaría fuera de lugar respecto a ella el traslado de la causa en trámite de calificación y proposición de pruebas, y su citación a un nuevo juicio en concepto de parte pasiva, por lo que únicamente procede reponer las actuaciones al estado de dictar sentencia, en la que ha de omitirse todo pronunciamiento que afecte a quien no haya sido previamente oído. (Sentencia 17 noviembre 1965.)

c) *Jurisprudencia*: *Valoración*: Las sentencias de esta Sala únicamente pueden servir de argumento de autoridad en supuestos coincidentes con los decididos por dichas resoluciones, pero no en la que ninguna paridad guarda con ellos. (Sentencia 11 diciembre 1965.)

## II. PARTE GENERAL

1.—ORGANO JURISDICCIONAL: A.—*Jurisdicción*: a) *Prejudicialidad civil*: El hecho de que en un Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia se tramite un juicio universal de quiebra de una Sociedad Mercantil, no es obstáculo para que por los Tribunales de lo penal pueda sustanciarse un proceso contra la persona que ostente la representación de dicha Sociedad, como Gerente de la misma, por hechos que *prima facie* fueron calificados como constitutivos de delitos, atribuidos al denunciado, máxime si los cometió por sus actividades como titular de otra empresa diferente, pues de aceptar la tesis del recurrente, por la sola alegación de que las relaciones habidas entre las partes en que se basa la denuncia, es una cuestión civil, de la competencia de la jurisdicción de este orden, se privaría a las Audiencias de lo Criminal, de conocer de las causas en las que se imputa la comisión de un delito a determinada persona, y respecto de la cual se mantiene la acusación por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, sin perjuicio de que la Audiencia, única competente al efecto, pueda en su día dictar una sentencia absolutoria, si de las pruebas que se practiquen apreciadas en conciencia en uso de su soberanía, estima que el comportamiento del procesado no es constitutivo de delito, pero lo que no puede hacerse, en manera alguna, por no estar autorizado en los artículos 666 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es lo que solicita el recurrente en el único motivo formalizado, de que dando lugar a la declinatoria de jurisdicción, por razón de la materia, por ser ésta civil, se revoque el auto de procesamiento y demás medidas inherentes a dicha resolución y porque además, como se razona en el auto recurrido, ello supondría, prejuzgar lo que, en su caso, ha de ser objeto de la oportuna sentencia, en momento procesal no indicado al efecto. (Sentencia 4 diciembre 1965.)

b) *Conflictos de Jurisdicción*: a') *Entre la militar y la ordinaria*: El examen de las actuaciones pone de manifiesto que el hecho a que ellas se refieren consiste en el choque de una motocicleta conducida por un paisano contra un camión perteneciente al Ejército de Tierra, del que resultaron lesiones para dicho paisano y daños en la motocicleta que conducía, sin que sufriera lesiones ni daños el soldado conductor del camión militar y este mismo vehículo, habiéndose producido el hecho por haber sido éste embestido de costado por la repetida motocicleta cuando el camión circulaba a poquísimas velocidades, al no obedecer la orden de paso dada por un policía militar que vigilaba el tráfico. El requerimiento de la Autoridad militar se basa en que hubo lesiones en el conductor paisano y daños en su vehículo, tasados en la cantidad de 3.000 pesetas, no habiendo lesiones para el conductor aforado ni daños para su camión, sólo puede existir responsabilidad para el conductor del camión militar, criterio objetivo o de resultado, que no puede prevalecer por sí en contra del criterio subjetivo, o de atribución personal de la responsabilidad para el causante del hecho incriminado, que aquí resulta ser el paisano y conductor no aforado, presunto autor de la acción imprudente que se persigue en estos autos. En consecuencia, a lo expuesto,

procede resolver la competencia a favor de la Jurisdicción ordinaria, acordando los pronunciamientos inherentes a tal resolución. (Sentencia 10 noviembre 1965.)

b') *Entre la civil y la criminal*: Esta Sala carece de competencia para sustanciar y decidir los conflictos que surjan entre un órgano de la jurisdicción civil y otro de la jurisdicción criminal, como respectivamente lo son el Juzgado de Primera Instancia de Carballo y la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de La Coruña, porque nuestras atribuciones solamente alcanzan, en este orden de cosas a conocer de las cuestiones de competencia en negocios criminales, suscitadas entre los órganos de la jurisdicción penal cuando no tengan otro superior común inmediato, según resulta de los artículos 279 y 280 de la Ley provisional sobre organización del Poder judicial y del artículo 20 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (Auto 5 octubre 1965.)

E.—*Competencia*: a) *Criterio general* (art. 14, regla 2.ª): Son hechos completamente distintos, cometidos en fechas diferentes y en distintos lugares, el hurto de la motocicleta que se realizó en el pueblo de San Adrián del Partido Judicial de Estella, el día 31 de enero de 1965 y el hurto del automóvil que tuvo lugar en Nájera el 3 de febrero del mismo año, y aunque el autor de ambos hechos es el mismo sujeto, los perjudicados son diferentes, por lo que en uno y otro delito no existen razones de analogía o relación que determinen la conexidad, a los efectos del número 5.º del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, máxime cuando cada uno de los Jueces de Instrucción de los Partidos donde se habían cometido los delitos había incoado el correspondiente sumario por el perpetrado en el respectivo territorio de su jurisdicción, por lo que conforme al principio general que sobre competencia establece el número 2.º del artículo 14 de la Ley adjetiva citada corresponde proseguir el sumario ya incoado por el hurto de la motocicleta al Juez de Instrucción de Estella, y el Juez de Instrucción de Nájera continuará la instrucción del sumario iniciado por el hurto del automóvil. (Sentencia 30 septiembre 1965.)

b) *Conexión*: Las normas generales que sobre competencia enumera el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien tienen validez en los supuestos de que mediare designación de jueces especiales, han de ceder en aquellos, que por los juzgados ordinarios o especiales, versan sobre plurales delitos conexos, en cuya hipótesis no es ya el genérico artículo 14 el aplicable, sino el específico artículo 18 previsto precisamente para las de conexión definidos en el 17, preceptos todos ellos, de neta preferencia por su especialidad derogatoria de los principios ordinarios. Una vez sentada la notoria conexión de los diversos delitos enjuiciados, conforme a los escritos de sus calificaciones provisionales y en que se sostienen la existencia eventual de falsedades, cohechos y fraudes, el argumento del *forum delicti* al supuestamente infringido número 3.º del artículo 14 carece de relevancia a los efectos perseguidos de impugnar el Auto de la Audiencia de Madrid de 21 de enero de 1965 en que se resuelve no haber lugar a la declinatoria promovida, solicitando el mantenimiento de la competencia de Valencia, pues no ventilándose ya cuestiones locales de comisión real de los hechos delictivos, sino el extremo formal de la gravedad de las calificaciones, según el módulo pre-

ferente que para los casos de conexión pone el número 1.º del artículo 18, es obvio que existiendo en la calificación de una parte acusadora como es la del Abogado del Estado, un delito de falsedad documental llevada a cabo en Madrid y que es de mayor gravedad que los de cohecho y fraude, a dicha calificación hay que atender para resolver la competencia, como se resolvió en instancia, sin que enerven esta correcta decisión las alegaciones del recurrente sobre la no constancia de dicho delito en la calificación fiscal, ni otros extremos sobre la procedencia o improcedencia del delito de falsificación que afectarían al fondo del asunto, ni tampoco las consideraciones *de lege ferenda* que pugnan con el claro tenor del precepto positivo vigente. (Sentencia 22 octubre 1965.)

c) *Cuestión de competencia*: Por el Juzgado de Instrucción de Hospitalet se incoó sumario en virtud de denuncia formulada por P. G. contra su esposo por el delito de abandono de familia, hecho ocurrido en la ciudad de Zaragoza, donde su esposo abandonó el tren en que viajaban con destino a Barcelona, para vivir en casa de la madre de la denunciante, sita en Hospitalet. El esposo se fue de Zaragoza a Sevilla a vivir con una hermana suya por lo que el Juzgado de Hospitalet acordó inhibirse del conocimiento del sumario en favor del de igual clase, que corresponda, de los de Zaragoza. El Juzgado de Zaragoza no admitió la inhibición propuesta, en base a que el delito de abandono de familia se comete en el lugar donde ésta tiene su sede y como éste no es Zaragoza, procedía rechazar dicha inhibición.

El T. S. resuelve la competencia en estos términos: «Las resoluciones judiciales no pueden fundarse en supuestos, y en estos casos, sólo hay una manifestación de la denunciante de que el denunciado cambió de tren en Zaragoza, y en un simple cambio de destino en un viaje no significa comisión de un delito de abandono de familia, pues de existir éste, es cuando se incumplen los deberes legales de asistencia, sería Hospitalet el lugar de su comisión pues es donde trasladaba la residencia con la mujer y los hijos y donde tenía que cumplir sus obligaciones y, por tanto, es de aplicación el número 2.º del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.» (Sentencia 30 noviembre 1965.)

2.—MINISTERIO FISCAL Y ABOGADO DEL ESTADO: *Exclusividad del primero en el proceso penal*: En los delitos públicos está reservado por la Ley el ejercicio de la acción penal al Ministerio Público dentro de los principios de legalidad y oportunidad, al ofendido con sus representantes parientes y al acusador particular o el popular; las acciones de resarcimiento quedan a los perjudicados que postulan por medio de los acusadores o directamente como responsables subsidiarios o actores civiles, limitados estos últimos a lo que pueda afectar a las restituciones, reparaciones e indemnizaciones, y a pesar de la marcada diferencia entre ellos, pues mientras los actores civiles se personan espontáneamente, atacan y reclaman sus derechos, los responsables subsidiarios son llamados a completar la incapacidad del reo en la responsabilidad civil y se defienden; pero ninguno de ellos es titular del bien jurídico lesionado con el hecho punible; recurre el Abogado del Estado, por la responsabilidad civil subsidiaria e impugna la sentencia el único motivo por infracción de ley, oponiéndose el Ministerio Fiscal por falta de legitimación,

ya que el representante del Estado critica la aplicación del artículo 565, número 2.º del Código penal en relación con el 407 y el 27 c) del de la Circulación, acción penal que no le compete, sin que permanezcan indefensos los intereses colectivos por la actuación del otro representante oficial y su defensa, según se razona anteriormente para desestimarlos. (Sentencia 25 octubre 1965.)

3.—PARTES: *Responsable civil subsidiario*: La razón y fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria establecida en el artículo 22 de la Ley sustantiva penal es la consecuencia obligada de la utilidad o beneficio de cualquier clase que sea, que reporta al dueño del vehículo el trabajo o encargo que realizaba el procesado por cuenta de aquél cuando se produjo el daño por la imprudencia cometida por el conductor. (Sentencia 23 diciembre 1965.)

La responsabilidad civil subsidiaria de los amos, a consecuencia de los delitos o faltas cometidos por su dependientes, se establece por razón del servicio que les prestan, de las ventajas que les reportan en el cumplimiento de sus obligaciones, causa del vínculo mutuo que desaparece cuando los segundos obran por su cuenta, por voluntad no sometida a la disposición del dueño, el cual no puede estar obligado a vigilar la conducta del dependiente más que dando su órdenes concretas de las que será responsable, no a elegir hasta el extremo de prever las reacciones personales fuera de las ordinarias de pericia y normal comportamiento. (Sentencia 21 septiembre 1965.)

No es exacto que el artículo 22 del Código penal limite el campo de la subsidiariedad a las relaciones formalmente laborales, aunque éstas sean las más frecuentes, sino que es susceptible de extenderse a los propietarios o amos, a que su texto alude, siempre y cuando que el dependiente obrase en actividades propias de su situación y en beneficio de aquéllos, es decir, en cumplimiento del principio *cuius commoda* que constituye la razón del precepto, lo que se acreditó suficientemente en el caso de autos en que el procesado conductor del vehículo propiedad de su esposa, beneficiaria del servicio en que de hecho era dependiente suyo en el aspecto del vínculo estrictamente patrimonial, debe responder civilmente. (Sentencia 23 septiembre 1965.)

De la doctrina sentada por este Tribunal en la interpretación y aplicación del artículo 22 del Código penal, conviene recordar los puntos siguientes: Primero. Que no es absolutamente indispensable que el nexo o relación que ha de mediar siempre entre el criminalmente responsable del delito o falta y el presunto responsable civil subsidiario, tenga carácter estrictamente jurídico. Segundo. Que es indiferente que dicha relación sea onerosa o gratuita. Tercero. Que también es irrelevante que el referido nexo tenga naturaleza permanente o sea puramente ocasional, circunstancial o accidental. Cuarto. Que, en cambio, es imprescindible que en virtud del repetido nexo surja una situación de dependencia, de tal índole que el autor de hecho constitutivo de la infracción criminal no ha de obrar únicamente según arbitrio, sino que ha de hacerlo sometido, potencialmente cuando menos, a la superior dirección y a la posible intervención del pretendido responsable civil subsidiario, el que en tal situación viene a ocupar la posición de *dominus*. (Sentencia 30 septiembre 1965.)

Postula la no aplicación del artículo 23 del Código penal que sirvió de base a la Sala para acordar la subsidiariedad, las razones aducidas por el recurrente no invalidan las más poderosas del quinto Considerando de la sentencia, que lejos de pecar de la heterodoxia jurídica, que el recurrente le achaca, se ajusta a la mejor doctrina científica y jurisprudencial en torno al debatido precepto, que no se limita a configurar la responsabilidad civil subsidiaria bajo el supuesto de dependencia laboral, al que no es asimilable evidentemente el conyugal, sino que comprende también extensiones a título de participación en empresas, como era la constituida de hecho por ambos responsables al ser la esposa no sólo dueña del vehículo, sino beneficiaria del servicio prestado, su marido conductor del mismo en el negocio común del transporte de cervezas. (Sentencia 30 noviembre 1965.)

4.—OBJETO DEL PROCESO: A) *Acción penal: En los delitos públicos*: En los delitos públicos está reservado por la Ley el ejercicio de la acción penal al Ministerio Público, dentro de los principios de legalidad y oportunidad, al ofendido con sus representantes parientes y al acusador particular o el popular. (Sentencia 25 octubre 1965.)

b) *Acción civil: Renuncia*: La renuncia a la indemnización de los daños y perjuicios derivados de un hecho constitutivo de delito o falta, como declaración unilateral de voluntad abdicativa de un derecho de crédito, está sujeta a los requisitos estatuidos en las normas especiales que disciplinan tal negocio jurídico (arts. 25 del C. p., en relación con el 4.º y 1.187 y siguientes del civil, y 106 a 112 de la L. E. Crim.), a las generales sobre validez de los negocios jurídicos que puedan extraerse del ordenamiento particular de las obligaciones y contratos (en cuanto a la capacidad —aludida en el párrafo 2.º del art. 109 de aquella Ley—, vicios de la declaración de voluntad en el citado art. 25 del C. p. y en los 108 y 110, párrafo 2.º, de la L. E. Crim.—, discordancia entre la declaración y la voluntad, objeto, causa, forma, etc.) y, en su caso, a las reglas sobre un determinado tipo de negocios jurídicos, como, por ejemplo, los patrimoniales de derecho de familia. Dentro de esta última esfera, que es en la que ha de situarse el problema resuelto, en lo que ahora importa, por el fallo recurrido, debe notarse que con la muerte instantánea del interfecto, surgió a favor de cada uno de sus tres hijos y herederos un derecho de crédito, dirigido a la reparación del daño experimentado por las ropas del fallecido y a la indemnización de los perjuicios materiales y morales causados con la muerte a dichos familiares (arts. 101 núm. 2.º y 3.º, 103 y 104 párrafo 1.º, del C. p.), que pasó automáticamente a formar parte de su respectivo peculio, sujeto a la administración de su madre viuda, por tratarse de hijos menores no emancipados (art. 159 del C. c.). Según resulta del artículo 163, párrafo 1.º, del mismo Código, los padres, relativamente a los bienes del hijo en que les corresponde la administración, son una especie de gestores, que tienen las obligaciones propias de todo administrador, entre ellas, la de conservar sin menoscabo el peculio de sus hijos, y si bien la administración de aquellos bienes comporta la representación de los hijos en los asuntos patrimoniales, dicha representación, como también se infiere del número 1.º del artículo 155 del propio Código, solamente abarca los actos que puedan redundar en provecho de los hijos. La virtualidad de este

principio capital se manifiesta singularmente en materia de actos de disposición que afecten a la sustancia del peculio, para algunos de los cuales proporciona normas especiales de control nuestro Código civil, como los referentes a la enajenación de bienes inmuebles, sujeta a la previa autorización judicial (art. 164) y los relativos a la transacción sobre objeto cuyo valor exceda de 2.000 pesetas, sujeta en su eficacia a la aprobación judicial (art. 1.810, párr. 2.º), mas la existencia de estas reglas específicas no significa ni puede suponer que, fuera de los casos previstos expresamente en ellas, queden totalmente excluidos del control judicial los demás actos dispositivos realizados por los padres en nombre de sus menores hijos, actos que, sin hacer cuestión ahora de la aplicabilidad al caso del número 3.º del artículo 2.011 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dada su discutida vigencia, no requerirán ciertamente para su validez o eficacia la previa autorización o la posterior aprobación, discernida judicialmente en acto de jurisdicción voluntaria, pero sí podrán ser objeto de una declaración jurisdiccional de ineficacia liberatoria cuando, a su vez, la impugnación del acto, fundada en haberse excedido el padre o madre en el ejercicio del poder dispositivo-representativo que le confiere la Ley, sea objeto principal o secundario de un proceso. Constituyendo o pudiendo constituir el objeto secundario del proceso penal la acción civil derivada de un hecho tipificado por la Ley como delito o falta (art. 100 de la L. E. Crim.), compete a la jurisdicción criminal conocer y decidir si concurre alguna causa extintiva de aquella acción o de la responsabilidad civil (art. 142, último párrafo, y 742, párrafo 2.º, de la misma Ley), en particular, de la eficacia de la renuncia a la indemnización efectuada con o sin expresión de su causa, pudiendo resolver, por consiguiente, que la renuncia es incícaz, total o parcialmente, por no haberse obtenido la aprobación judicial necesaria o por el meritado exceso de poder, habida cuenta, de esta hipótesis, de las circunstancias de hecho concurrentes en el momento de realizarse la renuncia, cualquiera que haya podido ser el posterior resultado efectivo en el orden económico, y en atención, muy especialmente, al fin de tal poder dispositivo-representativo, que no es otro que el de la conservación y aumento del peculio del hijo, así como el fundamento y naturaleza de la relación básica, la patria potestad, institución enderezada esencialmente a la protección y asistencia de los sujetos a aquella. En el proceso penal, sometido a distintas exigencias que el civil en materia de congruencia, el órgano jurisdiccional ostenta la potestad indicada, entre otros supuestos, siempre que habiendo mediado una renuncia a la acción civil o a la reparación o indemnización de los daños y perjuicios, se ponga en tela de juicio la eficacia de la misma, merced a la pretensión, deducida por la parte legitimada para ello se que, no obstante aquella renuncia, se condene a los presuntos responsables civiles a la reparación o indemnización aludidas, que es lo sucedido en el caso ahora enjuiciado, donde el Ministerio Fiscal, legitimado por el artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el ejercicio de la acción civil, solicitó se condenase al procesado y al hoy recurrente, en concepto de responsables civiles directo y subsidiario, respectivamente, al pago de la «indemnización de 20.000 pesetas a los herederos del fallecido, con independencia de las ya abonadas». La referida potestad judicial, por no ser puramente discrecional



ni fundarse exclusivamente en motivaciones de índole ética, económica o social, como pudieran ser las de humanidad, caridad, equidad, desigualdad de riqueza, necesidad, etc., sino por tratarse de una potestad reglada, sometida en su uso a los preceptos indicados o examinados anteriormente, lleva consigo el inexcusable deber formal, exigible a los juzgadores de instancia, de consignar en el Resultando o Resultandos de hechos probados, aquellos datos fácticos enlazados con la cuestión de la eficacia de la renuncia, que luego han de resolver en el fallo (art. 142, regla 2.ª, de la L. E. Crim.) y de consignar en los Considerandos los fundamentos doctrinales y legales de la calificación de los hechos que se hubieren estimado probados con relación al mismo tema (regla 4.ª, núm. 4.º del propio artículo). Sobre estas bases, no puede ser estimada la infracción de los artículos 25 del Código penal y 106 y 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, porque cuando estos preceptos mencionan la renuncia como causa extintiva de la responsabilidad o de la acción civil, claro es que se refieren a la renuncia válida y eficaz, no a la nula o ineficaz en derecho; en segundo término, porque lo que se denuncia en el desarrollo del motivo, no es la falta de fundamentación del pronunciamiento del fallo por el que se condena al recurrente a indemnizar a los perjudicados herederos menores de edad del fallecido en la suma de 75.000 pesetas con independencia de la cantidad ya percibida, por faltar en el caso concreto los supuestos imprescindibles para declarar la ineficacia de la renuncia, sino lo que se arguye es la falta de fundamentación de dicho pronunciamiento por carecer el juzgador de potestad para conocer y decidir tal cuestión, tesis errónea, conforme se ha procurado razonar en los Considerandos precedentes, y, en último lugar, porque, en contra de lo alegado por el recurrente, no es cierto que aquella declaración de ineficacia, contenida implícitamente en el fallo impugnado, debía de acarrear la de nulidad de la indemnización satisfecha, y nunca la condena a una indemnización complementaria, pues lo que el Tribunal de instancia viene a proclamar ineficaz es la renuncia a toda indemnización superior a las 110.000 pesetas recibidas, no la nulidad del pago parcial antes efectuado. (Sentencia 18 diciembre 1965.)

5.—EL PROCESO PENAL «STRICTO SENSU»: A. Prueba: a) *Doctrina general sobre la apreciación*: El Tribunal de instancia es el único facultado para declarar la pertinencia de la prueba, según el artículo 659 de la Ley. (Sentencia 3 diciembre 1965.)

La facultad discrecional que el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal concede al Tribunal para apreciar libremente y en conciencia las pruebas practicadas, se refiere tanto a la responsabilidad criminal como a la civil derivada del delito enjuiciado según previene el artículo 19 del Código penal; y fijada la existencia y cuantía de esa responsabilidad en la declaración de hechos probados, no puede extenderse el alcance de la misma en el fallo de la sentencia más allá de los límites fijados por el Tribunal en la declaración de *facto*, porque siendo el órgano jurisdiccional libre para determinarla con arreglo a las normas de los artículos 101, 102, 103 y 104 del citado Código, estos preceptos resultarían infringidos si además de los daños declarados probados se condenase al pago de otros que careciesen

de antecedentes en la propia resolución del Tribunal; y de aquí la procedencia de acoger el motivo del recurso, toda vez que en la sentencia impugnada se declara como hecho probado que el tranvía propiedad de la Empresa Municipal de Transportes sufrió daños valorados en 500 pesetas y en el fallo se condena a pagar una cantidad muy superior sin que en parte alguna de esa sentencia se haga alusión a que la citada Empresa experimentara otros daños. (Sentencia 28 septiembre 1965.)

b) *Confesión: Valoración*: La confesión bajo juramento indecisorio no excede de la condición de las declaraciones ordinarias. (Sentencia 11 octubre 1965.)

B. *Crisis procesales*: a) *Supuestos de suspensión del juicio*: Entre los casos previstos en el artículo 746 para la suspensión del juicio no figura el de la no comparecencia de los peritos. (Sentencia 3 diciembre 1965.)

b) *Rebeldía y paralización del proceso a efectos de prescripción*: Si el procesado ha permanecido en rebeldía desde el 8 de julio de 1963 hasta el 11 de marzo de 1965, en que fue habido y prosiguió el trámite de la causa contra el mismo, de donde se deduce que de una a otra fecha no han transcurrido los cinco años a que se refiere aquel precepto, y aunque se afirma que el procedimiento estuvo paralizado desde el año 1957, mes de mayo, hasta el año 1963, mes de marzo, de las premisas de *facto* no aparece este hecho de manera evidente, ni en las mismas se afirma como corresponde al particular a que se refiere, quedando solamente en pie la paralización del procedimiento durante aquella fecha, que no alcanza el período legal a efectos de prescripción de los delitos, y debido a ello hay que afirmar que lo así alegado carece de todo fundamento a fines que se mencionan en tal motivo, en el que no se respetan, como debiera, y es obligado, aquellos hechos. (Sentencia 15 diciembre 1965.)

C. *Teoría general de las resoluciones judiciales: Recurribilidad*: El que se decida mediante providencia lo que debió hacerse por auto, no constituye obstáculo para interponer recurso de súplica contra tal resolución, conforme al artículo 236 en relación con el artículo 141, según recuerda la circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1889. (Sentencia 14 diciembre 1965.)

D. *Sentencia*: a) *Declaración de hechos probados*: Los Tribunales de instancia sólo están obligados a hacer expresa y terminante declaración de los hechos que estimen probados y que guarden relación con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, sin que sea preciso que consignen los que no han resultado probados. (Sentencia 19 octubre 1965.)

b) *Contenido de fondo de la sentencia*: En la resolución dictada en causa seguida por delito de adulterio, se condena a los procesados como autores responsables de tal delito, de conformidad con lo establecido en el artículo 449 del Código penal, que sanciona una infracción de tal naturaleza, la cual subsiste, y es de estimar en su caso no obstante lo que se alega con respecto al particular de haber denegado el procesamiento de los querellados, por auto de 12 de septiembre de 1962, cuyo auto por no tener carácter definitivo no impide ni limita las facultades del perjudicado, para en cualquier momento, instar el curso del procedimiento, aún archivado, con la finalidad

de determinar en lo posible los hechos objeto de la querrela, que de comprobarse con la nueva investigación pedida, que no la prohíbe la Ley, pueden tener como consecuencia una situación procesal distinta, que fue lo ocurrido en este supuesto, con el consiguiente procesamiento de aquéllos, del que vino derivado el auto de 15 de marzo de 1963, resolutorio de la nulidad de actuaciones interesada por la procesada M. L. R., solicitud deducida por la otra parte en idéntico sentido y denegada por providencia de 22 de mayo, donde se alegó además indefensión por haber decidido en providencia lo que debió hacerse por auto, extremo que según se deduce de la providencia de 29 de igual mes, no constituye obstáculo para interponer recurso de súplica, ya que según la circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1889, si impropia se califica de providencia lo que debía ser auto, pues resolvía una cuestión esencial relacionada con el fondo de la causa, cabe el recurso de súplica contra tal resolución, conforme al artículo 236 en relación con el 141 y declaradas firmes tales providencias por la de 12 de junio, en atención a las razones que allí constan, en esta última se ordenó el cumplimiento de lo dispuesto respecto a formalizar la calificación del procesado M. C. la representación de la otra procesada había ya calificado, en cuyos escritos se insiste en lo que se viene manteniendo, con base en lo acordado en el mismo auto, petición que no podía acoger la sentencia dictada por el Tribunal de instancia, porque lo que la sentencia penal debe resolver son los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa relacionados con el delito o delitos, participación de los procesados, circunstancias modificativas y responsabilidades civiles en su caso, como se expresa en su artículo 142, sin que quepa hacer pronunciamientos sobre cuestiones procesales que debieron quedar resueltas en su tiempo y que no son materia o contenido por su misma naturaleza de una resolución de ese tipo, reservada por la Ley a decidir definitivamente la cuestión criminal. (Sentencia 14 diciembre 1965.)

c) *Denegación implícita de peticiones*: La Sala sentenciadora, no viene obligada a recoger todas las alegaciones de las partes y sí solamente aquéllas en las que vaya a fundar su fallo, entendiéndose, según doctrina reiterada de esta Sala, que aquellas peticiones que no se acogen, se entienden denegadas aunque no se haga de una forma expresa. (Sentencia 4 octubre 1965.)

d) *Congruencia de la sentencia penal*: El proceso penal está sometido a distintas exigencias que el civil en materia de congruencia. (Sentencia 18 diciembre 1965.)

e) *Planteamiento de la tesis*: Para aplicar el Tribunal circunstancias atenuantes o agravantes no tiene que hacer uso de la tesis del artículo 733 de la Ley. (Sentencia 17 noviembre 1965.)

f) *Imposibilidad del sobreseimiento en la sentencia*: En acatamiento a las disposiciones del párrafo 5.º de la regla 4.ª del artículo 142 y del 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Tribunal de instancia viene obligado a resolver en la sentencia todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio, condenando o absolviendo a los procesados de aquellos delitos que hayan sido objeto de la acusación y defensa, sin que pueda el Tribunal emplear en este estado del proceso la fórmula del sobreseimiento respecto

de los acusados a quienes crea que no debe condenar, fórmula que en modo alguno puede ser sustituida por el acuerdo de deducir testimonio de los particulares del acta del juicio oral que hagan referencia a la comisión de otros posibles delitos dolosos, cuando éstos, como puntos a debatir, en sus facetas de *facto* y de *jure*, hayan sido introducidos formalmente, es decir, en su momento y forma, que no es otro que el escrito de conclusivos, ni aun con el pretexto, más o menos fundado, de falta de la suficiente instrucción sumarial, pues ello conduciría a eludir el insoslayable mandato de resolver todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa; y como en el caso contemplado dos de las acusaciones privadas sostuvieron en sus escritos de conclusiones provisionales, elevadas a definitivas, la tesis, rebatida por la defensa del procesado, de la existencia del delito de daños por imprudencia que mantenían el Ministerio Fiscal y la otra acusación privada, y además del delito doloso de daños, éste de manera alterna, y de los de simulación de delito y de tentativa de estafa, tesis que una de estas partes mantuvo en el sumario desde su personación a modo de querrela, y la otra con posterioridad a aquella, practicándose la oportuna prueba o la que creyeron conveniente solicitar, tanto en el sumario como en el juicio oral, y en aquel, incluso después de haberse dictado, por acuerdo de la Sala, auto de procesamiento por un acto de imprudencia, por lo que el recurrente soportó en todo momento la posibilidad de ser condenado a las graves penas contra el mismo solicitadas por los referidos querellantes particulares, acusaciones de las que en forma procesal se defendió, teniendo derecho a que se resolviera su situación en una u otra forma, condenatoria o absolutoria, pero de manera definitiva, sin otras dilaciones no autorizadas por la legalidad en vigor. (Sentencia 26 octubre 1965.)

6.—IMPUGNACIÓN DEL PROCESO: *Recurso de casación*: a) *Casación por infracción de Ley*: a') *Artículo 349, número 1.º*: No procede el de infracción de Ley, como se ha dicho reiteradamente por la doctrina de esta Sala, cuando son normas procesales las que se estiman vulneradas, por no tener éstas el carácter de preceptos sustantivos penales. (Auto 16 septiembre 1965.)

El principio general de derecho *non bis in idem* y el artículo 668 de la Ley de ritos no pueden ser materia de casación, puesto que no se trata de preceptos penales sustantivos o de otras normas del mismo carácter que deban ser observados en la aplicación de la Ley penal. (Sentencia 2 noviembre 1965.)

Los dos motivos coinciden en estimar infringidos por indebida aplicación el párrafo 4.º de la base 5.ª de la Ley de 22 de diciembre de 1960, en relación con las disposiciones adicionales 1.ª y 4.ª de la misma, aciertan en lo que atañe en la no aplicabilidad directa de los textos de leyes de bases, que efectivamente carecen de vigor en tanto que no han sido articulados ni vinculan hasta entonces a los Tribunales de Justicia en lo penal, pero habida cuenta que lo que se aplicó en el presente caso no fueron estrictamente tipologías ni penas de la Ley de Bases, sino en la disposición transitoria 4.ª que fuera ya de tal cualidad normativa ostenta la de precepto legal autónomo y vinculante, por cuanto que deroga la Ley de emigración precedente, de 1924, pero hace la salvedad de la vigencia de las disposiciones reglamentarias.

en tanto que no se dicten las previstas por la nueva, es evidente que no se infringió sino que se cumplió el precepto adicional citado, y que no existió el *hiatus* de *vacatio legis* que los recurrentes aluden para estimar atípicos los actos de reclutamiento de emigrantes perpetrados. (Sentencia 18 noviembre 1965.)

Es de sobra sabido que los motivos amparados en el número 1.º del artículo 849 de la Ley procesal penal, no pueden tener otro apoyo fáctico que el que le presten los hechos declarados probados en la resolución impugnada. (Sentencia 27 noviembre 1965.)

b') *Artículo 849, número 2.º: Error de hecho y documento auténtico:* Aun cuando es cierto que la Ley no define y la teoría científica no enseña, cuáles documentos sean los que se reputan propiamente auténticos, ha venido la jurisprudencia, en cada caso, y son múltiples, llenando ese vacío y determinando cuáles así deben entenderse; estando todas contestes en que no pueden así ser considerados aquellos que contienen declaraciones, bien de las partes o testigos: las diligencias de careo entre aquellos que le han prestado; las certificaciones que acrediten sólo la profesión u oficio de los litigantes y aquellas que se limitan a transcribir resoluciones dictadas por los Tribunales; los poderes y autorizaciones en cuanto se reducen a conferir la representación; los oficios o comunicaciones de Organismos y las actas notariales; aquéllas, las primeras, porque están sometidas al ponderado juicio de los Juzgadores y sus manifestaciones no les vinculan para ser aceptadas, como verdades inconcusas; otras, las segundas, porque las actuaciones judiciales, en general, aun siendo donde están contenidas documentos públicos, quedan ligadas al libre enjuiciamiento del Tribunal sentenciador y las que aquí se citan se refieren tan sólo, a actuaciones derivadas de otros procedimientos, de trascendencia indirecta para este caso; y las últimas, las terceras, por cuanto las comunicaciones u oficios, no son nunca documentos públicos, en principio, y las actas notariales, sólo demuestran por sí, aquello que los intervinientes han expuesto en presencia del fedatario, pero no de la veracidad intrínseca de tales declaraciones, por escapar éstas de la apreciación notarial. (Auto 16 septiembre 1965.)

Uno de los factores integrantes de la autenticidad intrínseca, material o de fondo, que además de la extrínseca o formal exige el número 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para que un documento pueda ser invocado eficazmente en casación evidente padecida por el Juzgador de instancia al apreciar las pruebas practicadas en el juicio, es el de la literosuficiencia, factor que concurre cuando el documento tiene en la literalidad de su texto la suficiente fuerza explicativa del hecho que el recurrente trata de oponer o de superponer al declarado probado en la sentencia impugnada, y que, por el contrario, falta cuando el hecho acreditado fehacientemente por el documento necesita el complemento de otros datos que yacen fuera del texto del mismo y sin los cuales el hecho documentado deviene inocuo en esa órbita procesal específica. (Sentencia 23 septiembre 1965.)

Si es nota característica del documento auténtico el ser vehículo de una verdad evidente, por sí mismo prueba frente a cualquiera otra, el cuerpo del delito es una verdad puesta a discusión, cuya veracidad y eficacia ha de

someterse al contraste de los restantes medios de probanza; por ello ha de aceptarse como inicio y tenerse en cuenta para formar el estado de conciencia del Tribunal con el conjunto de diligencias para dictar resolución, impugnabile en recurso por quebrantamiento de forma si no se guardó respecto a él la regla procesal, o por infracción de ley se infringió algún precepto referido a dicho escrito. (Auto 24 septiembre 1965.)

Apareciendo en el testimonio de la diligencia de lanzamiento del local de negocio que como arrendatario ocupaba el procesado, y que consta unido al sumario documento auténtico invocado por el recurrente, que tal diligencia tuvo lugar el día 23 de enero del año 1956 y no del 55 como dice la sentencia recurrida, es procedente acoger el motivo del recurso para subsanar tal error, pues aunque éste pudiera ser meramente mecanográfico, dada la trascendencia que tal fecha tiene en relación con los demás motivos del recurso, debe quedar puntualizado con toda precisión cuándo tuvo lugar el lanzamiento para enjuiciar la conducta del arrendatario. (Sentencia 21 octubre 1965.)

La causa de impugnación del número 2.º del artículo 849 de la citada Ley no ha sido introducida en nuestro proceso penal para abrir un cauce a la revisión crítica de cuantas pruebas hubieran podido practicarse en el juicio oral, ni aun para dar entrada a la posibilidad de demostrar la escasa o nula fuerza suasoria de algunos de los medios probatorios que sirvieron al juzgador *a quo* para formar su convicción, convirtiendo así la casación en una segunda instancia de contornos más o menos dilatados, sino que su ámbito es de mayor angustura y su naturaleza la propia del recurso casacional, pues aquél queda reducido a conceder la oportunidad de evidenciar la relación de contradicción existente entre un hecho auténtico y un hecho probado, es decir, entre un hecho acreditado autónomamente por un documento que por gozar de autenticidad extrínseca e intrínseca y por no hallarse desvirtuado por otras probanzas, está dotado de un privilegiado rango jurídico-procesal, y un hecho de los fijados formalmente en su sentencia por el Tribunal de instancia. (Sentencia 22 octubre 1965.)

El ámbito del motivo por error de hecho ha de ser necesariamente restrictivo, por ser atentatorio a los principios esenciales de la casación penal. (Sentencia 4 noviembre 1965.)

En la parte que tienen autenticidad a efectos de casación, las diligencias de inspección ocular practicadas por el Juez de Instrucción, acreditan que en el borde de la alcantarilla había, en el momento de su práctica, un fallo o socavón y que algunas de las piedras del ribazo que sostiene el paseo lateral, se ven en el suelo o fondo con signos evidentes de haber caído recientemente; pero de estos datos, que constan en el relato primero no se pueden deducir consecuencias distintas de las que el Juzgador, apreciando en conjunto todas las practicadas, dedujo, al afirmar «que el fallo o socavón no consta si existía anteriormente o fue producido por el paso de la rueda delantera derecha, única que pasó, pues la trasera del mismo lado no pasó sobre dicho fallo»; y en cuanto al otro extremo del acta del folio 140 del sumario no reviste autenticidad por tratarse de prueba pericial, practicada durante la inspección ocular, en la que, además, el perito sólo alude a «la

posibilidad de pivotar la furgoneta al quedar empotrada su rueda trasera derecha o deslizarse en el piso del andén de la carretera, pudiendo existir otros motivos», según el mismo perito. (Sentencia 8 noviembre 1965.)

El error no puede nacer más que de la discrepancia entre lo afirmado por la sentencia y lo que aparece en documentos auténticos, al punto de que una y otra afirmación sean incompatibles o contradictorias; cosa que no ocurre cuando se trata de completar o suplir el relato de hechos probados con datos que aparecen en documentos que tuvo a la vista el Tribunal sentenciador y no creyó oportuno llevarlos a la narración fáctica como intrascendentes para la calificación del hecho enjuiciado, ya que entonces se vería mermada la facultad del órgano jurisdiccional para plasmar en tal narración el resultado de las pruebas apreciadas en conciencia y no con arreglo a módulos determinados, conforme la autoriza el artículo 741 de la citada Ley procesal. (Sentencia 23 noviembre 1965.)

Se vierte el problema del error en la prueba fundado en la oposición entre los informes de la Clínica Neuro-psiquiátrica y de la Clínica Médico Forense ambas del Hospital Provincial de Madrid, en los cuales se diagnostica la esquizofrenia paranoide del inculpado, aunque se omite la Clínica primero citada diagnosticó en segundo examen «personalidad psicopática», y la declaración del Tribunal acerca de la personalidad psicopática afectada de un desarrollo delirante con alteración caracteriológica; problema de doble aspecto; el procesal situado en el párrafo 2.º del artículo 855 de la Ley citada, carácter auténtico del documento del que se hallan desprovistos los informes aunque provengan de centro oficial sobre su cometido, pues serán fehacientes sobre hechos, situaciones definitivas que no admitan alteración ulterior, mas no para dar fe sobre juicios, opiniones técnicas que permitan las contrarias, y no son vinculantes por ello para el Tribunal; por eso no son estimables como documentos auténticos de verdad evidente y a este respecto es aplicable ahora la causa de inadmisión 6.ª del artículo 884 de la repetida Ley; otra faceta presenta la discrepancia entre los informes y los hechos declarados acerca de la personalidad del recurrente, lógica por los diversos campos de la causalidad psicológica y la valoración que corresponde al Tribunal, y no en cauce para la demostración de error, sino para el quebrantamiento de forma. (Auto 25 noviembre 1965.)

Si bien el acta del juicio oral por su forma externa y por la fe pública judicial del funcionario que la autoriza, tiene la calidad de documento auténtico a efectos de casación, esta condición sólo se extiende a acreditar la realidad del acto celebrado, de las personas que intervinieron y en qué concepto y de lo que dijeron, pero el fedatario no tiene virtud para conceder el carácter de verdad incontrovertible a sus manifestaciones, y también en su aspecto negativo, acreditó que determinada persona no compareció, como todas las que no figuran por sus nombres en la misma, pero de esta cierta ausencia, cuya causa motivadora se ignora, no puede deducirse que sea un sistema revelador de su falta de convicción en su propia versión de los hechos daña en el sumario, y extraer de ello consecuencias favorables al recurrente, y contrarias a las que plasmó el juzgador de instancia en la relación fáctica, conforme a su estado de conciencia, después del examen conjunto

de la prueba, sustituyéndola por el criterio del recurrente sin sustento alguno en documento con fuerza legal para mostrar con evidencia el error del Tribunal de Instancia. (Sentencia 30 noviembre 1965.)

El error de hecho en la apreciación de las pruebas no puede ser otro, según viene declarando esta Sala, que el resultante de un discrepancia entre la realidad declarada por la sentencia y la que aparezca en documentos auténticos, no desvirtuadas por otras pruebas, no pudiéndose ofrecer por tanto como error de hecho el silencio u omisión en la narración de *facto* de hechos o circunstancias que el recurrente estime debieron recogerse de la prueba documental, porque ello implica un problema de redacción, forma de relatar el suceso, que puede ser materia de otro recurso, pero no de infracción de ley como el interpuesto; por eso al no hacer la sentencia referencia alguna a la visibilidad del camión aparcado, no se puede decir que incidió en error de *facto*, al no consignar que era visible con luces de cruce a 60 metros de distancia, y largas a 270, según lo comprobó el Juez de Instrucción con un coche distinto del siniestrado, para obtener de esa observación la conclusión que interesa a su defensa. (Sentencia 30 diciembre 1965.)

b) *Casación por quebrantamiento de forma*: a') *Doctrina general e improcedencia en caso de acumulación de autos denegada*: A diferencia del recurso de casación por infracción de ley que cabe con toda amplitud contra toda violación de precepto penal sustantivo, cuya especificación no se encuentra normada en los preceptos positivos, el de casación por quebrantamiento de forma, sólo procede contra las resoluciones que impliquen faltas en el procedimiento, que reúnan estas dos condiciones: 1.ª, que se encuentren fijadas y concretadas dentro del *numerus clausus* que especifica la Ley; y 2.ª, que se refieran al período comprendido en el juicio oral, desde su apertura, o al de dictar sentencia definitiva (arts. 350 y 351 de la Ley procesal), porque en términos generales, las faltas procesales cometidas en el sumario, tienen su sistema de recursos ordenado en relación al Tribunal superior al instructor, esto es, el Tribunal de la Audiencia. En el caso de estos autos, la supuesta falta procesal se encuentra ciertamente comprendida en el período de plenario correspondiente, pero no lo está en el ámbito del artículo 350 de la dicha Ley, y singularmente en el número 1.º del mismo que se invoca en la preparación del recurso y en su formalización, ya que no se trata de denegación de una diligencia de prueba propuesta en tiempo y forma, sino de una diligencia en todo extraña al propósito probatorio, propuesta como tal en el escrito de calificación provisional, incidiendo por tanto en un ámbito al que la casación no puede alcanzar, porque como tiene establecido esta Sala, acorde con el precepto legal, la casación por forma sólo puede interponerse con garantía de éxito alegando y demostrando la positiva concurrencia de alguno de los motivos que se especifican en los pertinentes preceptos de la Ley procesal, en este caso el 350, número 1.º, sin que puedan ampliarse por alguna interpretación extensiva o analógica a otros distintos, cualesquiera que sean la naturaleza o entidad de las faltas que hayan podido advertirse. Aparte de lo expuesto y de todo lo que pueda ir contra el rigor de este principio formalista que informa el recurso extraordinario de casación, en el presente caso la parte recurrente al denegársele por la Sala de ins-



tancia la petición de acumulación de autos solicitada, entabló recurso de súplica donde se ventiló la cuestión, y denegado que le fue el dicho recurso, consintió enteramente la resolución, contra la que no entabló protesta, ni formuló reserva alguna de recurso ulterior, como el que pretende ejercitar en estos autos, entablado con duplicidad y después de dictada sentencia. (Sentencia 11 noviembre 1965. Véase, además, la sentencia 17 noviembre 1965, en el epígrafe «Principios del proceso penal».)

b') *Denegación de diligencias probatorias* (art. 850, núm. 1.º): La denegación de prueba que puede dar contenido al recurso de casación ha de ser de prueba pertinente a juicio del Tribunal, único facultado para hacer tal declaración según el artículo 659 de dicha Ley, y además su omisión ha de producir indefensión a la parte que la propone, conforme viene declarando esta Sala; indefensión que no se produjo en el caso que motiva este recurso, porque la prueba pericial que no se practicó en el juicio oral había sido ya practicada en el sumario y por el mismo perito, al punto que al proponerla de nuevo en el escrito de calificación no se decía sobre qué otros extremos tenía que versar, limitándose a decir que era para ratificar y aclarar el informe emitido; y como este informe y su aclaración no podía ser vinculante para el Tribunal, y entre los casos previstos en el artículo 746 para la suspensión del juicio oral no figura el de la *no comparecencia* de peritos, y se trataba además de un procedimiento de urgencia en donde el Tribunal tiene que evitar con el mayor celo suspensiones inmotivadas según previene el artículo 801 de la citada Ley procesal, el Tribunal hizo uso adecuado de este precepto al no suspender el juicio ante la falta de un perito que ya había hecho la tasación de los objetos sustraídos, y cuya valoración puede fijar libremente el órgano jurisdiccional apreciando en conciencia las pruebas practicadas sin tener que someterse a lo que digan los peritos. (Sentencia 3 diciembre 1965.)

Admitida y declarada pertinente la prueba documental propuesta por la hoy recurrente respecto a un hecho que puede tener influencia en la responsabilidad civil en el sentido de servir de base a una excepción de pago, sea o no procedente, pues ésta es cuestión de Derecho que en su caso y día habría de resolver el Tribunal de instancia fundadamente, y denegada la práctica de tal prueba y la consiguiente suspensión del juicio, por lo que se formuló la correspondiente protesta, proceda estimar el único motivo del recurso de casación por quebrantamiento de forma. (Sentencia 19 octubre 1965.)

La no suspensión del acto del juicio oral por la incomparecencia de un testigo, no puede ser causa suficiente para integrar el quebrantamiento de forma del número 1.º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no suponer indefensión alguna la ausencia de quien depuso en el sumario y figuró como denunciante, apoderado del perjudicado, cualidad más bien de testigo de cargo que disminuía el interés que a efectos de defensa pudiera ofrecer su testimonio, que, por lo demás, constaba ya en autos. (Sentencia 7 diciembre 1965.)

La incomparecencia de testigos en el acto del juicio oral y el no acceder la Sala a la suspensión de sus actuaciones, no es razón suficiente para

justificar el quebrantamiento de forma propio del número 1.º del artículo 350 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, salvo que por ello se determine una efectiva indefensión para el reo, lo que no puede sostenerse en la ocasión de autos, al constar las declaraciones en el sumario y haberse desarrollado en instrucción y en plenario tan abundantes diligencias de prueba, que el Tribunal estimó suficientes para formar su convencimiento en el ejercicio de sus facultades soberanas. (Sentencia 9 octubre 1965.)

La falta de comparecencia del testigo prueba admitida y declarada pertinente, propuesto no sólo por la representación del recurrente, sino por la otra representación y por el Ministerio Fiscal, produce una clara indefensión, para aludida parte, al no haber podido apreciar la Sala juzgadora, las manifestaciones de ese único testigo, que pensaba utilizar en su defensa aludida representación, y conocer la causa y razón de la imputación que hizo al procesado, e igualmente el conocimiento y razón de tal aserto, así como las circunstancias que pudieran justificar una afirmación de tal naturaleza, en relación con el hecho que se enjuicia, pero en todo caso el Tribunal debió al acordar en el sentido expuesto, consignar las razones por las que estimó procedente la no suspensión del juicio, que no figura en la respectiva acta. Igualmente sucede con la prueba pericial admitida y declarada pertinente, y no practicada en el acto de la vista, por incomparecencia de los Sres. Peritos, que motivó la no suspensión del juicio, por acuerdo de la Sala, sin otra fundamentación, no obstante la petición formulada por la defensa de los procesados, teniendo en cuenta que esos señores Peritos emitieron dos informes contradictorios, en uno afirman que la carta en cuestión había sido suscrita por el procesado que resultó absuelto, y en el segundo sostienen que el autor de la carta, objeto del peritaje, fue el procesado G. B., contradicción que obligaba a su comparecencia y a expresar, por tanto, ante la Sala las diferencias observadas en uno y otro caso, con la finalidad de no llegar a producir perjuicios, al que se estimaba en definitiva autor de tal hecho. (Sentencia 30 octubre 1965.)

La facultad de la suspensión del juicio oral para la práctica de nuevas pruebas es discrecional de la Sala, y aunque sea revisable en casación, es preciso que para ello consten elementos suficientes, circunstancias que no concurren, pues el acta del juicio oral se limita a decir «Por la defensa del procesado M., se solicita la práctica de una información suplementaria para establecer las acusaciones que se formularon contra Pedro G. M., por el procesado M. y testigo Benito C., consistentes en que el G. se había apoderado de diversas mercancías» y con estos datos solamente no es posible afirmar en este trámite que era procedente la información suplementaria. (Sentencia 15 noviembre 1965.)

c) *Falta de claridad de los hechos probados* (art. 351, núm. 1.º, inciso 1.º): Para fijar la responsabilidad en un delito de robo, no es preciso que con todo detalle y minuciosidad describa los actos realizados por cada procesado, bastando como hace la sentencia recurrida declarar «de común acuerdo y en connivencia penetró por el montante» «apropiándose ambos procesados de lo sustraído», pues tales frases, revelan una unidad de propósito, concierto de voluntades y beneficio económico que cualquiera que sea la intervención

que cada uno tuvo, les hace responsables penalmente a los dos. (Sentencia 21 septiembre 1965.)

La sentencia denunciada contiene en la relación fáctica todos los datos que la Sala de instancia estimó probados y necesarios para describir la conducta del procesado y los topográficos precisos para hacer su acertada calificación jurídica, expresándolos en la forma clara y terminante exigida por la Ley, haciéndose innecesario consignar aquellos otros que el recurrente pretende referente a la anchura de los vehículos y de la calzada, bien porque la Sala no los consideraba precisos para determinar las causas del accidente o porque no los estimara suficientemente probados. (Sentencia 26 octubre 1965.)

Achaca falta de claridad a la narración de hechos por dos causas: no se explica en qué consistió la colisión dañosa, la cual no se compagina con la expresión «rozó» con que se describe el encuentro entre los vehículos y se atribuye al recurrente, y tampoco que no estuviese el mismo al servicio del propietario por estar embriagado; no le asiste razón en la primera, pues colisión proviene etimológicamente de *collido*, equivalente a chocar o rozar que en castellano son también sinónimos, y aunque el uso general designe con esta palabra el choque, son acepciones oficiales compatibles; en cuanto a la segunda es cierta la falta de claridad y al expresarse así la sentencia conculca lo mandado en el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, juicio valorativo impropio del lugar en que halla, pero no falta de claridad. (Sentencia 13 noviembre 1965.)

La declaración de hechos probados no ofrece los elementos suficientes para enjuiciar en Derecho la conducta del reo, pues al consignarse únicamente que éste conducía la furgoneta por el Puente de los Pontones en dirección a la Avenida del Manzanares y que al desembocar en esta vía cerró el paso a la motocicleta que marchaba en dirección al Puente de Toledo, se dejan fuera de la narración histórica aquellos otros datos que, unidos a los primeros, permitirían puntualizar si el hoy recurrente infringió un deber objetivo de cuidado y si tal infracción merece serle reprochada personalmente en atención a todas las condiciones relevantes que perfilarán el suceso, sin que dicha omisión quede totalmente subsanada por la circunstancia de que en el mismo Resultando se afirme que el hecho fue debido «a la falta de atención y precaución en la conducción» de la furgoneta, porque la falta de precaución es un concepto desvalorativo, más propio de los fundamentos jurídicos, que por sí solo no vincula al Tribunal de casación y porque la falta de atención, si bien denota el incumplimiento de un deber de diligencia, tampoco es suficiente para constituir al procesado en autor de un delito culposo, ya que habrá de relacionarla con los datos objetivos actualmente silenciados por la Audiencia, a fin de comprobar su conexión causal con el resultado típico y su trascendencia en orden a la culpabilidad del agente y grado de la misma, dentro de la clasificación que de la imprudencia hace la Ley penal, razones que llevan a estimar el motivo de quebrantamiento de forma. (Sentencia 16 noviembre 1965.)

No hay oscuridad alguna en la exposición de hechos probados de la sentencia recurrida, ya que de su simple lectura resaltan perfectamente descritas

las incidencias del accidente y, sobre todo, la conducta del procesado recurrente que es la que se enjuició en instancia y en el presente recurso, y si no se concretaron los datos cuantitativos de velocidad que en él se echan de menos, ello no sería susceptible de corregirse en nueva sentencia ni habría de influir decisivamente en la estimativa de las responsabilidades, nacidas no de dicho extremo sino de la incorrecta maniobra de toma de apertura en el ascenso de la calle. (Sentencia 22 diciembre 1965.)

d') *Contradicción entre los hechos probados* (art. 851, núm. 1.º, inciso 2.º): La contradicción entre los hechos probados ha de ser «manifiesta» como dice el texto legal, o sea, que resulte de afirmaciones que se excluyan y repelan recíprocamente dentro del mismo relato: contradicción que en modo alguno se observa en la narración circunstanciada de la sentencia recurrida, donde aparece un relato tan ordenado y racional del suceso, que basta su lectura para tener conocimiento cabal del hecho enjuiciado sin dejar lugar a dudas de cómo acaeciera, y sin que ninguna afirmación se oponga a otra. (Sentencia 25 octubre 1965.)

Se alega contradicción entre los hechos probados al decirse que la actitud violenta en que el procesado se produjo contra los agentes de la Autoridad, es incompatible con el hecho afirmado también de que uno de ellos sujetase al citado para que no se ausentase de la tienda de comestibles en que los hechos de autos tenían lugar, incompatibilidad que no aparece por parte ni aspecto alguno, ya que nada tiene que ver la actitud citada del agente con la circunstancia de que efectivamente quisiera ausentarse del local expresado, y en algún aspecto pudiera entenderse que si el agente sujetaba al procesado, era precisamente para evitar su ausencia o prevenir alguna otra consecuencia de su violenta actitud, en lo que pudiera verse su aspecto complementario derivado de la actitud del recurrente, pero no contradicción entre los hechos, y mucho menos con el carácter de radical o necesario, que se exige para admitir este motivo de recurso. (Sentencia 21 septiembre 1965.)

La contradicción entre los hechos que se declaran probados, el Ministerio Fiscal establece entre los siguientes términos: de un lado, al sentarse la sentencia impugnada que la procesada, movida por la perturbación de ánimo que se indica, tomó la escopeta de su marido, y siguiéndole hasta el cuarto de baño de la vivienda, accionó el gatillo del arma, produciendo el disparo que le alcanzó con consecuencias mortales, todo ello como resultado del estado de desesperación en que se encontraba la inculpada, y de otro lado, estableciendo que accionó el gatillo con notoria falta de previsión, porque creyéndola descargada no lo había comprobado previamente; argumento que merece ser estimado, tratándose como se trata de extremos tan fundamentales para la apreciación y consiguiente calificación de los hechos, porque no resulta comprensible cómo después de afirmar la Sala de instancia que la procesada hizo el disparo a consecuencia de la actitud de desamor de su esposo y obrando para desahogar la desesperación que la animó, lo que habla en definitiva de una acción intencionada, que aparece perfectamente ligada a los antecedentes de la acción enjuiciada, que en las circunstancias especiales que se detallan en la relación fáctica, bien pudo ofuscar, aunque fuera momentáneamente a la inculpada hasta suscitar en ella un *animus necandi*,

pueda afirmar después la misma sentencia que la inculpada utilizó el arma con notoria falta de previsión, por creerla descargada; atribuyendo, en suma, al hecho central y básico de la conducta de aquélla, dos motivaciones diversas, como son la desesperación y la falta de previsión, que resultan opuestas para entender el verdadero y auténtico móvil del acto enjuiciado, y de una importancia tan trascendental por sus consecuencias jurídicas, que hacen un obstáculo que impide a esta Sala llegar a una clara inteligencia del punto más esencial del relato de hechos que se declaran probados. (Sentencia 28 octubre 1965.)

e') *Predeterminación del fallo* (art. 351, núm. 1.º, inciso 3.º): Las expresiones no hacer suyos con ánimo de lucro, ni apropiarse con igual ánimo, que tacha el recurrente de conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, no revisten este carácter, según doctrina reiterada y constante de esta Sala, por no ser frases usadas con exclusividad por el legislador para definir los delitos perseguidos, ni tener un marcado y singular tecnicismo jurídico, siendo por el contrario de uso vulgar y corriente, cuya comprensión y significado están al alcance de toda persona, aun de escasa cultura. (Sentencia 28 septiembre 1965.)

El motivo del recurso pretende fundarse en el uso del vocablo apropiarse, refiriéndose a los marcos a que se citan en el hecho probado y debe ser desestimado, porque ciertamente que tal verbo es el empleado en el texto legal para definir el delito en cuestión, pero también lo es que se trata de una palabra de uso vulgar y perfectamente inteligible para cualquiera persona, aun imperita en Derecho, que por sí sola y sin otros elementos carece ciertamente de significación y de sentido que implique necesariamente una predeterminación del fallo como el recurso denuncia, porque en verdad se trata de una palabra que pudiéramos llamar de significación neutra, que sólo adquiere sentido jurídico si dicha significación se matiza, diciéndose que se trata de apropiación ilícita o apropiación indebida, o cualquier otro vocablo que le pueda dar el sentido jurídico necesario para poder estimar fundadamente, que su solo empleo implica calificación anticipada del fallo; y como ello no sucede así en este caso cuya predeterminación es más aparente que real, procede desestimar el motivo. (Sentencia 2 octubre 1965.)

La frase «obrando con ánimo de beneficiarse en su propio provecho», no contiene palabra alguna que para su comprensión sea preciso poseer elevados conocimientos de Derecho, sino que esas palabras son vulgares y corrientes, y están al alcance de cualquier persona de cultura media, al igual que sucede con la frase siguiente: «fingiéndose agente cobrador», teniendo idéntico carácter las palabras «fingirse», «ilicitud» y en cuanto al «ánimo de lucro» este Tribunal viene reiteradamente declarando, que no son conceptos jurídicos que pueden predeterminar el fallo, lo que de esta forma se consigna, en el Resultando de hechos probados, por lo que con esas frases y palabras, en este supuesto, no se hace sino relatar los hechos y describir los elementos del delito recogiéndolos de las circunstancias fácticas que se estiman probadas, sin que en ningún caso, se origine el quebrantamiento de forma que se denuncia. (Sentencia 4 octubre 1965.)

Al decir que en la fecha que se cita el procesado «dejó de cumplir pudiendo

hacerlo sus obligaciones de marido y de padre», vino a consignar lo que verdaderamente encierra el verdadero sentido penal del delito de abandono de familia que se discute, haciéndolo con las mismas palabras que emplea el párrafo inicial y fundamental del artículo 487 del Código penal, con lo cual prejuzgó el problema de derecho a resolver en el fallo, dando lugar a la causa de quebrantamiento de forma que se denuncia, cuya admisión implica el hacer innecesario examinar los restantes motivos fundados en supuesta infracción de Ley. (Sentencia 22 octubre 1965.)

La frase «cuya ingestión (la del vino tinto de una botella) no alteró la capacidad de raciocinio ni la volición del procesado ni de los demás» ocupantes del coche, no encierra un concepto jurídico sólo asequible a los versados en Derecho, sino un dato fáctico, propio de la relación histórica de lo acaecido, aunque se trate no de un dato objetivo, sino subjetivo, esto es, de un estado psíquico o anímico de ciertos sujetos implicados en lo sucedido. Aun suponiendo, a efectos dialécticos, que la frase «el procesado lejos de respetar la preferencia de los motoristas o por lo menos su presencia anterior», contuviese un concepto jurídico, tal concepto no sería predeterminante del fallo, como para la casación por este motivo exige imperativamente el número 1.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, toda vez que el mismo resultando contiene los suficientes datos objetivos para juzgar si el procesado incurrió o no en esa falta de respeto. (Sentencia 27 noviembre 1965.)

Si por «concepto» hay que entender como dice el diccionario idea que concibe el entendimiento o expresión de un pensamiento por medio de la palabra no puede reputarse como tal las afirmaciones de que el procesado iba a gran velocidad con la motocicleta y que el pavimento estaba húmedo debido a la lluvia, porque estas frases son manifestaciones de hechos concretos, materiales, manera o modo de conducir y estado del suelo, y no expresiones de ninguna idea; y como esos hechos se dan a conocer con las palabras usuales en el lenguaje ordinario de la sociedad actual, no pueden implicar el defecto que les atribuye el recurrente, coincidan o no con las que utilice el Código de circulación para imponer ciertos deberes a los conductores de vehículos mecánicos, ya que si los Tribunales no pudieran utilizar las palabras que figuren en preceptos legales para dar a conocer o describir los hechos que enjuician difícilmente podrían expresarse en términos que fuesen comprendidos por todos. (Sentencia 13 diciembre 1965.)

El concepto jurídico predeterminante del fallo requiere para que su empleo en el relato fáctico sea merecedor de la sanción de nulidad de la sentencia, que la expresión a que se atribuye el grave defecto procesal, además de tener un exclusivo significado jurídico haya sido empleada por el legislador en la definición del tipo delictivo, o que para comprender su alcance o significado se requieran especiales conocimientos de derecho, superiores a los de personas de cultura corriente: y si comparamos las frases denunciadas: «decidieron de común acuerdo provocar el aborto», «practicó C., a instancia de J. maniobras de tipo mecánico en los órganos genitales de ésta, con ánimo e idóneas para provocar aborto», «por consecuencia», con la figura delictiva del aborto del artículo 415 del Código penal, por el que se

condena, se llega a la conclusión de que no reúnen aquellos requisitos de juridicidad y de empleo por el legislador en la descripción delictiva, y por el contrario, son léxicos de tan corriente uso que su significado lo comprende cualquier persona por escasa que sea su cultura. (Sentencia 15 diciembre 1965.)

f) *No resolución de todos los puntos objeto de debate* (art. 851, núm. 3.º): La sentencia recurrida resolvió sobre todos los puntos de hecho planteados por la parte querellante al aceptar y declarar probados sólo aquellos que estimó que merecían aquel calificativo, como derivados del resultado de la prueba, apreciada conforme a la sana crítica y a su conciencia guía y límite del actuar de la Sala. (Sentencia 19 octubre 1965.)

La sentencia resolvió perfectamente el extremo de la tipicidad suscitado tanto por la acusación como por las defensas, ya que al aplicar a los hechos, sobre el párrafo 4.º de la base 5.ª de la Ley de 22 de diciembre de 1930 el delito definido en el artículo 140 del Reglamento de Emigración de 20 de diciembre de 1924 no hizo más que la operación lógico-jurídica que el primer precepto implicaba, al contener un reenvío de obligada coordinación ya que el tipo delictivo sólo figuraba en la reglamentaria, y objeto constante de los debates, estando implícito en el escrito acusatorio del Fiscal aunque allí sólo se mencionase de modo expreso la Ley de Bases. (Sentencia 18 noviembre 1965.)

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal fueron debidamente estudiadas por el Tribunal *a quo* en el tercer Considerando de la sentencia de instancia, donde taxativamente se dice que en la realización de dicho delito concurren las atenuantes cuarta y novena del artículo 9.º de aludido Código, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el número 5.º del artículo 61, es procedente imponer la pena en el grado inferior al señalado para el delito ejecutado, lo que implica que aparte esas circunstancias, a juicio del Tribunal, no es de apreciar ninguna otra, por lo que es indudable que se entiende desestimable la alegada eximente del número 11 del artículo 9.º base del motivo, y debido a ello, en cuanto a la misma se refiere, hay que sostener que no hubo quebrantamiento de forma, al no consignar, aunque debió hacerse en tal resolución, lo pertinente sobre desestimación de dicha circunstancia. (Sentencia 19 noviembre 1965.)

Asegura que no se resolvieron en la sentencia todos los puntos que habían sido objeto de debate por la acusación y defensa, e intenta demostrarlo por haber establecido los daños y perjuicios haciendo caso omiso de la prueba pericial y no fundarse en prueba alguna; con error claro, pues la Sala, a la vista de las varias practicadas, facturas y declaraciones, pudo señalar la cuantía que pudo atacarse por infracción de Ley, pero no por el número 3 del artículo citado. (Sentencia 3 diciembre 1965.)

Asiste plena razón al motivo del recurso en el que se denuncia, al amparo del número 3.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse omitido en la sentencia pronunciamiento sobre el punto de la restitución de los libros objeto del hurto y de la receptación, conforme a lo dispuesto en el número 1.º del artículo 101 y 105 y concordantes del Código penal, dado que en la declaración de hechos probados no se determina, como

debió hacerse, el paradero de tales efectos, su número y destino con las subsiguientes consecuencias en lo relativo a la situación jurídica del material recuperado, defectos de hecho y de derecho que procederá aclarar y rectificar en nueva sentencia. (Sentencia 4 diciembre 1965.)

Ni en los escritos de calificación de las defensas, formulando sus conclusiones provisionales ni al elevarlas a definitivas, plantearon la cuestión de procedibilidad, pues se limitaron en sus conclusiones a negar los hechos que a los procesados atribuía el Ministerio Fiscal, y solicitar la absolución por no ser autores de los delitos de que fueron acusados, y al celebrarse el juicio oral, únicamente en la primera sesión por el procesado, Vicente A., se manifestó, al ser examinado, que no se le había notificado la sentencia dictada en la pieza de calificación de la quiebra, por lo que a instancia del Ministerio Fiscal, la Sala acordó la suspensión del juicio oral con nulidad de todo lo actuado y remisión de la causa al Instructor para la práctica de dicha diligencia y expresión de la firmeza de la sentencia recaída en la quiebra, a lo que no se opusieron las restantes partes, y remitido el sumario con la correspondiente orden al Juzgado de Instrucción de Alcoy que tramitó el sumario y el juicio universal de quiebra, por el Secretario se extiende una diligencia en la que se hace constar que por sentencia dictada en la pieza 5.ª de dicho juicio universal en 7 de diciembre de 1961 se declaró fraudulenta la quiebra, cuya sentencia notificada a las partes quedó firme dentro de término, como así lo confirmó la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia de Valencia por auto de 15 de noviembre de 1962, en el recurso de queja interpuesto por la representación del quebrado por no admisión de la apelación contra dicha sentencia, y una vez hechas las notificaciones a todos los procesados de la mencionada sentencia, se devolvió la causa por el Instructor a la Audiencia, instruyéndose al Ministerio Fiscal y a las demás partes de la información suplementaria, sin que se hiciera a ella objeción alguna, por lo que se hizo nuevo señalamiento para el juicio oral, que se celebró en dos sesiones los días 12 y 15 de julio de 1963, con asistencia de los procesados y sus defensores, sin que por ninguno de ellos se hiciera petición por falta de procedibilidad, ni se formulara reclamación o protesta, según se consigna al final de las respectivas actas, de lo que da fe el Secretario, y por consiguiente, si las defensas de los procesados, ni en sus escritos de conclusiones, ni en el acto del juicio oral, alegaron la nulidad que ahora propugnan por falta de procedibilidad, y prestaron su conformidad a la celebración del juicio sin formular protesta de ninguna clase, no pueden impugnar ahora mediante un recurso por quebrantamiento de forma la sentencia de instancia, a pretexto de que el Tribunal *a quo* no ha resuelto un punto que no fue planteado por las defensas en su momento oportuno. (Sentencia 13 diciembre 1965.)

Las cuestiones a que se refiere el artículo 851, número 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, son las de Derecho que se hayan planteado en las conclusiones definitivas de las partes y no en el otro sí del escrito en que se formulen, a menos que la desestimación del pedimento correspondiente implique indefensión, lo cual no ocurre en el presente caso, pues tuviera o no derecho el recurrente a que se excluyese a la acusación particular, por falta de firma de su Procurador en el escrito de conclusiones provisionales, quedaba



la acusación del Ministerio Fiscal suficiente en esta clase de delitos, en los que los perjudicados o sus representantes legales a quienes está reservada la denuncia pueden no ser parte, y esa acusación pública a la que se adhirió la particular sin modificación alguna ni siquiera en la prueba propuesta, es la que se ha estimado en la sentencia recurrida. (Auto 18 diciembre 1965.)

g') *Punición de un delito más grave* (art. 851, núm. 4.º): La incongruencia positiva que el número 4.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sanciona con la nulidad del fallo, consiste en que se pene un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación si el Tribunal no hubiere procedido previamente como determina el artículo 733 de la misma Ley, pero estos preceptos procesales no comprenden el caso de que condenando el Tribunal por el mismo delito que el que fue objeto de acusación, las penas impuestas fueran distintas o de mayor duración que las solicitadas por las acusaciones, salvo en las especialísimas hipótesis de sentencia dictada previa la conformidad del reo, previstos en los artículos 655 y 694 y concordantes de la citada Ley, hipótesis que tuvieron realidad en los casos resueltos por las sentencias de esta Sala invocadas por el recurrente, que únicamente pueden servir de argumento de autoridad en supuestos coincidentes con los decididos por dichas resoluciones, pero no en los que, como el presente, ninguna paridad guarda con ellos. (Sentencia 11 diciembre 1965.)

Se alega la imposición de pena de suspensión del permiso de conducir que fue omitida en las calificaciones de las partes acusadoras, pero este supuesto no es el previsto en el número 4.º del artículo 851, que se limita a prohibir que se pene «un delito más grave que el que haya sido objeto de acusación», y en el caso de autos el delito fue el mismo que las acusaciones calificaban, y la sentencia se limitó a sancionarlo conforme a los presupuestos legales, salvando la omisión en el extremo imperativo de la pena de suspensión del permiso de conducir, pero sin excederse en la calificación del tipo, único a que la ley procesal hace mérito. (Sentencia 14 octubre 1965.)

Si bien es cierto que a este procesado le acusaron, el Ministerio Fiscal, y el Sr. Abogado del Estado, de un delito de malversación de caudales públicos y de otro de cohecho pasivo por estimar ambas acusaciones que tenía la condición de funcionario público, como el Tribunal de instancia en vista de las pruebas que se le ofrecieron, apreciadas en conciencia en uso de su soberanía, declaró en las premisas de *facto* que dicho procesado aunque anteriormente fue funcionario de dicho Instituto, cuando realizó los hechos de autos se encontraba en situación de excedencia voluntaria, y por otra parte declaró que no tuvo connivencia alguna con los funcionarios de aquel organismo para conseguir que fueran dispensadas las Empresas Exportadoras que se mencionan de la entrega de divisas a que estaban obligadas, absolvió al procesado de los delitos de malversación de caudales públicos y del delito de cohecho pasivo que le imputaban las acusaciones, pero como los hechos que se le atribuían de haber exigido a los exportadores un millón de pesetas y haber recibido de los mismos por medio de su representante 800.000 pesetas, haciendo creer mendazmente a éste que iba a influir cerca de los Jefes del Instituto Español de Moneda Extranjera, para que eludiesen la entrega de las divisas de que eran deficitarias las empresas que representaba, sin que hiciera gestión alguna en este sentido, ni diese participación de la suma

recibida a los supuestos Jefes, que no nombró, destinando la totalidad del dinero recibido a su propio beneficio, es visto que este comportamiento del procesado recurrente es constitutivo del delito de estafa de los artículos 528 y 529 del Código penal, por el que ha sido condenado y como este delito tiene señalada pena inferior al de malversación de que fue acusado y se le ha impuesto pena más leve que la solicitada por el Ministerio Público y la representación del Estado, la sentencia no ha incurrido en el vicio *in procedendo* que se denuncia, toda vez, que se condena al procesado por los mismos hechos de que fue acusado, aunque el Tribunal de instancia lo calificó de manera distinta y más benévolamente que lo hicieron las acusaciones, por lo que no se ha infringido el principio acusatorio que inspira nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal y por consiguiente no se ha penado un delito, más grave que el que fue objeto de acusación, que es el supuesto que veda el número 4.º del artículo 851 del Ordenamiento procesal citado. (Sentencia 2 noviembre 1965.)

Para aplicar circunstancias agravantes o atenuantes no tiene que hacer uso el Tribunal de la tesis del artículo 733 de la Ley Procesal. (Sentencia 17 noviembre 1965.)

Sobre el hecho de que la sentencia acoge una circunstancia de agravación no invocada por las acusaciones, el procesado recurrente articula dos motivos de casación por quebrantamiento de forma de los números 3.º y 4.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, motivos que no pueden ser acogidos, a saber: el primero porque la sentencia no dejó propiamente de resolver ningún problema jurídico planteado por las partes, que es el caso del número 3.º, sino que en realidad lo resolvió en discrepancia con las tesis acusatorias, ya que frente a la afirmación de que no concurrían circunstancias modificativas de responsabilidad, el Tribunal apreció la existencia de la agravante de reiteración, fundado en que en la declaración de hechos probados aparecía que el inculcado había sido condenado con anterioridad por dos delitos, uno de apropiación indebida y otro de estafa; y el segundo motivo, porque el Tribunal al imponer la pena en mayor extensión que la solicitada, pero dentro de los límites señalados a la que corresponde al delito de que fue objeto de la acusación y de la condena, no incidió en el defecto del número 4.º del citado artículo 851, pues no penó un delito más grave, sino el mismo delito de imprudencia simple con infracción de Reglamentos de que acusaba el Ministerio Fiscal —las acusaciones privadas sostenían que se trataba de imprudencia temeraria— pero imponiendo la pena en el grado mínimo, que podía hacerlo según la regla 2.ª del artículo 61 del Código penal, y habida cuenta de la circunstancia agravante mencionada; pena a la que también hubiera podido llegar la sentencia y aún rebasarla hasta el tope de los seis meses de arresto mayor que es la señalada a la imprudencia simple antirreglamentaria del párrafo 2.º del artículo 565 del citado Código, sin concurrir circunstancia alguna, de acuerdo con la facultad discrecional que a los Tribunales les concede la regla 4.ª del mencionado artículo 61; sin que éstos queden vinculados a imponer la pena pedida por las acusaciones, sino la que corresponda según la ley al delito que haya sido objeto de calificación y sin que para aplicar circunstancias atenuantes o agravantes tengan que

hacer uso de la tesis del artículo 733 de la Ley procesal. (Sentencia 17 noviembre 1965.)

c) *Adhesión al recurso: Doctrina general:* Adherirse quiere decir mostrarse conforme, convenir con un dictamen, una idea, una opinión o un acuerdo, es decir, que hace referencia a colaboración, ayuda y apoyo para que triunfe y llegue a buen fin aquello que otro propone o pretende, haciendo suyos los razonamientos y fundamentos en que se basa y aportando otros nuevos que refuercen, robustezcan y contribuyan a hacer más fácil y viable su procedencia; y por eso, el recurso de adhesión, a que hace referencia el artículo 861 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no puede salirse de esta pauta trazada por su propio significado, pues sería desnaturalizarlo, al permitir que a su socaire y por quien se aquietó con la sentencia, se plantea un nuevo y distinto recurso, vivificando el que ya había fenecido, por haber dejado transcurrir el término legal para prepararlo e interponerlo; y como en el caso que contemplamos, tras la pretendida adhesión se articula un nuevo y distinto recurso, en el que se inculpa al recurrente y se razona la absoluta exculpación del adherido, cuya absolución se pide, es de inexcusable aplicación la causa de inadmisión 4.ª del artículo 884 de la Ley procesal. (Auto 26 noviembre 1965.)

En el recurso que por adhesión ha formalizado el Ministerio Fiscal, tiene que ser rechazado, porque la adhesión tiene que referirse exclusivamente a lo postulado en el recurso interpuesto por otra de las partes en el proceso, aunque la que se adhiere pueda alegar motivos y razonamientos diferentes para llegar a la misma conclusión, pero esta facultad que concede el artículo 861 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su párrafo 4.º, no debe entenderse en términos tan amplios, que los que hagan uso de ella puedan interponer un nuevo recurso, sin relación alguna, y con pretensiones distintas, del preparavado, sino que tiene que referirse necesariamente a éste, puesto que el derecho de adherirse una parte al recurso de otra ha de estar subordinado a la reclamación principal, y por tanto no es admisible que se impugne la resolución recurrida en los extremos que consintió el propio condenado recurrente, y que ni siquiera fueron objeto de alegación por el Ministerio Fiscal y las demás partes durante el juicio oral, porque de lo contrario resultaría que el que no preparó el recurso podría deducirlo extemporáneamente merced a la adhesión, subsanando así omisiones, a él sólo imputables, y burlando por este procedimiento los términos y demás formalidades establecidas por la Ley par la preparación e interposición, y como en el caso sometido a la censura de la casación, el procesado y condenado por el delito de homicidio interpuso recurso al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de ritos, y en el único motivo formalizado, impugnó la sentencia de instancia por entender que se había infringido, por no aplicación, la Regla 5.ª del artículo 61 del Código penal, en relación con la circunstancia 8.ª del artículo 9.º del mismo Cuerpo legal, al no apreciarse esta causa de atenuación como muy calificada, y el Ministerio Fiscal en su escrito adhiriéndose al recurso del reo, sin hacer la más ligera alusión a la pretensión del recurrente, formaliza un recurso nuevo denunciando la infracción por inaplicación del número 4.º del artículo 8.º del Código penal, por estimar que en los hechos de autos concurrió en favor del procesado la circunstancia eximente de legí-

tima defensa del honor, causa de justificación que no fue alegada por la defensa, del procesado en sus conclusiones definitivas, y menos por el Ministerio Fiscal que por el contrario calificó los hechos como constitutivos de un delito de asesinato, en lo que coincidió la acusación particular, es visto que las peticiones que en sus respectivos escritos de recursos y adhesión han formalizado la representación del procesado y el Ministerio Fiscal, son completamente diferentes, y por ello la pretendida adhesión del Ministerio Público ha incidido en la causa de inadmisión 4.ª del artículo 384. (Sentencia 7 diciembre 1965.)

d) *Requisitos formales del recurso*: Aunque la interpolación de un guarismo en la cita de un artículo no debe motivar la inadmisión de un recurso en términos generales, cuando la cita del precepto es una exigencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que por su naturaleza de orden público es de rigurosa observancia para los Tribunales y las partes, y la mención se hace erróneamente en unión de otros preceptos también equivocados y fuera del cuerpo del escrito en una línea que no aparece salvada por los firmantes, entonces hay que agregar a la cita inexacta, su colocación irregular dentro del documento sin signo de legitimidad, defectos que conducen a tenerla por no puesta y a estimar que el escrito de interposición del recurso carece del requisito exigido en el número 2.º del artículo 374 de la Ley procesal —consignación del artículo de dicha ley que autorice el motivo que se interpone— y que ha incidido por ello en la causa de inadmisión 4.ª del artículo 384 de repetida Ley, donde expresamente se dice que el recurso será inadmisibile cuando no se hayan observado los requisitos que la misma exige para su interposición; omisión que el mismo recurrente reconoce en su escrito de contestación a la impugnación del Ministerio Fiscal, diciendo que «el escrito fue entregado al Procurador, mutilado, pues le faltaba la segunda de las partes» y aunque agrega que advertido el defecto por el Letrado trató de subsanarlo, la subsanación se verificó en la forma irregular de que ha hecho mención y en fecha que tampoco consta, ni dice el recurrente, por lo que hay que referir tal rectificación o subsanación del defecto al escrito de 22 del corriente mes, y por tanto inoperante para dar vida al recurso por estar hecha fuera del plazo señalado para la interposición de éste. (Auto 28 octubre 1965.)

e) *Propuesta de indulto* (art. 902, párrafo 2.º): Cumplidos los preceptos legales, la Sala haciendo uso de las facultades que le conceden los artículos 2 del Código penal y el 902 de la de Enjuiciamiento Criminal, acuerda dirigirse al Gobierno proponiendo el indulto de la pena impuesta de seis años y un día de presidio mayor por estimarla notoriamente excesiva, atendido el grado de malicia, pues aparece de los autos, aunque no haya podido acogerse en casación, por no ser documento auténtico, la existencia de un crédito concedido al recurrente y avalado por otra persona, y aunque las letras fueran libradas a quien nada debiera al procesado, y por tanto impagadas, no puede desconocerse que los Bancos conceden el descuento de los efectos por el crédito que les merece el librador, no por el del librado a quien normalmente ni conoce, costumbre que existe llamada peloteo de letras y estimando por ello que el procesado actuó con un pequeño grado de malicia,

proponemos la conmutación de la pena impuesta por la de un año de prisión menor y accesorias. (Sentencia 17 noviembre 1965.)

### III. PARTE ESPECIAL

A.—*Procedimiento de urgencia*: a) *Evitación de suspensiones inmotivadas*: En el procedimiento de urgencia, el Tribunal tiene que evitar con el mayor celo suspensiones inmotivadas, según previene el artículo 801 de la Ley procesal. (Sentencia 3 diciembre 1965.)

b) *Declaración del Tribunal sobre suficiencia de instrucción*: En el escrito de conclusiones provisionales el Ministerio Fiscal propuso la prueba testifical de siete testigos, todos los cuales habían depuesto en el sumario, y la representación del procesado en el mismo trámite, propuso la declaración de los antedichos testigos más la de otros dos que también habían declarado en el sumario, y ante la incomparecencia de todos ellos, el Ministerio Fiscal, pidió la continuación del juicio y la defensa del procesado la suspensión, y la Sala de instancia ordenó la continuación del juicio, en el que dictó sentencia. Lo expuesto basta para tener que acordar, ante el recurso interpuesto, la admisión del mismo, pues es visto que el Tribunal adoptó su determinación con manifiesta infracción del artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ordena que en los juicios tramitados por el procedimiento de urgencia, en los casos como el de autos, el Tribunal haga expresamente constar que se considera suficientemente instruido, cosa que no se hizo constar en el caso presente en el acta del correspondiente juicio oral. (Sentencia 28 diciembre 1965.)

B.—*Tribunal de Orden Público: Atribución de competencia*: La Ley de 2 de diciembre de 1963 creando el Tribunal y Juzgado de Orden Público y disponiendo su competencia y normas procesales de aplicación, establece en su artículo 3.º, que dentro de la jurisdicción ordinaria se establece competencia privativa en todo el territorio nacional respecto de los demás Juzgados y Tribunales de dicha jurisdicción, para juzgar de los hechos delictivos siguientes: capítulo XI, propagandas ilegales; es decir, que dicho Tribunal tiene competencia para conocer de los delitos comprendidos en el capítulo mencionado del Libro II del Código penal, de cuya consecuencia no cabe duda que si J. G. a quien se acusa de un delito de esta naturaleza, no estuviera cumpliendo el servicio militar, y por tanto sometido al respectivo fuero, los Juzgados de la jurisdicción ordinaria serían los únicos competentes para conocer de la infracción que se le imputa, como así lo declara igualmente el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, expresivo de que el conocimiento de las causas por delitos en que aparezcan a la vez culpables personas sujetas a la jurisdicción ordinaria y otras aforadas, corresponde a la ordinaria, salvo las excepciones consignadas expresamente respecto a la competencia de otra jurisdicción, por lo que es preciso determinar si en este supuesto existen las excepciones a que se refiere el precepto, dado que en otro caso la cuestión aparece clara a tales fines, y teniendo en cuenta lo estatuido en los artículos 16 y 19 del Código de Justicia Militar, hay que mantener la competencia de esta jurisdicción para conocer de repetida causa, ya que

los militares y demás personas enumeradas en los artículos 13 y 14 del Código de Justicia Militar, serán sometidos a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, en todos los casos en que no estando comprendidas las infracciones en el artículo 6.º se reserven expresamente por las Leyes al conocimiento de los Tribunales ordinarios lo que sucede en este caso, estableciendo el artículo 19 del mismo texto que si por delito no reservado especialmente a favor de jurisdicción determinada, se instruye causa contra dos o más personas sometidas a distinto fuero y surgieren dudas para determinar la competencia, la jurisdicción ordinaria conocerá de la causa contra todos los culpables cuando se haya cometido en territorio no declarado en estado de guerra, y debido a ello es obligado estimar que la competencia para conocer del delito de propaganda ilegal a que estos autos se refieren corresponde a la jurisdicción de Orden Público, a quien deben remitirse las actuaciones a fines procedentes. (Auto 30 noviembre 1965.)

## LA NUEVA DEFENSA SOCIAL (Un movimiento de política criminal humanista) (1) Consideraciones sobre un libro de Marc Ancel

Es evidente que estamos en presencia de un libro importante, su importancia proviene de dos causas; la primera, de la propia personalidad del autor, que es Magistrado del Tribunal Supremo de Francia, Vicepresidente de la Sociedad Internacional de Defensa Social, y de la Asociación Internacional de Derecho Penal, tiene en su haber un considerable número de libros, estudios y artículos, que le han otorgado, como muy bien dice en el prólogo de la obra que comentamos, el profesor argentino Aftalión, el calificativo de "figura estelar" en el horizonte de las ideas penales contemporáneas. La otra causa, que podríamos exponer, para destacar el valor de este libro, radica en ser uno de los trabajos que con mayor orden y claridad y con la garantía científica precisa, se ha adentrado en el estudio y conocimiento del movimiento de la *Nueva Defensa Social*. El presente trabajo aporta no poca luz, sobre lo que en verdad es, o pretende ser, la Defensa Social. Por lo pronto, y para revalorizar aún más esta obra, convendría decir que existe una auténtica confusión entre los autores al tratar de explicar qué debe de entenderse por Defensa Social. Para unos autores, acaso los más, la Defensa Social no es otra cosa que una nueva escuela penal; para otros, tan sólo se trata de un movimiento de política criminal, aunque no dudan un momento en reconocerle una base humanitaria más amplia que lo normal. Algunos, los menos, creen ver en la Defensa Social una reacción lógica contra los excesos del conceptualismo jurídico que han padecido determinadas orientaciones penales. Contra este estado de cosas, el libro del profesor Marc Ancel representa, por encima de todo, la necesidad de poner claridad en donde hasta ahora todo parecía ser oscuro. Precisamente por esto tenemos que reconocerle la virtud de la oportunidad y la cualidad envidiable de la imparcialidad. En un libro que, como este, la riqueza de su contenido parece invitar a la polémica, el conseguir exponer el propio pensamiento sin haber hecho graves negaciones de otras doctrinas, es ya un mérito, un acierto sobre el que no cabe la menor duda, puesto que la Defensa Social aspira nada menos —ha señalado el profesor Aftalión— que a terminar con una vieja polémica —que ha hecho verter corrientes de tinta a los juristas y puesto

---

(1) LA NUEVA DEFENSA SOCIAL (Un movimiento de política criminal humanista). Traducción de Francisco Blasco Fernández de Moreda y Delia García Daireux. Supervisión de la edición española de Enrique R. Aftalión. Editorial La Ley, S. A. Buenos Aires, 1965, 274 páginas.

en peligro su armonía en muchos congresos— mediante el radical procedimiento de postular, no ya una "unificación" de pena y medida de seguridad, sino una suerte de "integración" de ambas en un sistema "unitario" de sanciones.

El autor, como es lógico, inicia su libro justificando la razón de su existencia. En la edición que tenemos a mano, ésto no hubiera podido ser de otra manera, ya que se trata de la primera edición que aparece en lengua castellana, y, por consiguiente, era muy posible que algunas de las afirmaciones que el autor realiza fueran interpretadas equívocamente. Esto lo ha tenido muy presente el profesor Marc Ancel, cuando escribe que "no ignoramos que con respecto a una determinada tendencia científica y delante de ciertos muy eminentes penalistas iberoamericanos, nuestra doctrina pueda aparecer, en un primer enfoque, como fuera de circunstancias. En realidad, esto no es sino una apariencia; y nos alegramos de ver a los criminalistas de habla castellana estar en condiciones de medir más exactamente el sentido, el lugar y la trascendencia del movimiento de Defensa Social". En efecto, con toda urgencia, creemos conveniente decir que algunos libros, como, por ejemplo, el que ocupa nuestro comentario, nos llegan tarde, ya que cuanto en materia de Defensa Social se sabe entre nosotros es un conocimiento adquirido a través de congresos, cursos o conferencias. a las que con cierta frecuencia han concurrido algunos profesores españoles, entre los que es justo citar al profesor Del Rosal, Rodríguez Devesa y al P. Beristain, auténtico paladín de la Defensa Social en España. En todo caso, consignemos que la doctrina penal de Marc Ancel hace tiempo que es conocida por los penalistas españoles y, en efecto, en algunos sectores de nuestra ciencia penal incluso se ha iniciado un movimiento de diferenciación, de toma de posiciones, respecto a la aportación ideológica del profesor italiano M. Gramatica, frente a la novísima concepción de Marc Ancel: sin embargo, consideramos que entre el gran público será muy bien acogida la puntualización que, a este respecto, hace en su obra el propio jurista francés. En el fondo, ciertamente, no es muy fácil diferenciar a ambas doctrinas, por lo que juzgamos oportuno que haya sido Marc Ancel quien amablemente haya allanado el camino que conduce a la comprensión de su libro, eliminando el mayor número de obstáculos, y haya ahorrado al lector la ejecución de una tarea penosa, como lo es la de tener que consultar a cada momento determinados manuales de Derecho penal. El ilustre magistrado francés ha escrito que "para lograr la diferenciación con otras doctrinas, y para bien señalar especialmente las diferencias esenciales que nos separan de las concepciones de M. Gramatica, hemos titulado esta obra *La Nueva Defensa Social*. Se trata aquí, en efecto, de una concepción que entiende salvaguardar los grandes principios de legalidad, de incriminación limitativa y las garantías procesales del individuo. Se trata, sobre todo, de una concepción que no se opone al Derecho penal como tal, y que no pretende desembarazarse ni de la noción de pena ni, menos aún, de la noción de responsabilidad. *La Nueva Defensa Social*, si nos fijamos bien, reposa enteramente sobre el concepto repensado de la responsabilidad penal."

La primera dificultad que el autor ha salvado no es, como a primera vista pudiera creerse, la de precisar la noción de la Defensa Social, sino, por el



contrario, la de saber situarse con claridad y orden entre las múltiples concepciones, tan diferentes y a la vez tan contradictorias, como del concepto de la Defensa Social existen actualmente. Dada la amplitud y la profundidad del tema, creemos que hay que registrar como indiscutible mérito que tan sólo en un centenar y medio de páginas, el profesor Marc Ancel, haya logrado condensar lo más sobresaliente que sobre la Defensa Social se ha dicho, tratando de demostrar, a la vez, en qué consiste exactamente la *Nueva Defensa Social*. "Nuevo fenómeno, que radica —ha escrito el autor— en un conocimiento de algunas exigencias profundas, que conducen a volver a estudiar ciertos grandes problemas, concernientes a la acción legislativa, judicial o administrativa de reacción contra la criminalidad, y a promover ciertas reformas positivas, dentro de un nuevo espíritu y según una coordinación ideológica deliberadamente aceptada."

El autor ha dividido su obra en seis capítulos, todos de muy denso contenido. La sistemática es sencilla, y casi se podría afirmar que sigue cronológicamente el estudio de las doctrinas que, de una u otra manera, han tenido alguna relación con las ideas que el ilustre penalista encuadra dentro de su concepción particular sobre la Defensa Social. El índice de la obra es amplio y, en cierto modo, sería susceptible de calificarlo de ambicioso. La materia del libro está distribuida de la siguiente manera, a saber: un primer capítulo, en el que el autor se pregunta *¿Qué es la Defensa Social?* Lo que implica la necesidad de estudiar el empleo, abuso y negación del término "Defensa Social", ya que, en suerte o desgracia, como muy bien ha puntualizado el profesor Marc Ancel, la *Nueva Defensa Social* presenta la particularidad de que para situarse sobre su propio terreno y definirse, debe primero reaccionarse contra cierto número de fórmulas corrientes y contra cierto número de modos de pensar y razonar, y, por otro lado, tenemos, que el penalista actual, sabe y lo comprende muy bien, que ya no puede permanecer encerrado en los estrechos círculos, en los que se movía en las etapas precedentes. El nuevo movimiento de la Defensa Social, al hacerse tan flexible, y querer abarcar todas cuantas facetas integran la vida del hombre, provoca la enorme confusión existente sobre el contenido y la finalidad del referido movimiento. Esta confusión se hace aún más vidriosa cuando se cae en la cuenta de que "la criminología moderna pretende —también— estudiar el hecho criminal con el concurso de todas las ciencias del hombre; aunque sus conclusiones, como sus métodos, siguen siendo todavía inciertos, y queda siempre, el problema de transformar las enseñanzas que puedan obtenerse de ellas en reglas de derecho aplicables a ese fenómeno individual y social que constituye el delito. Bajo pena de caer en la arbitrariedad más completa o incluso en una especie de caos social, es necesario conservar un verdadero derecho penal".

A tenor de todo cuanto antecede, no nos extraña nada que en el *segundo capítulo* el autor no sólo luche por lograr un concepto y una definición más o menos definitiva de la *Nueva Defensa Social*, sino que, a la vez, de forma tajante, afirme que "la Defensa Social no es una escuela; ni se propone imponer una dogmática nueva, ni reemplazar con una sola doctrina todas las demás teorías del Derecho penal; por el contrario —afirma el profesor Marc

Ancel—, busca únicamente reunir a todos aquellos que se dan cuenta de que el mundo actual, y el pensamiento moderno, hacen estallar el marco de las doctrinas preestablecidas y las teorías de todas las escuelas en una aspiración de renovación humana que rebasa todas las técnicas”. La Defensa Social es una consecuencia más de la continua transformación del Derecho, en cuya realidad descansa no sólo ésta, sino también otras muchas doctrinas. En definitiva, hay que decir que, a través de estas páginas, el autor se se ha esforzado por conseguir dos cosas, a saber: la primera, situar a la Defensa Social como un movimiento de política criminal, y la segunda, exponer una visión esencialmente comparatista, cosa que ha conseguido en el *capítulo segundo* y *tercero*, al estudiar conjuntamente *los orígenes* del movimiento de Defensa Social y las diversas etapas del mismo. Cualesquiera que sea la posición que se adopte y la ideología que se defienda, creemos que la expresión “Defensa Social” no da a entender otra cosa que “la protección de la sociedad contra el crimen, mediante la represión implacable de las infracciones cometidas”. Sobre este modelo de definición, los diversos autores que del tema se han ocupado, han montado las estructuras de su pensamiento, así, por ejemplo, para los positivistas, como bien nos indica Marc Ancel, el término “Defensa Social” no expresa otra cosa que el nuevo fin que conviene atribuir a la pena. Tantas son las tergiversaciones del concepto, que el autor ha considerado oportuno afirmar que “en materia de Defensa Social, como en cualquier otra, lo desmesurado no es razonable. Señalamos, tan sólo de paso, que igualmente puede haber cierto abuso de razonamiento, y en todo caso de lenguaje, entre quienes al reaccionar contra determinados excesos quieren simplificar el problema enfrentando como antagónicas (y exigiendo la elección, entre ambas) las dos nociones de Defensa Social y Derecho penal”. Por consiguiente, el autor se ve obligado a llegar a una posición definitiva, y expone un posible bosquejo de definición, que encontramos en las primeras páginas del libro, en las que afirma que “lo que el concepto de Defensa Social implica es una política activa de prevención social que entiende proteger la Sociedad, protegiendo asimismo al delincuente, y que tiende a asegurarle, en las condiciones y por las vías legales, el tratamiento apropiado a su caso individual. Así entendida, la Defensa Social reposa, pues, en gran medida, sobre la sustitución de la pena retributiva por el tratamiento; y no hay casi necesidad de subrayar que esa manera de ver no es en este lugar ni subversiva ni extremista, puesto que es la misma que la Organización de las Naciones Unidas ha consagrado en su Sección de Defensa Social, llamada a buscar los medios mejores para asegurar la prevención del crimen y el tratamiento de los delincuentes.”

Al finalizar el primer capítulo, sin duda alguna el más denso de toda la obra, el profesor Marc Ancel considera oportuno llegar a algunas conclusiones, muchas de las cuales son muy acertadas, como, por ejemplo, la que considera que “el término Defensa Social, basado desde su origen sobre una cierta concepción de la reacción social contra el hecho criminal, es susceptible de una amplia acepción, que en definitiva sugiere una nueva filosofía penal, a la vez que se encadena, estrecha y necesariamente, a los principios que no podrían eludirse del derecho criminal. El término es igualmente susceptible de

significados más estrechos, más limitados y más directamente técnicos. Incluso, como se ha visto, ha podido ser empleado en sentidos opuestos y soportar, aquí o allá, deformaciones que no siempre fueron simplemente voluntarias." A esta primera afirmación podemos agregar aquellas otras que de una forma esquemática tratan de precisar, de manera más concreta, el concepto exacto de la Defensa Social, para lo cual Marc Ancel no ha dudado en decir que:

a) La Defensa Social supone, ante todo, una concepción general del Derecho penal que tiende no a penar una culpa y sancionar con un castigo la violación constante de una regla legal, sino a proteger la Sociedad contra las empresas criminales.

b) La Defensa Social piensa realizar del modo más natural tal protección social, mediante un conjunto de medidas generalmente extrapenales, en el estricto sentido de la palabra, destinadas a neutralizar al delincuente, ya sea por eliminación o por segregación de métodos curativos o educativos.

c) La Defensa Social llega así a promover una política criminal que propugna, naturalmente, la prevención individual antes que la colectiva, y se esfuerza en asegurar, según la fórmula aceptada por la Organización de las Naciones Unidas, la prevención del crimen y el tratamiento de los delincuentes; y esta política criminal razonada tiende, pues, por consiguiente, hacia una acción sistemática de resocialización.

d) Esta acción de resocialización no puede desenvolverse, sin embargo, más que por medio de una humanización, siempre creciente, del nuevo derecho penal, que deberá apelar a todos los recursos del individuo, buscará devolverle la confianza en sí mismo y darle de nuevo el sentido de los valores humanos, concepción que, por otra parte, se esforzará en asegurar, tanto si se tratase de delincuente presunto o del condenado, el respeto de los derechos inherentes a su calidad de hombre, y

e) Esta humanización —puntualiza el profesor Marc Ancel— del Derecho y del proceso penal, no será únicamente el efecto de un movimiento humanitario o sentimental, sino que, por el contrario, se apoyará, tan sólidamente como sea posible, en el conocimiento científico del acto criminal y de la personalidad del delincuente, ello supone, por otra parte, una filosofía humanista y un ideal moral que lo hacen supe- rar amplia y naturalmente los marcos del determinismo materialista. En este sentido, y sólo en este sentido, puede decirse que la Defensa Social roza el problema esencial de las relaciones entre el individuo y el Estado. En este sentido, también ella se diferencia fundamentalmente del totalitarismo, en cuanto considera que la Sociedad no existe sino por el hombre, y para el hombre. Se apoya, pues, en definitiva, en una filosofía política que culmina en lo que puede llamarse un individualismo social.

En cada uno de los puntos citados se contiene —al menos parcialmente— los elementos que permiten al autor afirmar que "la Defensa Social supone, ante todo, una manera de pensar, de abordar y de reconsiderar los problemas

fundamentales del Derecho criminal a la luz de algunas nociones esenciales que constituyen la base filosófica de todo el sistema”.

En las *capítulos segundo y tercero*, el autor se enfrenta con una *problemática histórica*. En primer lugar, la determinación de dónde y cuándo apareció la Defensa Social, y en segundo lugar, el complejo técnico y filosófico, que acentúa el colorido de cada una de las etapas que han definido la evolución de aquélla. Marc Ancel ha estudiado muy bien cada una de estas épocas. Para el distinguido penalista, la idea de la Defensa Social aparece tras el análisis de tres nociones elementales, a saber: de la preocupación por asegurar, más allá de un castigo simplemente expiatorio, la protección de la Sociedad; del deseo de permitir, más allá de una pena puramente ejemplar o retributiva, un mejoramiento, sino una reeducación del delincuente; y, en definitiva, de la inquietud de promover o conservar, en la justicia penal, y más allá de las simples exigencias de la técnica procesal, la noción de persona humana, a la que jamás puede aplicarse un trato que no sea humano. En las tres causas—ha escrito el autor—, la Defensa Social se manifestará mediante una superación voluntaria de la práctica habitualmente seguida en materia criminal. El estudio histórico que el profesor Marc Ancel expone en esta parte de su libro es penetrante, precisamente por lo cual, y tras el análisis de la copiosa bibliografía que es de suponer, llega a una conclusión, que sería conveniente recordar, a saber, que “solamente a partir de la rebelión positivista, y del movimiento de ideas creado por ella, las nociones de la Defensa Social pudieron aparecer a plena luz, por primera vez, en su forma verdadera. Lógica consecuencia, ya que el movimiento positivista procedía, él también, de un extenso movimiento científico, que sobrepasaba el derecho penal y las nociones propiamente jurídicas, para alcanzar a las que en el siglo siguiente se llamaron las ciencias del hombre”.

En el *capítulo tercero*, el profesor Marc Ancel estudia cada una de las causas que, consciente o inconscientemente, provocaron lo que él no duda en llamar la rebelión del positivismo, cuyos predicados atraen en múltiples ocasiones la atención del autor. Dado el número bastante considerable de las doctrinas que Marc Ancel analiza, creemos oportuno no profundizar en esta cuestión, aunque de conformidad con la ideología del autor, consideremos que la Defensa Social no está inmersa en ninguna de las teorías que forman el núcleo esencial del movimiento positivista. En esta parte del libro surgen unos cuantos nombres, por ejemplo, los de Liszt, Van Hamel y Prins, sobre cuyas doctrinas Marc Ancel identifica no sólo la aparición de la doctrina propiamente llamada de la Defensa Social, sino que, a la vez, parece afirmar que fueron los autores anteriormente citados los primeros en darle sentido y contenido a la expresión Defensa Social, aunque el distinguido profesor también se esfuerza en recordar que la primera interpretación científica de la doctrina a la que nos venimos refiriendo brotó, precisamente, de los estudios realizados sobre esta materia por la *Unión Internacional de Derecho Penal*.

Lo que podríamos considerar la segunda parte de la obra del profesor Marc Ancel se inicia a partir del *capítulo cuarto*, en él se nos presenta una dualidad de caminos, a saber, el aspecto negativo de la Defensa Social, tema objeto

de estudio del capítulo cuarto, y el aspecto positivo, que constituye el contenido del capítulo quinto. Estos dos capítulos forman o componen la base esencial de todo el libro, ya que una vez examinadas ambas perspectivas, le es posible al autor el llegar a las conclusiones finales, exactamente el tema del último capítulo de la obra. El autor no ignora que, como toda doctrina que en un breve plazo de tiempo trata de imponerse —al menos dentro del ámbito del Derecho penal—, lo primero que hay que hacer es buscarle la perspectiva más adecuada. No nos sorprende, por tanto, encontrarnos con la afirmación de Marc Ancel en la que expresa que “importa, pues, ante todo, situar la *Nueva Defensa Social*, a la vez que en relación con el Derecho penal clásico, al positivismo y a las doctrinas de la Unión Internacional de Derecho Penal, con la ideología de Prins. Importa también precisar, por delicada que sea esta tarea, que el fondo común de las nuevas doctrinas de la Defensa Social, que nos esforzamos por desentrañar, no se confundan con las teorías particulares de ciertos fanáticos, que pretenden, con exceso, encerrar esa Defensa Social dentro de un marco demasiado rígido, y de una doctrina que, por querer ser filosóficamente muy amplia, se hace prácticamente demasiado estrecha desde el punto de vista de la política criminal”.

Como es lógico, una doctrina tan flexible y humana como lo es la Defensa Social, tiende inmediatamente a provocar reacciones de muy distinta índole, de aquí que un libro que, como éste, pretende agotar todos los matices que el tema presenta, se haga imprescindible una fuerte dosis de sinceridad para llegar a la comprensión de esa “oposición entre la *Nueva Defensa Social* y los conceptos tradicionales del Derecho clásico y la justicia penal”. Por otro lado, y aun cuando solamente sea de pasada, es conveniente decir que el movimiento de la *Nueva Defensa Social* apareció en un momento de crisis del Derecho, es justamente en ese momento, que se ha dado en llamar “*crisis de la represión*” o “*crisis de la justicia penal*”, lo que implica, según Marc Ancel, un auténtico desconocimiento de lo que supone la *Nueva Defensa Social*, ya que si se habla de crisis en el momento de la aparición del movimiento al que nos venimos refiriendo, esa crisis no da —según el autor— a entender otra cosa que “el conocimiento de las insuficiencias de una doctrina, la del Derecho penal clásico retributivo, que pretende dar una solución abstracta y únicamente jurídica a un problema esencialmente concreto, que rebasa, quiérase o no, los límites del dominio de la ley y del Derecho penal”.

El autor, puede afirmarse, no ha perdido de vista en ningún momento la posición del movimiento positivista, y a través de esta concepción pueden interpretarse no pocas de sus páginas, así, por ejemplo, si “es indispensable —ha escrito Marc Ancel— precisar por qué y en qué las teorías modernas de la Defensa Social se oponen a las concepciones del Derecho penal clásico, no es menos importante comprender bien en qué se oponen igualmente a las teorías del Positivismo”. Con tanta veneración penetra el autor en el estudio de este movimiento, que no resulta raro comprobar que la mayor parte de la formulación ideológica de este capítulo consiste, precisamente, en exponer, en un acertado esquema, en qué puntos la Defensa Social, en su nueva expresión, se opone al Positivismo; estos puntos, según Marc Ancel, son los siguientes:

a) La doctrina de la *Nueva Defensa Social* rechaza resueltamente al determinismo positivista. No admite ni el fatalismo biológico de Lombroso ni la necesidad social de Ferri, ni siquiera esa predisposición congénita impuesta de manera absoluta por la naturaleza que ciertos sostenedores de la profilaxis criminal, ciertos especialistas de la higiene mental o ciertos adeptos de una tipología criminal construida como una ordenación en serie a priori de los delincuentes quisieran a veces admitir.

b) La Defensa Social coloca, indudablemente, en primer plano la ordenación en serie y la clasificación de los delincuentes; pero desconfía de las divisiones, convertidas en tradicionales después del siglo XIX, que tienden a repartir, cómodamente y por adelantado, a los autores de actos criminales en diferentes categorías (delincuentes habituales, delincuentes ocasionales, delincuentes pasionales).

c) Así, pues, no solamente las doctrinas de la *Nueva Defensa Social* restauran las nociones de libre albedrío y de responsabilidad, sino que vuelven a introducir igualmente en la política criminal, en primer término y luego en el Derecho penal, una serie de valores morales que el Positivismo se había tomado el trabajo de eliminar de un terreno en el que no quería tomar en consideración más que datos puramente científicos.

Del análisis de los puntos expuestos resulta que “si la Defensa Social se inspira en gran parte en las enseñanzas de la ciencia moderna, y especialmente en las ciencias del hombre, no se sitúa en esa especie de dependencia científica en la que el Positivismo quería encerrar no solamente al Derecho penal, sino incluso a la política criminal”.

Finalmente, en el *capítulo quinto*, se estudia lo que dentro del Derecho penal puro ha supuesto la concepción de la *Nueva Defensa Social*. Indudablemente, son muchos los valores positivos de esta doctrina, por lo cual, su autor y máximo defensor, destaca como valor más importante lo que él denomina “*desjuridización*”, y así afirma que “la *Nueva Defensa Social*” entraña, en primer lugar, una cierta “*desjuridización*” de diversos conceptos, cosa que no significa, como ya se sabe, la supresión de un régimen de derecho propiamente dicho; la *Nueva Defensa Social*, por otra parte, se caracteriza activamente por una actitud nueva hacia el delincuente, que sirve de base para una acción social realista de lucha contra la criminalidad; la *Nueva Defensa Social* en fin, se inspira en una idea moral y tiende, en definitiva, hacia una concepción humanista de la política criminal”.

Naturalmente que el profesor Marc Ancel no olvida la personalidad del delincuente, de suerte que la consideración de la misma constituye el primer rasgo de esta nueva actitud hacia el delincuente, que continúa siendo lo esencial de la moderna Defensa Social. Por él, la *Nueva Defensa Social*—ha escrito el autor—se enlaza con el positivismo, pero al mismo tiempo se une a ese movimiento más amplio, que ha consistido, como lo ha recordado justamente el profesor Paul Cornil, en la apertura de un ciclo de estudios consagrados precisamente

al examen científico del delincuente en la irrupción de la personalidad del criminal en el Derecho penal.

Este interesante trabajo concluye con un *sexto capítulo*, en el que el autor trata de poner en orden, y dar respuesta adecuada, a algunas de las objeciones más importantes que a la *Nueva Defensa Social* se le han hecho. Evidentemente que este capítulo es el más subjetivo y, sobre todo, el que de forma más directa, casi esquemática, indica la razón de ser de la *Nueva Defensa Social*. El profesor Marc Ancel hace en estas páginas una afirmación que aquí y ahora debemos recordar, a saber, "una política criminal de Defensa Social no puede ser verdaderamente instaurada, sino en un clima de moral social que la comprenda, la justifique y la desarrolle".

Lógicamente, y aún cuando no nos detengamos en el estudio de la mayor parte de las objeciones que a la Defensa Social se le han hecho, no debemos dejar en silencio la más importante, esto es, la de la pretendida necesidad de retribución, y las exigencias de la prevención general. Lo que ha dado lugar a que el autor llegue a dos conclusiones igualmente importantes: una, la de que "las ideas básicas de la Defensa Social son ya admitidas ampliamente por muchos autores", y otra, la de que la única pretensión de la *Nueva Defensa Social* es, precisamente, "la de integrar leal y audazmente esos medios de individualización del tratamiento en una amplia política criminal que les dará todo su valor, a fin de llegar a una protección completa de la sociedad por la protección misma del individuo".

En definitiva, he aquí un libro importante, claro y profundo. Un libro en cuyo fondo aparece la imagen del hombre, pues no en vano mucho se habla de él en sus páginas. Ciertamente, dada la amplitud del tema, los muchos contrastes que presenta, así como la infinidad de objeciones que a la doctrina de la *Nueva Defensa Social* se le pueden hacer, no nos atreveríamos a afirmar que el concepto que de la misma apresamos en las páginas de este libro sea el definitivo, aunque honradamente reconozcamos que se le aproxima bastante.

JOSÉ MARÍA NIN DE CARDONA

# El Código penal sueco

POR JOSÉ SÁNCHEZ OSÉS,  
*Secretario del Tribunal Supremo*

(Continuación)

## PARTE SEGUNDA

Ya se dijo en el fascículo precedente de este "Anuario" que la Parte segunda del Código penal sueco abarca 22 capítulos, numerados del 3 al 24, dedicándose los dos últimos de ellos a la tentativa, a la preparación y a la participación en el delito, sin omitir lo relativo a la legítima defensa y la mención de determinados actos que el legislador estimó justificados por el estado de necesidad. Los veintidós primeros capítulos mencionados son los dedicados a la configuración de los delitos del modo que seguidamente se expresa:

El capítulo 3.º trata de las "Infracciones contra la vida y la salud", figurando consecuentemente dentro de su ámbito, el asesinato y los homicidios intencionales privilegiados, cual es el infanticidio.

Ha de advertirse sobre esas figuras que el Código nuevo no utiliza, como criterio distintivo para la configuración y ulterior represión de tales delitos, la concurrencia o no de premeditación.

Vienen luego los atentados a la integridad personal ajena; los homicidios e iguales atentados, pero culposos meramente, la producción de un peligro para tercero, bien exponiendo a una persona a que corra un riesgo mortal o al de una lesión corporal de importancia. Al igual que en el Código suizo, viene seguidamente la previsión relativa al aborto (artículo 4.º del propio Capítulo 3.º).

El siguiente Capítulo 4.º, consagrado a los delitos "contra la libertad y la paz", trata de los casos de sustracción o rapto, de menores o mayores de edad, de los que denomina "secuestros arbitrarios", del hecho de situar a una persona en situación de angustia o abandono mediante coacción o empleando supercherías, o bien limitando su libertad por cualquier modo, o bien obligándola a residir o permanecer en un lugar extranjero con exposición a ciertos peligros; ocúpase asimismo este capítulo de las coacciones ilícitas en general, de las amenazas, del allanamiento de morada (concepto más amplio, por razón del lugar del que al respecto mantienen la mayoría de los Códigos europeos y muchos americanos), de las "molestias, preocupaciones, etc.", al prójimo, quebrantamiento del secreto de la correspondencia postal o telegráfica, o cualquier otro atentado contra cosa sellada o guardada bajo cierre.

El Capítulo 5.º trata de los atentados contra el honor; es decir, concretamente, de la calumnia y de la injuria, estableciéndose para la primera una modalidad de carácter grave (ver, I. AGGE, en su trabajo, "Das neue Swedische Strafgesetzbuch", publicado en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", 1964, pág. 109).

El capítulo 6.º viene dedicado a las infracciones contra las buenas costumbres, contra los actos de índole sexual sobre todo que atenten a aquéllas, matizándose en esta clase de transgresiones el perjuicio irrogado a la persona



(N. BECKMAN: *Les infractions dans la législation pénale suédoise*, en "Revue de Science Criminelle", 1965, pág. 54).

En tal grupo de delitos figuran: la violación, asimilándose a la violencia empleada el hecho de dejar inconsciente a la mujer; las relaciones sexuales logradas mediante amenaza o cualquier otra clase de abuso; las habidas con menor de quince años o los contactos indecentes con el mismo; con persona de otro sexo menor de dieciocho años aprovechándose de la situación de dependencia en que el mismo pueda hallarse respecto al culpable; y el atentado, en general, a las buenas costumbres de que se ha hablado en un principio de esta parte.

La homosexualidad incide en represión penal si se perpetra por persona de más de dieciocho años contra menor de tal edad, o contra menor de veinte cuando medie además abuso de la consabida situación de posible dependencia respecto a la última.

Viene luego el incesto, configurado por relaciones con el propio hijo, o descendiente del mismo, con el hermano o la hermana.

El proxenetismo es material del artículo 7.º, que se ocupa de reprimir la promoción o explotación habitual, o el obtener de cualquier modo provecho de la vida inmoral de otra persona. Por supuesto, merece lugar destacado la previsión del Código contra la incitación a que lleva tal género de vida persona menor de veintiún años, el fomentar relaciones sexuales eventuales entre dos personas para obtener lucro de las mismas; es decir contra el fomento de la liviandad.

Por último, este capítulo 6.º ocupa igualmente del que, mediante regalos o promesas logra o trata de lograr relaciones sexuales pasajeras con cualquier menor de dieciocho años, o de menos de veintiuno, si se trata de persona del propio sexo; figuras éstas que se consideran legalmente como constitutivas de "seducción de la juventud".

El Capítulo 7.º va dirigido a la protección de la familia, no sólo castigando la bigamia, sino también el hecho de contraer matrimonio contra quien, a consecuencia de enfermedad mental, de trastorno mental transitorio o por otra causa semejante, no se halle en situación de obrar debidamente. También se sanciona aquí el hecho de celebrar un matrimonio anulable a instancias del otro consorte, a causa del fraude o engaño; las falsedades sobre el estado civil y el apartamiento de un menor de quince años de la persona a la que se halla legalmente confiada su guarda, a lo que queda equiparado (a efectos de sanción) el hecho de separar sin fundamento y arbitrariamente del cuidado de ambos esposos niño de la edad aludida confiado a los dos, y el tomarse la justicia por su propia mano en este orden de cosas, por ejemplo, cogiendo sin autorización un niño o un consorte o cualquier otra persona, aunque inicialmente tuviera confiado el cuidado del mismo.

Como hace notar N. BECKMAN en su obra antes citada, el adulterio no se cita en la nueva Ley, por cuanto fue suprimido como delito en Suecia desde 1937.

El capítulo 8.º aborda el robo, el bandidaje y otras figuras de atentados a la "posesión" (sic), teniendo al efecto en cuenta el valor del objeto sustraído, pero sobre todo la peligrosidad de los medios empleados por el responsable para hacerse con el objeto. Por lo que al robo atañe se castiga con menor severidad si se trata de mera ratería, atendiendo al valor de los bienes malapropiados y cuando se trata del perpetrado en el ámbito familiar. Viene la agravación si se trata del robo cometido mediante el empleo de armas o rompimiento de cerradu-

ras o protecciones similares. Se configura el "bandillaje" por la realización del robo con violencia en las personas, más agravado aún si los medios violentos son de importancia, o si el reo se ha conducido con brutalidad o recurriendo al mismo.

Cualquier otra apropiación no descrita en el precitado capítulo es igualmente constitutiva de infracción a tenor del artículo también 8.º del mismo, y es además del caso recordar a nuestros lectores que por disposiciones de índole especial se hallan también sancionados en Suecia: el robo de vehículo, la usurpación de la posesión ajena por sí mismo, estimando que por tal medio puede hacerse justicia uno; la apropiación ilícita de energía eléctrica y las sustracciones perpetradas en los bosques y en el campo.

El Capítulo 9.º versa sobre las "estafas y otros engaños", como se expresaría en nuestro léxico legal; pero que el Código de Suecia reciente describe "in genere" su capítulo 9.º la estafa como el hecho de obligar a otro, mediando habilidad, a que realice o se abstenga de realizar lo que reporte lucro para el inductor y perjuicio para la víctima o su representante.

Quedan equiparadas a la estafa la extorsión, la usura y la receptación, figuras para las que vienen previstas sanciones graduadas según la gravedad de los hechos.

Otros procedereshonestos se califican de infracción: engaños, publicación o distribución de informaciones tendentes a causar alteración en el precio de determinados productos, aceptación de documentos falsos o inexactos, de un cheque sin provisión de fondos bastante y cualesquiera otras habilidades utilizadas como presiones para el logro de ciertas reivindicaciones.

El Capítulo 10 versa sobre el delito de malversación y otros abusos de confianza. El uso ilícito de bienes ajenos, realizados por el poseedor de los mismos "que así causa un perjuicio a otro", y la abstención de restituir lo encontrado o logrado por error, o por la casualidad, son sancionados en los artículos 7 y 8 de este capítulo.

El Capítulo 11, al tratar de las infracciones realizadas por los deudores, perfila los hechos delictivos atentatorios a los intereses de los acreedores: bien haciéndose insolventes, a lo que se equipara sobre todo la diseminación de informes erróneos en las negociaciones formales con los acreedores; los actos que propenden a lograr la agravación o intensificación de la insolvencia; la conclusión del deudor con determinados acreedores en detrimento del derecho de otros de esta última clase, y la teneduría de libros en forma irregular durante los cinco años que preceden a una quiebra, a un convenio con los acreedores, o a la suspensión de pagos.

El Capítulo 12, dedicado a las transgresiones que implican la producción de daños, comprende la destrucción o desvalorización de la propiedad real o de los bienes ajenos, a cuyo propósito la nueva Ley describe dos modalidades de gravedad, al igual que el hecho de atravesar ilícitamente una construcción, un cultivo o sembrado, o cualquier otro terreno en el que pueda producirse un daño de la clase indicada.

El Capítulo 13, referente a las infracciones que originen un peligro colectivo, recoge ese espíritu de solidaridad social que ya revelan los Códigos penales alemán, búlgaro, danés, griego, holandés, suizo y checoslovaco, estableciendo

sanciones para aquellas infracciones susceptibles de provocar peligro para la vida o bienes de los ciudadanos, tales como el incendio voluntario, explosiones, inundaciones, hundimientos, naufragios, accidentes aéreos o de ferrocarril, y cualesquiera otros desastres similares aptos para crear peligro contra la vida o la salud ajenas, o un riesgo de destrucción importante de la propiedad ajena también; el envenenamiento de alimentos, agua u otras cosas parecidas; la producción de peligro general para los animales y las plantas, y el no adoptar las medidas precisas para descartar la coyuntura o efectos del peligro. Con excepción de los actos de "sabotaje", quedan facultados los tribunales para acordar, en los demás casos precedentemente indicados, sanciones de menor severidad, siempre que se haya conjurado oportunamente el peligro.

Las "falsedades" son objeto del Capítulo 14, que reprime: la perpetrada en documentos, y que a su vez puede también revestir carácter grave y menos grave; la desaparición, igualmente, de documentos; la falsificación de firma en obras artísticas o en otras producciones determinadas; la falsificación de billetes y monedas, la de sellos, marcas y el empleo también de estos útiles ya falsificados. Igualmente se castiga la distribución o puesta en curso de lo que fácilmente pueda creerse es un billete de banco, moneda o cualquier otro signo de valor.

En el capítulo decimoquinto se castigan infracciones penales que tanto tienen de falsedad como de transgresiones contra la Administración de justicia, a saber: el juramento falso y la declaración procesal falsa también, susceptible de represión esta última incluso aunque se realice por mera imprudencia, con tal de que revista cierta gravedad. Quedan descartadas las declaraciones falsas, pero intrascendentes para los autos en curso.

La acusación maliciosa contra un inocente, y la alteración de los medios de prueba, son también objeto de represión; cual ocurre, asimismo, con la abstención por parte de quien puede contribuir a evitar se incurra en error judicial, con las informaciones inexactas, las declaraciones mendaces y el empleo de documentos en que las mismas consten; con el abuso en la utilización de ciertos documentos, como: pasaportes, y la infracción consistente en rehusar la firma en documento probatorio que pueda ver enervada su validez por la ausencia de tal requisito. En todos estos casos, el Código nuevo atenúa la responsabilidad penal, caso de rectificación, cuando de modo espontáneo se enmienda el error previamente al acaecimiento de un perjuicio considerable, o si de cualquier otro modo descarta la posibilidad de otros riesgos posteriores.

El Capítulo 16 aborda las infracciones contra el Orden público: movilización sediciosa de fuerzas; desobediencia a una intimación de agentes de la autoridad; inquietar en una reunión pública; la provocación al desorden; la diseminación de "rumores socialmente peligrosos"; la ofensa a la enseña nacional; la agitación contra un grupo étnico determinado; el atentado a la "paz religiosa"; la violación de sepulturas; los atentados a la moral o a la decencia mediante escritos o dibujos que puedan ser perniciosos a su formación moral; las crueldades contra los animales; la promoción de juegos de azar; la embriaguez pública, y el producirse escandalosamente en sitio público.

El Capítulo 17 prevé las infracciones "contra las autoridades públicas": violencias, amenazas o ultrajes contra persona que se halle a cargo de un servicio

público, o contra quien haya sido llamado a prestar ayuda a tal persona; la resistencia violenta a la autoridad; las calumnias contra esta última mediante la difusión de un rumor falso o una afirmación inexacta de tal índole que sea susceptible de causar el desprestigio de determinada autoridad; el hecho de dar, ofrecer o prometer obsequios u otra recompensa ilícita con motivo del ejercicio de una función que lleve consigo responsabilidad oficial (o pública, en nuestra terminología); las intervenciones ejercidas con vistas a influir en una votación, y el hecho de aceptar, recibir o pedir un favor ilícito para votar o abstenerse de hacerlo; quebrantar el secreto de la votación; las interferencias en materias judiciales, es decir: el hecho de atacar mediante violencias o amenazas a una persona por el mero hecho de que ésta haya clamado ante la justicia o recurrido ante cualquier otra autoridad, o para impedir que adopte cualquiera de ambas actitudes; la protección dispensada a un delincuente, prestándole ayuda para que huya, destruyendo las pruebas de su delito o contribuyendo por cualquier otro medio a que se haga difícil la persecución o enjuiciamiento del mismo; el prestar también ayuda a los detenidos para que éstos puedan lograr su evasión; el desobedecer una orden oficial, el obstaculizar una función de análogo carácter, por ejemplo, negándose a dar acceso al funcionario que con tal carácter lo solicita; el ejercicio, no autorizado, de una función oficial, el alegar la adscripción a un servicio público o el uso de un uniforme oficial sin autorización.

Las infracciones contra la "seguridad interior del Reino" constituyen el contenido del Capítulo 18, que abarca: los ataques violentos a la forma de gobierno; los insultos al monarca o contra otros miembros de la familia real; el alzarse en armas contra el orden legalmente establecido, o la simple amenaza de llevarlo a cabo; el delito contra la libertad ciudadana, y el sustraerse al deber de defensa del país.

El siguiente, Capítulo 19, trata de los delitos contra la "seguridad exterior": la consabida (por figurar en casi todos los Códigos o leyes penales aisladas) figura de alta traición, instigación a la guerra, espionaje, difusión ilícita de información secreta y actividades informativas, también ilícitas, en pro de una potencia extranjera; los ultrajes a la enseña nacional extranjera y la recluta, igualmente ilícita, de voluntarios para prestar ayuda armada al exterior.

Igualmente quedan comprendidos en este Capítulo la deslealtad al llevar a efecto negociaciones cerca de una potencia extranjera o el arrogarse atribuciones excesivas en tal negociación; la difusión de rumores que pongan en peligro la seguridad del Reino; la aceptación de bienes de una potencia extranjera, ofrecidos para influir sobre la opinión pública indisponiéndola con la forma de gobierno, o sobre las medidas adoptadas gubernamentalmente en asuntos de índole exterior o interior del país.

El Capítulo 20 trata de las infracciones que puedan perpetrarse por los funcionarios: abuso de atribuciones por quien tenga a cargo una función pública; la corrupción pasiva; el quebrantamiento del secreto profesional, y el incumplimiento de un deber oficial.

El Capítulo 21 se contrae a las transgresiones realizadas por los miembros de las fuerzas armadas: desobediencia, rebelión, falta de acatamiento a la intimación de un centinela; abuso de autoridad por parte de un superior; ejercicio ilícito de autoridad, violencias, amenazas o insultos contra miembros de las.

fuerzas armadas que se hallen prestando servicio; incorrecciones hacia un superior; incitación a la rebelión por parte de quien se halle de servicio en las fuerzas expresadas; ausentarse sin autorización; desertión o abandono de puesto; embriaguez durante el desempeño de un servicio; comportamiento escandaloso en análoga circunstancia; abuso de atribuciones e incumplimiento del deber militar en general. Las sanciones previstas para estos casos pueden consistir en prisión o en pena de carácter disciplinario.

El Capítulo 22 se dedica a infracciones perpetradas en tiempo de guerra: traición, incluso la debida a mera negligencia; la desertión hacia el enemigo; la inteligencia con éste; el enervar el propósito o espíritu combativo; la difusión de rumores o especies contrarios a la defensa; las reuniones no autorizadas; la negligencia en la preparación de los dispositivos bélicos; la capitulación sin fundamento efectuada por quien se halle al frente de un destacamento, y la negligencia en el combate.

Y, pues que de caso de guerra se está tratando, no está de más traer a colación los supuestos que prevé el artículo 11 del propio Capítulo 22, francamente progresivo, toda vez que trata de reprimir también los casos en que, en el curso de las acciones bélicas o en circunstancias análogas, cause sufrimientos inútiles, o se emplee el símbolo de la Cruz Roja indebidamente, o se incumplan, de cualquier otro modo, los tratados internacionales o los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos.

Ya hemos constatado, en esta segunda parte de nuestro trabajo, dedicado a la difusión del nuevo Código de Suecia, el carácter progresivo que mercedamente ostenta el mismo, y, en tal sentido, ha de permitirnos el lector se haga hincapié en alguna de sus figuras, por lo que de realismo implican en la previsión de delitos que sanciona, cual también es obligado poner de relieve el notorio criterio por el mismo adoptado en cuanto a la gravedad de sanciones, verdaderamente escasa en parangón con las que establecen los demás Códigos europeos en su mayoría, sobre todo los continentales.

Respecto a las muestras de avance que el Código de Suecia brinda en la configuración de los delitos que trata de reprimir, no se ha de ocultar cómo llaman la atención aquellos artículos dedicados, por ejemplo, a la insolvencia culpable que se describe como consistente en desprenderse de bienes, mediante la destrucción de éstos, regalo o actos similares, de modo que llegue a producirse la auto-insolvencia; o sea, intensifique la ya existente.

También puede tener lugar por parte del deudor que oculta una operación (mercantil ha de entenderse), o que invoca la existencia de una deuda inexistente, o vierte informe erróneo al respecto en procedimiento de quiebra o de suspensión de pagos, o causa o simula alteracionse en su auténtico inventario.

Análoga es la postura del deudor que en cualquier otro procedimiento ejecutivo invoca documento eróneo o un contrato ficticio, impidiendo de tal modo la traba encaminada al reintegro al acreedor o el aseguramiento del pago.

En el orden de protección a la institución familiar, merece igualmente nuestro encomio el Código de Suecia, aunque no refuerce tanto las medidas cual lo hace el soviético, y más si cabe se proponía en el anteproyecto del Código Penal para las Islas Filipinas, aún no cristalizado en ley sancionada. Bien es verdad que a todos ellos —y con esto no tratamos de señalar un defecto, sino de

hacer lo posible por que alguna vez se colme inexplicable laguna—les falta la disposición que, reconociendo la realidad, sobre todo frecuente en las comarcas rurales de todos los países, no garantice, “ab initio”, la libertad de matrimonios, que, por ser más de “hechura” familiar que de los propios contrayentes, vienen siendo el auténtico motivo de los fracasos familiares, tan frecuentes en éstos que se ha dado en llamar tiempos modernos.

## REVISTA DE LIBROS

DE ALMEIDA, João Alcides: *O aborto concensual. Estudio de Derecho penal y de política criminal.* Tipografía Escola de Cadeia Penitenciaria. Lisboa, 1964. 203 págs.

Circunscrito el contenido de esta monografía al examen de los postulados, problemas, consideraciones y polémica que plantea y suscita el estudio de "El aborto mediando consentimiento por parte de la mujer grávida", de su punibilidad o radiación de responsabilidad, de la desproporción existente entre su cifra real y su acceso ante los Tribunales, Alcides de Almeida aúna, en común enfoque, un documentado aporte de datos bibliográficos, legales, comparativos, teórico-doctrinales, a una realista muestra y apreciación que —rehuyendo prejuicios y fariseismos— constata y contrasta la extensión y gravedad de este flagelo social con la exposición de las posibles formulaciones de sustitutivos, medidas y derivados político-criminales que lo pueden neutralizar o combatir.

La obra, estructurada en doble perspectiva interdependiente y complementaria, asume el tema bajo dos aspectos: el aborto mediando consentimiento ante el Derecho penal (I) y ante la política criminal (II) para cerrarse con un apéndice de precisiones jurisprudenciales portuguesas en torno a esta figura de delito.

La primera parte, después de una sucinta reseña histórica y de transcribir la delimitación jurídico penal del aborto en la ley portuguesa, incide en ir precisando la noción legal del tipo (muerte del feto), al objeto material, sus límites mínimo y máximo, bien jurídico tutelado, sujeto pasivo (feto, mujer grávida o comunidad), medios de ejecución, culpabilidad, análisis del consentimiento de la embarazada y de su muerte a consecuencia de prácticas abortivas, para desarrollar —con especial atención— los diversos supuestos de aborto consensual: el "honoris causa", su exigencia en el terapéutico necesario y su concurrencia con el efectuado en estado de necesidad (inscrito en el C. P. portugués con exigencia de intervenir "miedo insuperable" a un mal igual o mayor, eminente o en comienzos de ejecución), así como a la aparición de formas agravadas, la coparticipación (suministro de medios, indicación del abortador, acompañamiento, pago de precio) para terminar con breves referencias al "iter criminis", a las formas imperfectas de la acción y a la incriminación del aborto imposible.

La segunda parte se inicia con un capítulo de referencias estadísticas, del "quanto" de los abortos que llegan a ser conocidos y condenados en parangón con su plausible número real clandestino (estimándose la proporción del 1/25 al 1 por 1.000) para abordar, en mayor detalle, el verdadero núcleo del trabajo; exposición de las tesis impunitas, argumentos en pro de su licitud, motivos determinantes del aborto, riesgos para la grávida, y potenciales medidas y formas morales, sociales y económicas de prevención y combate.

Respecto a las primeras (que en la opinión del autor, *punitonista*, carecen en su casi totalidad de contenido jurídico penal, aun cuando pueden expresar intrínsecas realidades) se enumeran como destacables: el feto no es persona (tesis romanista de la "pars ventris", postulados feministas de la maternidad consciente y deseada); ineficacia intimidadora de la sanción penal, consecuentes riesgos de muerte o invalidez que se acarrean al constreñirse a acudir a la clandestinidad; desigualdad económico-social que viene implicada en la misma; inducción a tan lucrativa actividad; ser fuente de actividades criminales (extorsión); antipopularidad del castigo; oponibilidad a la elevación del nivel de vida; intromisión en esferas vedadas al legislador; aumento de la filiación ilegítima, del infanticidio y la mortalidad infantil; o de perseguir fines inmorales, sueños de imperialismo expansionistas o de explotación de una mano de obra barata.

Los capítulos V, VI, VII y VIII de esta segunda parte examinan las diversas modalidades del aborto: terapéutico (salvación de la madre), eugénico (evitar descendencia tarada), sentimental (gravideces originadas por violación o incesto) o por motivos económicos (angustia económica o vituperables aseguramientos de comodidades).

Como medidas de combate (no aceptándose la impunidad ni menos, por ello mismo, arriesgándose el desprestigio de reducirse a programáticas conminaciones) se proponen como más apropiadas y frecuentemente sugeridas: Agravación de penas; alarma sobre los peligros y dañosas consecuencias de las prácticas abortivas; admisión de métodos anticonceptivos; punición de la tentativa y del delito imposible; impunidad si la abortada denunciase su propio delito; restauración del turno de las inclusas; investigación y persecución por personal especializado; agentes provocadores; intensificar la fiscalización y vigilancia de comadronas y de hospitales y clínicas; abolición del secreto profesional médico y aun obligación del personal sanitario de proceder a la correspondiente denuncia; medida ésta que, por su especial trascendencia, es objeto de un detenido examen de "pros" y "contras" inclinando al autor a su adopción.

La obra se cierra —tras unos escuetos parágrafos dedicados a esbozar una panorámica del aborto y su regulación jurídico penal en España, Francia, Italia, Suiza, Alemania, Checoslovaquia, Rusia, Brasil, Argentina y Uruguay— con sendos capítulos de conclusiones relativas al aborto criminal en la nación lusa a una síntesis crítica del artículo 358 del Código penal portugués, dirigida, "lex Ferenda", a promover una más apta, completa y eficaz redacción de su texto.

ISMAEL MORENO PÁRAMO

**ANGARITA TRUJILLO, Carlos: "La situación irregular". Edime. Caracas-Madrid, 1965. 478 págs.**

El abogado doctor Carlos Angarita Trujillo se ocupa en esta obra del tema tan actual de la delincuencia juvenil. Referido el problema al área geográfica venezolana, parece que, según opina el autor, la situación del menor delincuente está en el plano legal bien estudiada. Pero tal adecuación legislativa falla por carencia casi completa de instituciones.



Por otra parte, las normas reguladoras de estas materias son, en general, poco conocidas y, lo que es peor, mal interpretadas. La labor del doctor Angarita se dirige especialmente a exponer en forma clara y sistemática, digna de elogio, las disposiciones del Estatuto venezolano de menores. En este texto legal se consideran menores en situación irregular (Tít. I, libro IV, Estatuto citado) a aquellos "en estado de abandono material o moral o a aquellos otros en situación de peligro".

Un segundo e interesante aspecto de la obra es el dedicado al examen del procedimiento y medidas correccionales a tomar con el menor delincuente; entre estas medidas se estudian con detenimiento la libertad vigilada o sistema de prueba, la colocación en familia y el internamiento en instituciones reeducativas. No basta, apunta al respecto Angarita, con enseñar al menor delincuente a leer y a escribir; "es necesario también inculcar en sus mentes la noción de lo bueno y lo malo, lo correcto y lo anormal, lo justo y lo injusto".

Sigue después una crítica severa del proyecto de reforma de la legislación vigente. Las previsiones del legislador son atinadas; se carece, en cambio, de los instrumentos institucionales para dotarlas de la necesaria eficacia. Ahí está la clave del mal y no en el Estatuto que, pese a contar con catorce años de vigencia, aún es un cuerpo jurídico que responde a verdaderas y sentidas necesidades actuales.

Finalmente, una breve síntesis de legislación comparada, más un capítulo dedicado a proposiciones "de lege ferenda" completa el trabajo del doctor Angarita. Una aportación realmente estimable.

M. DE SOROA

**BACIGALUPO, Enrique:** "La noción de autor en el Código penal". Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1965. 59 págs.

Con referencias concretas al Código Penal Argentino, pero asimismo si se hace abstracción de los numerales de reseña de articulado, referible al Derecho Penal Español, el reducido contexto material de este trabajo (44 págs.) cumple, al par de su brevedad enunciativa, autodelimitación de exégesis legal, parvedad de autores en cita y medición electa de textos, una laudable finalidad de intentar, pese su dificultad, en ceñido discurrir de anastomosis lógico-doctrinales, un logro de precisiones conceptuales y de apertura de vías encaminadas al esclarecimiento del nebuloso e indeslindable perfil de la autoría frente a la participación.

La obra ostenta como portada un volandero prólogo, donde, asumiendo funciones de liberal mentor, Jiménez de Asúa presenta al autor su propósito (aplicar la teoría en boga de la acción finalista a la construcción dogmática del concepto de autor) y explaya, en la coyuntura, donosas consideraciones en torno a personales vivencias, a los paralelos conceptuales, de relación: profesor-alumno, maestro-discípulo, para otorgar, a éstos últimos, sus plácemes por su misión de Mehistófeles rejuvenecedores, alertadores de innovaciones o tendencias al día, en favor de los "Faustos" científicos que no

se obstinen en encastillamientos de solo admitir sus auto-declaradas ortodoxias.

En el centro del ensayo, y como principios fundamentales de partida para la elaboración del concepto de autor, se postula: *a)* la autoría, como categoría, debe comprender tanto la autoría mediata como la coautoría; *b)* autoría y participación deben deslindarse cual categorías distintas, aunque, a efectos de punición, se equiparen en el C. P.; *c)* el diverso contenido de lo injusto en los delitos dolosos y en los delitos culposos obsta a un concepto unitario e impone regir por principios distintos, en cada categoría, la calificación de autoría o participación; *d)* la autoría debe determinarse por el valor objetivo de la actuación, no admitiendo modificaciones por el "animus" especial del autor.

En precedente apartado, BACIGALUPO enumera y somete a crítica los intentos de desarrollo de la teoría de autor en Argentina (Soler, Núñez, Caballero, Frías, Jurisprudencia de la Cámara del Crimen de la Capital C. C. C.), pues ya sea partiendo de criterios subjetivos u objetivos en extensión de la noción de autor, atendiendo a la causación del resultado, análisis de la penalidad o del estricto texto legal, todos conducen a conclusiones erróneas, a quebrar arbitrariamente la categoría de la complicidad, mermar la noción de autor por una mera determinación en vía negativa ("no ser partícipe"), relativizar la función de garantía, o recurrir a un "animus auctoris" ("querer el hecho como propio" o "como ajeno") tan inaplicable a ciertos tipos (delitos de *propia mano*) como de imposible precisión.

Respecto a la diferencia de contenido entre los tipos dolosos y culposos (puesta de relieve por el finalismo —en aplicación del método ontológico "vinculado al ser o las cosas".— desplazador del juicio de disvalor desde el resultado al ámbito de la acción, dado que "el derecho penal no solamente prohíbe determinados resultados, sino antes, y especialmente, determinadas acciones disvaliosas" Welzel) si, en virtud de ello, se perfila el contenido de lo injusto en los delitos dolosos radicando lo peyorativo en la acción teleológicamente dirigida a obtener la concreción del resultado típico, en tanto constituye lesión de un bien jurídico; en los culposos lo antijurídico se instala en un disvalor de la acción en cuanto es constitutiva de la infracción de un deber de cuidado que acarrea la producción del resultado prohibido, se deduce, para éstos últimos, que toda cocausación del resultado debe estimarse coautoría y, por propia estructura como por ínsita necesidad lógica, no caben posibilidades de instigación ni de complicidad mientras —respecto a los tipos dolosos— la frontera entre autor simple, autor mediato, coautoría y complicidad e instigación se trazará según quienes ejerzan el dominio efectivo del acto.

Es, pues, en este concepto del dueño de la acción (reivindicada su prioridad para Silvela por Asúa, Atenas, 1957), ya sea concebido como el "señor conaciente de la acción finalista" (Welzel), como "dominio voluntario del moldeado del hecho", del "recurso del suceso típico" (Maurach) o como aquel que "actúa sin subordinar la propia voluntad" (Bockelmann)—, donde puede encontrarse una base discriminadora, certera y coherente, para deslindar la noción de autor. Adhiriéndose a la tesis material-objetiva, BACIGALUPO concluye su trabajo estableciendo, con Maurach: 1.º La inmediata realización

del tipo es autoría, no pudiendo invocar dolo de cómplice quien realiza una característica de tipo, *a*) siendo únicamente coautor quien muestra calidad de autor, *b*) existiendo imposibilidad dogmática, en delitos de propia mano o en delitos especiales, de coautoría siendo sólo posible complicidad o inducción; 2.º autor es el titular del dominio del hecho y el coautor su cotitular o condómino.

I. M. P.

**BARRERA DOMINGUEZ, Humberto:** "Delitos sexuales". Editorial Temis. Bogotá, 1963. 362 págs.

El autor, profesor de Derecho Penal en la Universidad Libre de Colombia y Magistrado de la Corte Suprema de Justicia en dicho país, reúne en este libro sus lecciones de Cátedra; y su propósito, como advierte es el de contribuir a la solución de las distintas dificultades que plantea la legislación penal colombiana al ocuparse de la defensa del patrimonio sexual de las personas, analizando simultáneamente esa esfera delictual desde el campo de la legislación comparada, doctrina científica y jurisprudencial.

Dividida la obra en tres partes, se detiene el profesor Barrera Domínguez en la primera, a modo de generalidades, para estudiar las figuras penales ante los postulados de la Escuela positiva, llegando a la conclusión, tras particulares alusiones a Alfredo A. Molinario y Ernst von Beling, de que no existe contradicción entre los postulados de la Escuela positiva y el necesario señalamiento en los Códigos de las conductas punibles, si se toma en consideración —dice— que no es el delito lo que justifica la pena, sino la peligrosidad de quien lo comete: El delito es, sí, la consideración indispensable para que el juzgador pueda averiguar esa peligrosidad. Y bajo la rúbrica "Cuerpo del delito" describe el concepto del delito y analiza sus elementos constitutivos: elemento típico objetivo, elemento típico normativo y elemento típico de orden subjetivo.

Al estudiar, en la segunda parte, las cuestiones generales sobre la delincuencia sexual, procura el profesor colombiano dar a la obra un carácter instrumental práctico; haciendo amplias referencias a la sicopatía sexual y con una clasificación sinóptica de la amplia gama de esas conductas delictuales; con recopilación de consideraciones hechas por autores europeos e iberoamericanos; concretando, a continuación, el ámbito del Derecho Penal en las relaciones sexuales. No faltan unas breves referencias históricas de los actos abusivos o violentos en el trato sexual que fueron objeto de sanción; y de la confusión, en un tiempo, de las normas religiosas con las del derecho, hasta que se cayó en la cuenta que el campo de la moral es mucho más vasto que el campo del derecho. Y así, en lo que respecta a la conducta sexual de las personas, nos revela, con lógicas apreciaciones, que las legislaciones modernas han abandonado la moral pura para ocuparse únicamente de las relaciones eróticas que afectan al patrimonio sexual de alguien, en esos bienes de libertad, honor y seguridad sexuales, cuya defensa es indispensable para una ordenada convivencia social. Estudia con detalle las perturbaciones de la fun-

ción sexual, que clasifica en cuantitativas y cualitativas, según se trate del "quantum" de erotismo o de las aberraciones del mismo, examinándolas pormenorizadamente y con abundantes citas de autoridades en la materia, entre ellas las sugerencias del eminente endrocrinólogo español, Gregorio Marañón, matizadas si no de un espíritu de absoluta tolerancia, sí, al menos, de entregada comprensión, al compartir con algunos penalistas la apreciación de que el amor "socrático" y el amor "sáfico" no son actos delictivos, sino hechos reveladores de trastornos constitucionales del sujeto, e incluso considerar que el homosexualismo y las demás perversiones sexuales son problemas educativos y no cuestiones jurídico-penales.

En sus referencias doctrinales y de legislación comparada, se limita siempre, el autor, a los países de habla española, también a Italia y España y, reminiscentemente, otros países europeos. Examina, pues, la represión penal de las relaciones sexuales y la legislación vigente en Colombia, Italia, España y Códigos de los países iberoamericanos, señalando la falta de unanimidad de criterio con respecto a las conductas sancionadas como delitos sexuales y la falta de coincidencia en la denominación de estas infracciones punibles, relacionando a continuación las figuras delictivas en los Códigos de dichos países. Considera que la denominación de delitos contra la libertad y el honor sexuales, que se da en el Código Penal colombiano, es más acertada que la de otras legislaciones. Y señala el acierto del legislador colombiano al separarse del criterio de otros Códigos, que clasifican dentro de los delitos sexuales el rapto, el incesto, las ofensas al pudor público, el aborto y la contaminación venérea; los que técnicamente no pueden ser aceptados como delitos de la esfera de las relaciones sexuales.

La represión penal interviene cuando la conducta erótica ofende al pudor público (delitos contra la moral pública), o bien cuando se lesionan intereses necesarios a la ordenada convivencia social, como son la libertad sexual, el honor y la seguridad sexuales. No sabemos si ha sido intención del autor pasar por alto el factor importante del encaje ambiental y momento histórico-social y político, decisivos en las distintas represiones de los países a que alude. Libertad sexual, entiende él, es el derecho de la persona para disponer de su cuerpo, en materia erótica, como a bien tenga, y, consecuentemente, para abstenerse de cumplir relaciones sexuales. Cuando se trata de un menor de catorce años, es más una ofensa a la seguridad sexual que al honor o a la libertad sexuales; dando seguidamente un concepto del honor sexual y su distinción de la honra.

Ya en la última parte de su libro precisa el examen de estos delitos en la legislación penal colombiana. Como introducción al estudio de la legislación vigente expone cómo fueron tratados los comportamiento sexuales punibles, en los distintos pueblos precolombinos, antes de la conquista española, durante la época colonial y en los Códigos de 1837, 1873 y 1890.

Después de transcribir literalmente los preceptos del Código Penal colombiano, se hace un detallado estudio de cada figura delictiva, con citas doctrinales de autores colombianos e incluso extranjeros, y de las coincidencias y divergencias existentes entre aquél y los Códigos de Italia, España y los de países iberoamericanos, así como la doctrina jurisprudencial comparada - trans-

cribiendo interesantes Sentencias del Tribunal Supremo español, comentadas por los tratadistas Quintano Ripollés y Cuello Calón—. El Código Penal de Colombia establece en ese renglón de delitos las siguientes figuras: violación carnal, estupro, abusos deshonestos, corrupción de menores y proxenetismo.

Examinando la violación, y sobre la posibilidad que se dé entre hombre y mujer en equilibrio de fuerza muscular entre ambos, y acudiendo a ésta para el sometimiento y resistencia, apunta un interesante estudio que el profesor Emilio Mira López tiene sobre las distintas fases del ciclo emocional del miedo. No deja de ser curiosa la cita que hace sobre sí, a pesar de los fines mismos del matrimonio, es posible admitir el delito de violación entre los cónyuges.

Para el autor, el delito de estupro, en su alcance jurisprudencial, es uno de los conceptos más imprecisos, al igual que en la doctrina científica y en las distintas legislaciones; una de las figuras menos evolucionadas. Se ha dicho que sí, doctrinalmente, la violación es el delito de robo sexual, también cabe estima que el estupro, en atención a que el consentimiento de la víctima para el ayuntamiento es obtenido llevándola a error por el empleo de engaño, supercherías o seducciones mediante promesa de matrimonio, es el delito de estafa sexual. Sigue mostrando su aplauso al criterio seguido en la legislación penal colombiana, para la que puede existir el delito de estupro sin requerir las condiciones de honestidad y menos de doncellez del sujeto pasivo; ni deja de la protección penal a aquellas mujeres que por sobrepasar determinada edad máxima, como se fija en algunos Códigos, no puede ser objeto de la salvaguarda de esta infracción penal. A proteger la libertad sexual apuntan las firmes consideraciones del autor en armonía con el Código colombiano —en contraposición a otras corrientes doctrinales como la de su maestro Carrara, otros Códigos y jurisprudencias extranjeras—, sobre todo en el delito de estupro, y esa es la línea de la Ley colombiana, que atiende a resguardar la libertad sexual más que el honor sexual. Interesante el estudio que se hace del beso, sobre si procede incriminarlo como abusos deshonestos, recogiendo, acerca del propósito lúbrico del agente, los sustanciosos comentarios que hace el Magistrado del Tribunal Supremo español y Catedrático de la Universidad de Madrid, Quintano Ripollés.

El completo estudio que se hace de los delitos sexuales en el derecho comparado de los países iberoamericanos y de España e Italia, da un interés especial a esta obra para los estudiosos y profesionales de habla española, al reunir en un solo volumen la legislación de todos ellos con agudo análisis de sus coincidencias y diferencias entre las mismas, lo que ayuda al mejor conocimiento de cada figura delictiva, cuyo examen lleva el rigor de un profundo conocimiento del tema con la doctrina científica y jurisprudencial; al mismo tiempo que en la exposición y dificultades de calificación de ciertas hipótesis, revela un conocimiento práctico de la aplicación de la Ley.

ALFONSO SEVILLA CASAS

**BINDING, Karl:** "Die Normen und ihre Übertretung". Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. 5 volúmenes. Scientia Verlag Aalen, 1965. Reimpresión.

Sirva esta nota bibliográfica únicamente para dar cuenta a los estudiosos del Derecho Penal de que la obra cumbre de Binding, que se hallaba agotadísima, ha sido reimpresa en la Editorial Scientia. Una oportunidad para bibliotecas públicas y privadas de cubrir una eventual e importante laguna.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

**BAUMANN, Jürgen:** "Strafrecht, Allgemeiner Teil". (Derecho penal, parte general). 4.<sup>a</sup> edición. Bielefeld 1966, XXIV + 736 págs.

El Manual de Baumann sobre "Parte General" aparece en su cuarta edición. La primera se publicó a finales de 1960. Cuatro ediciones en cinco años es un éxito (por lo menos económico) no alcanzado por ningún autor alemán de Tratados o Manuales en las últimas décadas.

Este inusitado número de ediciones en tan corto tiempo es consecuencia, fundamentalmente, de la acogida entusiasta que los estudiantes han dispensado al "Strafrecht" de Baumann. En los círculos científicos, en cambio, la acogida de entusiasta no ha tenido nada. Y creo que con razón. Cierto que la obra de Baumann es en la exposición extraordinariamente clara. Pero lo es porque para él la evolución de la ciencia del Derecho penal se ha detenido en von Liszt; a lo sumo, en el Tratado de Mezger.

Es verdad que algunas de las complicaciones de la moderna dogmática alemana no están justificadas y que obedecen, en parte, a un fenómeno de "superdesarrollo". Pero muchas otras sí que lo están; a menudo la dogmática se ha complicado porque los problemas jurídicopenales son complicados también. La claridad del Manual de Baumann se logra por ello, muchas veces, a costa de eludir los problemas que la realidad presenta.

En la edición alemana que recensiono se anuncia que está en preparación una traducción del libro al castellano.

E. G. O.

**COLOMBO, Leonardo A.:** "Culpa aquiliana (cuasidelitos)". Ed. la Ley. Buenos Aires, 1965. Dos volúmenes.

El autor, conocido publicista argentino, ha dado a la imprenta un gran número de valiosas obras jurídicas en las que ha tratado los temas más diversos, principalmente de Derecho Civil y laboral. Su inquietud le ha llevado también a cultivar en algunas monografías cuestiones jurídico penales. En la obra que comentamos, tercera edición de la misma, aborda la gama de problemas derivados de la culpa extracontractual.

A través de tres grandes apartados, referidos respectivamente, el primero a principios generales y responsabilidad por el hecho propio, el segundo a responsabilidades complejas o indirectas y el tercero a los daños y su resarcimiento, va examinando la compleja problemática de la materia. Ha tratado, y lo ha conseguido casi siempre, de brindar al lector un panorama amplio, sin pretender, de intento, profundizar en los puntos expuestos.

Uno de los mayores aciertos del trabajo estriba en la constante referencia jurisprudencial, jurisprudencia argentina y extranjera; en el Derecho vivo busca y encuentra el Dr. Colombo apoyo firme de sus tesis. Igualmente es digna de elogio la cuidada bibliografía que utiliza.

En suma, un meritorio estudio que revela la completa formación jurídica del Profesor Colombo.

M. DE S.

**DÍAZ PALOS, Fernando:** "Teoría general de la imputabilidad". Prólogo de Antonio Quintano Ripollés. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1965. 300 páginas.

Podría afirmarse que el concepto de la imputabilidad es, dentro del Derecho penal, el tema clásico por excelencia, ya que no hay un solo autor que no se haya sentido fascinado por estudiar cada una de las características que identifican su contenido. Precisamente por esto, al intentar un ensayo, o un estudio sobre alguno de sus aspectos, la principal y más grave dificultad con la que suele tropezar el estudioso no es otra que el exceso de bibliografía. Se han dicho ya tantas cosas sobre la imputabilidad que, paradójicamente, todo nuevo intento por descifrar su concepto ha de iniciarse, no especulando sobre las posibilidades de nuevos horizontes que el tema puede ofrecer, sino, por el contrario, poniendo claridad y orden en la bibliografía ya existente.

La profundidad y complejidad del tema exige un gran esfuerzo para su estudio, pero todo sacrificio queda al momento compensado por todo lo nuevo que sobre el mismo se puede decir. Por poco que se escriba, siempre constituirá un avance, dada la especialísima condición de este tema, que aun habiendo tentado a las mentes más privilegiadas permanece como inagotable manantial sobre el que queda mucha literatura por hacer. Precisamente por esto, podemos observar cómo en los grandes manuales del Derecho penal se han expuesto las más contradictorias doctrinas, y cómo en la mayor parte de los autores existe una verdadera fiebre, un auténtico deseo de aclarar definitivamente el concepto filosófico y jurídico de la imputabilidad.

Todo cuanto hasta aquí antecede, era preciso afirmarlo para poder apreciar en su justo valor la importancia del trabajo que, con el título de "Teoría general de la imputabilidad", el ilustre abogado-fiscal de la Audiencia de Barcelona, Fernando Díaz Palos, nos ofrece. Por lo pronto, antes de pasar a examinar su contenido, hay que decir que el autor ha roto la habitual monotonía con la que de ordinario se viene tratando este tema. La principal cualidad que define el esfuerzo de Díaz Palos por conseguir una nueva perspectiva, ha

sido la de seguir el camino difícil, esto es, la construcción del libro desde una panorámica general, partiendo, como muy bien ha dicho, de que "el concepto de la imputabilidad jurídico-penal es, en buena parte, un problema metodológico. O si se prefiere, a la inversa, un problema que de acuerdo con la posición metódica que se adopte tendrá una repercusión esencial en el concepto".

Por todo esto, cualquier definición sobre la imputabilidad nos recordará quiérase o no, sus orígenes metodológicos. Si evocamos el concepto clásico de la imputabilidad, tendremos que "imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias; es decir, para hacerle responsable de él, puesto, que tal hecho es culpable. La culpabilidad y la responsabilidad —ha escrito Jiménez de Asúa— son consecuencias tan directas, tan inmediatas de la imputabilidad, que las tres ideas son a menudo consideradas como equivalentes y las tres palabras como sinónimas". La finalidad, la auténtica tarea que ha de emprender el jurista que quiera proceder con sinceridad y honradez, será en último término la de precisar y distinguir cada uno de esos conceptos y cada una de esas palabras. Conceptos y palabras que, por otro lado, en el Derecho penal están cambiando casi constantemente, no olvidemos la apreciación de Edmundo Mezger, que ya en el año 1933, en su "Tratado de Derecho penal", con una visión profética de los hombres y de las cosas, afirmaba que "la pena, como instituto que sirve a los fines del hombre, debe adaptarse a las peculiaridades, causalmente condicionadas, que yacen en la persona del sujeto; la íntima coincidencia de la investigación causal y de la formación normativa es origen de especiales dificultades, pero también del especial atractivo de los problemas que aquí han de resolverse. De ello resulta que el concepto de la imputabilidad jurídico-penal en esta su estructura causal-normativa constituye una parte integrante, en constante cambio, del sistema jurídico-penal. Podrá la valoración jurídica haber llegado en la ley a un cierto término en su evolución; pero la investigación en referencia a nuestro ser corporal-anímico no conoce tales pausas en ningún instante de su proceso evolutivo. Siempre aparece cambiando y debe siempre aparecer así. Y el Derecho se expondría al reproche de volver la espalda a la realidad si no consiguiera seguir a este fluir constante de la investigación científica."

Sin duda alguna, el principal acierto de Díaz Palos ha sido el de lograr exponer un sistema, y a través del mismo ir confrontando cada una de las construcciones científicas que existían con anterioridad a la concepción de este trabajo, naturalmente esto no quiere decir que el autor haya sacrificado su pensamiento, por el contrario, hemos observado cómo a lo largo de las trescientas páginas, Díaz Palos, aunque en ninguna ocasión ha combatido con excesivo ardor, cada uno de aquellos sistemas que no están en adecuación o conformidad con su ideología, ha logrado poner junto a los mismos su criterio personal, empleando para ello un alto grado de pulcritud, sencillez y claridad. Gracias a esto, su libro, desde las páginas iniciales, nos da una agradable impresión de armonía y de buen gusto que rara vez podemos encontrar en trabajos de análoga especialidad.

El distinguido abogado-fiscal de Barcelona ha dividido su libro en nueve capítulos, que nosotros —para mejor comprensión del mismo— nos permitiríamos agrupar en dos partes: una, filosófica, que mejor sería denominarla teó-



rica, y otra práctica. En la primera, insertaríamos los cinco primeros capítulos, en los que Díaz Palos ha estudiado *el concepto, la base metafísica de la imputabilidad: la libertad y su negación, la repercusión penal, la base empírico-evalorativa de la imputabilidad: psicologismo y normativismo*, y por último, *la noción legal: el Derecho comparado*.

La segunda parte comprendería los cuatro restantes capítulos, presididos, como anteriormente hemos dicho, por un sentido práctico. El autor ha estudiado en esta parte *la teoría general de la inimputabilidad, el tiempo de la imputabilidad; las "Actiones liberae in causa", el Derecho español, y las conclusiones finales*.

Puestos en el trance de elegir, nosotros consideramos que esta segunda parte del libro es, sin lugar a dudas, no sólo la más original, sino la que ha de causar a los futuros lectores de la obra más honda impresión, entre otras muchas cosas, por el acertado capítulo que Díaz Palos ha dedicado a la doctrina de los más destacados penalistas actuales. El grupo de autores estudiados es grande, y ciertamente representativo de la ciencia penal, pero si hemos de ser sinceros, el autor no ha citado a todos, aunque, insistimos, sí a los que podemos considerar más destacados. Acaso la posible causa de este olvido se deba a la circunstancia de no haberse planteado el tema de la imputabilidad desde el punto de vista subjetivo, es decir, atendiendo al pensamiento del jurista, y sí, en cambio, desde la perspectiva metafísica, a saber, intentando descifrar lo que la imputabilidad, objetivamente considerada, puede sugerir al intelectual. De no ser esto así, nos extrañaríamos mucho de no encontrar en el capítulo al que hacemos referencia los nombres de Ferrer Sama, Puig Peña, Rodríguez Devesa y Silva Melero, quienes, indistintamente, en libros, artículos y conferencias han batallado por encontrar el concepto real y definitivo de la imputabilidad.

Al margen de esta ligera imprecisión, que mejor podríamos considerarla de orden bibliográfico que doctrinal, tenemos que reconocer que este capítulo tiene mucho interés, porque en el mismo, Díaz Palos ha expuesto, en síntesis muy lograda, las líneas generales del pensamiento penal actual, adoptando para ello una acertada sistemática, mediante la cual se estudia la formación del pensamiento de los penalistas españoles a partir del siglo XIX hasta nuestros días.

En este mismo capítulo, el autor explica cómo la mayoría de los Códigos, y entre ellos el nuestro, no da una noción de la imputabilidad, y cómo, por consiguiente, hay que deducirla de las circunstancias de la inimputabilidad. Sin embargo, respecto a la inimputabilidad se tropieza con las mismas dificultades, ya que, como ha escrito el profesor español Jiménez de Asúa, "los criterios de los autores de Italia, Francia y España sobre la metódica de la inimputabilidad no son tan exactos al deslindar las causas de justificación de los motivos inimputables", y en otro lugar de su obra ha dicho que "desde que los positivistas penales lanzan sus críticas contra la imputabilidad y sus formas negativas, son muchos los que han creído que no era preciso definir la inimputabilidad, puesto que todos los sujetos eran responsables socialmente".

Para eclipsar toda posible duda sobre los puntos desarrollados en este libro, el autor ha tenido el acierto de dedicar el último capítulo de la obra a la exposición de las conclusiones, a las que, examinados conceptos y teorías, necesariamente hay que llegar. Por su interés, y sobre todo para orientar al lector

sobre la importancia del libro, nos parece oportuno consignar aquí la conclusión undécima que Díaz Palos nos ofrece, y en la que afirma que “en el Derecho español no hay una noción legal de imputabilidad, ni siquiera se encuentra en la Ley, término que la designe, pero la referencia general a la voluntariedad de las acciones en el artículo 1 del Código y la existencia de las eximentes 1.ª, 2.ª y 3.ª del artículo 8.º del mismo Código, auténticas causas de inimputabilidad, han permitido a la doctrina y a la jurisprudencia elaborar una teoría sobre la materia. Este concepto general engloba, de una parte, la capacidad de acción, de acción antijurídica y de culpabilidad, y de otra parte, exige la conciencia de la ilicitud en el imputable. Con todo, esta última consecuencia debería destacarse expresamente en la Ley y convertirse en postulado de *lege ferenda*, como ya hemos propugnado”. Y, seguidamente, a estas consideraciones añade que “el voluntarismo del Código penal español presupone también la libertad, externa e interna, según unánime interpretación no siempre explícita y, a veces, oscurecida cuando se ha querido establecer un hiato o cisura entre voluntad y libertad. Hoy, de acuerdo con la dominante corriente ideológica, se va restableciendo por los penalistas patrios el enlace o relación entre voluntad y autodeterminación que nunca debió romperse y que da a la imputabilidad todo su sentido como plataforma del acto culpable”.

Antes de poner punto final a este comentario, creemos conveniente decir que pocas veces nos podemos encontrar con un libro en el que a la par que se muestra la inquietud por lo que en algún modo podríamos denominar tecnicismo jurídico, su autor se preocupa de no olvidar los aspectos espirituales de la vida del hombre. Si en esta obra esto se ha logrado, se debe a la doble condición de su autor, en quien se reúnen dos excelentes condiciones, a saber, la de buen filósofo y la de buen jurista. Por consiguiente, este tema, que a cualquier otro autor —podríamos citar precedentes— se le habría escapado de las manos, dada su profundidad, amplitud y desdoblamiento filosófico y jurídico, Díaz Palos, por su vastísima cultura y su eficaz preparación, ha logrado dominarlo y extraer del mismo nuevos matices que, sin duda alguna, serán aprovechados por todos aquellos estudiosos que, tarde o temprano, sientan la necesidad de buscarle nuevos horizontes al tema ahora estudiado en este bellissimo libro, a pesar de lo cual, algunas de las ideas que en el mismo se contienen darán lugar a posibles discrepancias —lo que probará su vitalidad—, “discrepancias —que como acertadamente ha escrito el prologuista del libro—, inútil es decirlo, que no empañan lo más mínimo los subidos quilates de la obra, antes bien, sirven de estímulo por lo que tienen de polémicos”.

JOSÉ MARÍA NIN DE CARDONA

**ENGISCH, Karl:** “Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht. (Estudios sobre dolo y culpa en Derecho penal). Scientia Verlag Aalen, 1964. XIV + 483 páginas. Reimpresión de la edición de 1930.

Karl Engisch es uno de los “grandes” de la ciencia penal alemana de todos los tiempos. La fama de que goza está muy por debajo de sus auténticos méritos. Tal vez porque nunca publicó un manual, que en su país le hubiera hecho

popular entre los estudiantes (a éstos les suena el nombre de Engisch, sin embargo, por su "Introducción al pensamiento jurídico", que es un libro metodológico), y que en el extranjero hubiera alcanzado los honores —y la popularidad que ello trae consigo— de la traducción. Tal vez, también, porque Engisch es una persona fundamentalmente modesta que parece empeñada en ocultar, al exponer sus doctrinas, lo que en ellas hay de original y de renovador.

Treinta y cuatro años después de su publicación aparece una reimpresión del escrito de habilitación de Engisch, que se hallaba agotado desde hacía algún tiempo y a la que sólo se ha añadido un breve epílogo del autor. El libro del que damos noticia es, sin duda, la obra juridicopenal más importante de Engisch. En muchas de sus partes sigue teniendo un interés plenamente actual. La tiene —y esto son sólo dos ejemplos— en lo que se refiere a la distinción entre dolo y culpa y a la sistemática de los delitos imprudentes. Por lo que a la primera cuestión atañe, Engisch expone con todo detalle las diversas teorías sobre la naturaleza del dolo eventual, toma posición crítica ante ellas y defiende, en última instancia, una posición ecléctica; desde entonces no se ha vuelto a escribir nada tan interesante y acertado sobre el dolo eventual. En la cuestión de la sistemática de los delitos imprudentes, Engisch, ya en 1930, examinaba en el tipo si había sido observada o no la diligencia objetiva.

E. G. O.

**FERRACUTI, Franco:** "Intelligenza e criminalita". *Publicaciones de criminología y derecho criminal*. Colección de la Scuola Positiva. Giuffrè editor. Milán, 1966. 61 págs.

No es la primera vez que nos ocupamos de este autor haciendo resaltar su papel de puente por el que las investigaciones realizadas y logros conseguidos en Europa en materia criminológica pasan a Norteamérica y los conseguidos y realizados en aquel país vienen a nuestro continente (tomo XVII, XVIII). En este folleto de que ahora nos ocupamos coinciden las dos direcciones, pues es una relación de fichas bibliográficas de obras publicadas, alrededor de mil, respecto de la materia de su título o que en ellas es tratada, seleccionadas de todos los idiomas cultos, excepción del español y portugués, por no haber, que yo sepa, obras que traten de esta materia, predominan las de las publicadas en inglés e italiano, sirviendo así conjuntamente la curiosidad de los estudiosos de ambos continentes.

En una breve advertencia redactada en italiano, español, francés, inglés y alemán, el autor da noticia del origen y fin de la obra, que lo tuvo en la necesidad de examinar la literatura existente en la materia desde finales del siglo pasado hasta hoy, en el curso de la estandarización de una prueba de inteligencia para la población penitenciaria realizada por el Social Science Research Center de la Universidad de Puerto Rico, que auspicia la publicación, buscando la relación entre inteligencia y criminalidad, que se creía existir en el bajo nivel intelectual de los criminales, cosa que hoy no se puede afirmar en términos generales.

El fin de la obra, confesado en dicha advertencia, es el hacer algo útil con la publicación de estas fichas para otras personas interesadas en el asunto, noble fin de provisión de medios a investigadores posteriores que el recensionista cree servir contribuyendo a la divulgación de la obra con la noticia que de ella da.

DOMINGO TERUEL CARRALERO

**GARCÍA LAVERNIA, Joaquín; FLOREZ LOPEZ, Fructuoso:** "Derecho Español de la Caza". *Revista de Derecho Judicial*. Madrid, 1965. 204 págs.

La noble actividad de la caza ha producido una muy variada y a veces contradictoria legislación, que la contempla desde puntos de vista muy diversos, al tratar de armonizar intereses tan dispares y concepciones tan opuestas como las que a ella se refieren. Esto hacía necesario, en busca de la deseada claridad y seguridad en el manejo de las fuentes legales, una sistematización, que es la realizada en este folleto por quien mejor podía hacerlo, un juez de instrucción y un juez municipal, que al menos en el orden judicial son los que más en contacto están con los problemas que dicha actividad plantea.

La claridad por la sistematización se ha conseguido, los diversos aspectos están recogidos en sus capítulos: la caza, el cazador, el medio empleado, etc., que suelen empezar con una noción o un bosquejo histórico o ambas cosas a la vez, que centran y dan amenidad a tan árida materia, el último de dichos capítulos, el XI, dedicado a la responsabilidad engendrada por la caza, estudia, tanto la civil como la administrativa y, fundamentalmente, la penal, que es la que a nosotros nos interesa.

Al considerar esta responsabilidad hacen el análisis de los tres delitos que describe el artículo 50 de la Ley de Caza y el tipificado en el 507 del Código penal, que completan con acertadas citas jurisprudenciales. Con la responsabilidad penal que se contrae con las simples faltas contenidas en la Ley, tan numerosas, hace una agrupación para su estudio: en según el lugar en que se caza, el tiempo en que se hace, los animales objeto de ella, el procedimiento o arte empleado o a otras especiales circunstancias. También estudia la responsabilidad penal subsidiaria o conjunta establecida en la Ley para los expendedores de pájaros vivos o muertos, de las empresas de ferrocarriles que los transporten, etc., y la responsabilidad civil dimanante de la penal.

En cuanto a la penalidad por estas infracciones, va consignada recordándola para cada tipo de los que enumera y analiza, y creyendo que cuando en el de alguna falta no la concreta la Ley, la aplicable es la de su artículo 48, que establece que en todo caso el infractor será condenado a la indemnización de daños, a la pérdida de la caza y a la multa que fija. Estudia después el arresto sustitutorio de la multa en caso de insolvencia, el comiso de la caza y de las armas o instrumentos para realizarla y la privación de la licencia para cazar, así como la preceptiva imposición de costas y la especial prescripción de estas infracciones.

Exposición tan detallada en todos los aspectos está adicionada con unos formularios que hacen el trabajo particularmente interesante y práctico, incluso

para los propios cazadores, a los que facilita el medio de mejor cumplir la difícil legislación actual.

D. T. C.

**GOLDSTEIN, Raúl:** "Diccionario de Derecho penal". Editorial Bibliográfica Argentina, S. A. Buenos Aires, 1965. 476 págs.

El libro que ahora comentamos se publicó por vez primera en el año 1962, encuadrado dentro de la colección de libros científicos que edita la "Bibliográfica Omcba". El hecho de que hasta ahora no se haya distribuido por las librerías españolas, indudablemente que lo remozza y le da nuevamente actualidad, una actualidad que, por otro lado, desde su aparición nunca había perdido, y que, por consiguiente, llega hasta nosotros con cierto consolidado prestigio, tanto de crítica como de público.

No es muy frecuente, al menos entre nuestros juristas, el redactar trabajos de esta especialidad, acaso porque las enciclopedias que, desde hace tiempo, se vienen editando, sustituyen con bastante acierto la auténtica necesidad que plantea la carencia de un buen diccionario, y por otro lado, no debemos olvidar dos cosas; una, la multitud de excelentes manuales que de Derecho penal se han escrito, y otra, lo ingrato de la tarea, que en muy raras ocasiones llega a compensar con éxito la labor del escritor.

El "Diccionario de Derecho Penal" del profesor Raúl Goldstein, ciertamente es un compendio elemental de conceptos, la cualidad más importante de su libro es, sin lugar a dudas, la del orden y claridad. La frondosidad bibliográfica - naturalmente— deja algunos claros, tal vez porque no ha sido posible --imposibilidad metafísica—, dada la fecha de su primera edición, recoger los últimos avances de la Ciencia penal. Pero encuadrándola en su momento, el libro contiene valiosísimos datos e interesantísimas aportaciones, así como el empleo de una brillante sistemática. Lógicamente, hay que decir que peca de excesiva brevedad, de algunas voces tan sólo expone la idea, y difícilmente, en otras, va más allá de una sucinta explicación del concepto. Pero justo es decirlo, que el autor, como humildemente confiesa, no ha pretendido otra cosa --y esta es su finalidad— que la de facilitar la búsqueda de la primera noción de cada vocablo, figura o institución del Derecho penal, sacrificando la extensión que cada cual merece, para procurar dar la idea o el concepto de la voz consultada.

No debemos silenciar que el acopio de materiales que ha realizado el autor es realmente importante, pues, como él mismo ha declarado, "apuntes de clase, anotaciones de conferencias, crónicas jurisprudenciales y periodísticas, así como diversos artículos de revistas, han suministrado el material que ha hecho posible la existencia de este libro". Es de agradecer que, huyendo de un excesivo tecnicismo, el autor ha creído oportuno acudir al auxilio de otras ciencias, así no resulta anormal encontrar conceptos y definiciones aportadas por otras ciencias; "la medicina, la psiquiatría, la criminología, la historia, la política, la sociología; pero cuidando siempre de establecer la correlativa ligazón con la materia estudiada, o su implicación dentro del Derecho penal".

Hay voces, cuyo contenido es importantísimo, y sobre las cuales Raúl

Goldstein ha logrado desenvolverse a una altura científica muy considerable, por ejemplo, la generalidad de los artículos dedicados a la explicación de las eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad del sujeto, así como las referentes al concepto del delito, en donde el autor ha realizado una acertada exposición, partiendo desde la misma definición que, del delito, da el profesor Jiménez de Asúa, para pasar posteriormente a su valoración jurídica, haciéndonos notar, lo realmente difícil que es la permanencia de una definición, que convenga al contenido del mismo, y, por otro lado, con la cual se muestren conformes el mayor número posible de penalistas.

Sin lugar a dudas, creemos que esta voz es la que más profundamente, y con mayor entusiasmo, ha estudiado el profesor Goldstein; un artículo, en definitiva, cuya construcción jurídica es perfecta, no sólo por la terminología en el mismo empleada, sino también por la claridad con que ha logrado captar cada una de las definiciones estudiadas. Otro de los artículos que, aquí y ahora, convendría destacar, es el dedicado al estudio de las *Escuelas del Derecho Penal*. Es importante, porque como se sabe, el desenvolvimiento del Derecho Penal, tan sólo ha sido posible a través de los grupos de penalistas, que bajo una misma idea se han unido, por eso, el autor ha afirmado que "el desenvolvimiento científico del Derecho penal impone una distribución de las corrientes en torno de nociones especiales más o menos propias de los aspectos del fenómeno criminal. De ahí la existencia de *escuelas penales*, advirtiéndolo Roberto Lyra, que una escuela no resulta de alineamientos previamente convenidos en el gabinete o en el aula para que aparezca a una hora exacta en determinado lugar. No es obra de un hombre, sino de una idea o de un programa concebidos y organizados con una fuerza de propagación surgida de un estado de cultura que exige, a veces, el esfuerzo de muchas generaciones". Y en otro lugar de su obra, ha escrito, que "escuela supone proselitismo, debate, publicidad, resonancia, lentamente obtenidos. Los jefes no aparecen ni se afirman desde el primer momento. Antes de ellos, vienen los fundamentos, las conclusiones, las pruebas, las aplicaciones, cuya coordinación se opera imprevistamente, descubriendo los hombres a distancia en la lucha por la evolución científica".

Asimismo, el profesor Raul Goldstein ha estudiado esquemáticamente cada una de las características que identifican y distinguen una escuela de otra. En este aspecto, ha sido muy acertado el cuadro sinóptico, a través del cual el ilustre autor ha explicado cada uno de los matices, que sirven para tener una idea más clara del papel que, en el Derecho penal, han llevado a cabo cada una de estas escuelas, y como mediante sus programas, se ha hecho posible tener un concepto profundo y acertado de los grandes temas del Derecho penal, por ejemplo, del delito, el delincuente y de la pena, y también del propio concepto del Derecho penal, como derecho de la llamada defensa social.

Podríamos detenernos en otros muchos artículos aquí contenidos y que acertadamente han sido estudiados por el profesor Goldstein, pero ello equivaldría a extendernos en esta breve crítica más de lo conveniente al sentir entonces la necesidad de analizar todo el Derecho penal, desde la singularísima panorámica general y particular de la amplísima perspectiva que este Diccionario nos ofrece.

El *Diccionario de Derecho Penal* del profesor Raúl Goldstein, sustituirá

—creemos— muy aceptablemente la carencia de una enciclopedia especializada, y, sobre todo, para el estudiante será un libro de consulta excepcional, no sólo por la noción o nota aclaratoria que en determinados temas le puede ofrecer, sino también por la precisa orientación bibliográfica que en él mismo se contiene, y más que nada por la profusión de citas, a las que en última instancia han de dirigirse todos aquellos que deseen obtener un conocimiento más amplio y real de la materia consultada.

Poco importa que, en relación con ciertos problemas penales, la obra del profesor Raúl Goldstein no se encuentre completamente al día. Este mismo fenómeno o problema editorial acontece muy a menudo con las enciclopedias de mayor altura y prestigio, sin que hasta ahora se haya podido encontrar una solución más adecuada que la de los anexos o la de las revisiones periódicas de las futuras ediciones. Precisamente esto es síntoma de la enorme vitalidad de la Ciencia penal, en la que nuevas investigaciones, nuevos proyectos modificativos, alteran su configuración externa e interna, pero no así su sustancia científica; por eso, el autor ha dicho muy acertadamente que “la misma evolución social quizá quite actualidad a esta obra; pero siempre perdurará el Derecho como ciencia, y a la tarea de facilitar la comprensión inicial de sus más importantes instituciones, tiende este Diccionario”.

Queda por decir que como toda obra que de verdad interesa, será objeto entre nuestros juristas de apasionado estudio y viva controversia, pero en el fondo estimada y valorada en su justa medida, a saber; como un laudable esfuerzo por destacar aquellos matices de la Ciencia penal que necesitan una nota explicativa para colmar la habitual imprecisión con que vienen envueltos.

J. M.<sup>a</sup> N. DE C.

**KNODEL, Klaus Dieter: “Der Begriff der Gewalt im Strafrecht. (El concepto de la violencia en Derecho penal), Berlín y Munich, 1962. Beck. XII + 178 páginas.**

Knodel, discípulo de Schröder, ha elegido como tema de su primer libro una cuestión sumamente complicada y discutida: la del concepto jurídicopenal de la violencia. El autor está en todo momento a la altura del tema y nos ofrece una excelente monografía admirable por su erudición y por su agudeza. Las soluciones que ofrece no son improvisadas, sino todas ellas meditadísimas. Si a alguno no le convencen ello no será debido a que Knodel no haya tratado el tema con gran inteligencia, sino a que éste es, en efecto, extraordinariamente difícil. En cualquier caso, su obra representa un verdadero avance en la comprensión del concepto jurídicopenal de la violencia.

El autor estudia, en primer lugar, el concepto general de la violencia tomando por base para ello el tipo de la coacción. En una última parte del libro se ocupa de las modificaciones y limitaciones que en los distintos tipos (violación, robo, etc.) experimenta el concepto general establecido.

Para Knodel, la violencia puede ejercerse sobre la formación de voluntad: se ataca la libertad de la víctima impidiendo que llegue a tomar una

decisión, Esto puede suceder, en opinión del autor, tanto aplicando fuerza física (de un golpe se deja sin sentido a la víctima) como sin aplicarla (hipnosis, narcosis, etc); en todos estos casos, piensa Knodel, existe violencia en sentido juridicopenal.

La libertad del sujeto pasivo puede ser atacada también impidiendo, no la formación de voluntad, sino su actuación conforme a la decisión que la víctima ha tenido oportunidad de tomar. También para estos casos niega Knodel que sea preciso que se aplique fuerza física; ni siquiera hace falta, opina, que se actúe directamente sobre el cuerpo del coaccionado. Más bien piensa que violencia en sentido juridicopenal es también la modificación del mundo circundante de tal forma que se le haga imposible al coaccionado, a pesar de que dispone en todo momento de un dominio absoluto sobre su cuerpo, el traducir en un comportamiento la decisión de su voluntad. Conforme a este concepto será coacción, por ejemplo, quitar a un paralítico las muletas para impedir su desplazamiento, extraer de un automóvil la gasolina para que el conductor no lo pueda poner en movimiento; impedir a un sujeto que marche a Australia sustrayéndole el pasaje del barco; quitar a un moribundo las gafas para que no pueda redactar un nuevo testamento. Exigir para la coacción que haya una intervención directa en el cuerpo representaría, piensa Knodel, una limitación insoportable a la protección juridicopenal de la libertad. Según Knodel debe ser indiferente para admitir un ataque a la libertad el que el criminal que quiere impedir que otro firme un documento lo consiga tapándole los ojos, quitándole las gafas o atándole a una silla.

E. G. D.

**LUMIA, Giuseppe: "El diritto tra le due culture". Milán. Dott. A. Giuffrè. Editor, 1966.**

En tres partes ha dividido el autor su libro, que constituye una auténtica aportación a la bibliografía de obras dedicadas a la explicación de las escuelas filosóficas.

La primera parte, bajo el título "L'ideale eleatico e la realtà eraclitea del diritto", está dedicada a la contemplación del iusnaturalismo y el historicismo.

En segundo lugar se exponen en el neocriticismo, neoidealismo, fenomenología, neopositivismo, nuevo iusnaturalismo, corriente formalista, etc, como exponentes del pensamiento jurídico contemporáneo.

Y por último se centra el autor en el tema objeto de estudio, donde se detiene a relacionar el Derecho con la filosofía y la ciencia. Bajo el primer aspecto se hacen unas consideraciones críticas sobre el neokantismo, neoidealismo, fenomenología, etc. En segundo lugar estudia las implicaciones ideológicas de la teoría científica del Derecho, la relatividad de su definición y su contemplación bajo el punto de vista de Derecho — Autoridad, Derecho — Norma, Derecho — Institución.

Concluye LUMIA desarrollando el punto de incidencia entre las dos culturas y sus posibles divergencias tras considerar la filosofía del derecho como crítica de la ciencia jurídica y del valor jurídico.

GERARDO ENTREÑA CUESTA



MAZZANTI, Manlio: "I reati elettorali". Milano. Dott. A. Giuffré, Editor, 1966.

El autor, tras una breve introducción en la que perfila lo que por este tipo de delito hay que entender, divide su estudio en siete capítulos en los que estudia los supuestos generales de la objetividad jurídica que se contempla, los delitos contra el libre ejercicio de la propaganda electoral; referentes a la formación del censo; al impedimento de la libre formación y emisión del voto; a las maquinaciones en el acto del sufragio; al procedimiento a seguir en la persecución de estos tipos delictivos, etc.

Es de destacar en el libro objeto de estas líneas su claridad expositiva y sistematización. Realmente digno de atención para los estudiosos por cuanto se trata de una materia tan necesitada de una minuciosa regulación de nuestro Derecho patrio, máxime teniendo en cuenta el proceso evolutivo de nuestras instituciones en los tiempos presentes que exigirán acudir a los administrados para conocer su parecer en las cuestiones que se les sometan a consulta.

G. E. C.

SALAMA, Maamoun: "L'agente provocatore". Milán. Dotta Giuffre. Editor, 1965.

Está dividido el estudio presente en tres partes.

La primera de ellas para centrar el concepto del sujeto "provocatore". En ella, tras fijar los antecedentes históricos de la figura contemplada, se señala los límites de la misma y se especifican las diferencias con otras figuras afines.

El segundo capítulo está destinado a señalar la influencia de la intervención del "agente provocatore" sobre el delito, y el tercero se destina a estudiar su responsabilidad penal.

G. E. C.

SCHROEDER, Friedrich-Christian: "Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft. (El autor detrás del autor. Una contribución a la teoría de la autoría mediata). Schriften zum Strafrecht, tomo 2, Duncker & Humblot, Berlín, 1965. 245 págs.

Este libro es la primera monografía que publica F. Chr. Schröder, un discípulo de Maurach. Y es una monografía inteligentísima, escrita con gran sentido crítico, y que hace esperar que, si el autor sigue por el camino de la ciencia del Derecho Penal, llegue a ser un penalista importante.

"El autor detrás del autor" es una expresión acuñada por Lange para describir aquellas situaciones en las que, aparentemente, existe autoría mediata, a pesar de que *el ejecutor es plenamente imputable*. Sabido es que no es este el caso en los supuestos clásicos de autoría mediata, pues en ellos —ya sea,

por ejemplo, por actuar bajo miedo insuperable o por ser un menor o un loco— el autor directo no responde.

Un caso entre los varios imaginables de “autor detrás del autor” es el llamado caso de *zu Dohna*: A averigua que los miembros de una organización secreta han designado a B para matar a aquél un determinado día mientras lleva a cabo su acostumbrado paseo. Uno de los miembros de la organización, el C, que desconoce el lugar donde se va a verificar el asesinato, está enamorado de una mujer a quien asedia hasta ahora sin éxito. A pone en práctica la siguiente idea: envía al C un telegrama con la firma de la mujer asediada, citándole en el lugar y a la hora donde se va a cometer el asesinato. C se presenta allí y B, que estaba emboscado, le confunde con A y le mata.

B es plenamente responsable del asesinato consumado, ya que aunque actuó bajo error —mató a C creyendo matar a A—, este error es irrelevante, pues el tipo del asesinato sólo exige que se quiera matar a “otro”. No obstante, y a pesar de la plena responsabilidad del ejecutor, parece que la figura en la que mejor cuadra la actividad del A es la de autoría mediata.

Una parte de la doctrina estima que si el ejecutor responde plenamente, la autoría mediata está excluida, que no puede existir un “autor detrás del autor”. A estudiar este problema ha dedicado Schröder su libro, llegando a la conclusión de que la figura del “autor detrás del autor” es admisible. Además, y de pasada, pero siempre con inteligencia, Schröder ha tenido oportunidad de tomar posición en su libro frente a otras importantes cuestiones de la teoría de la participación delictiva.

E. G. O.

**SEXUALITAET UND VERBRECHEN (Sexualidad y delito).** Editado por Fritz Bauer, Hans Bürger-Prinz, Hans Giese y Herbert Jäger, Fischer Bücherei KG, Frankfurt a. M. y Hamburgo, 1963, 438 págs.

El proyecto alemán de 1962 de Código penal no cesa de ser objeto de las más duras críticas. Desde un punto de vista técnico-jurídico se le reprocha, y creo que con razón, una marcada tendencia al “perfeccionismo”. Desde un punto de vista de política jurídica se le reprocha, y creo que también con razón, una actitud retrógada. El libro que recensamos está formado por una serie de artículos escritos por prestigiosos especialistas (juristas, médicos, teólogos, sociólogos, etc.) que se ocupan —casi todos ellos en sentido crítico— de la regulación del Proyecto de 1962 sobre materias sexuales (sorprendentemente, se estima que forma parte también del Derecho penal sexual la figura delictiva del aborto). Al proyecto se le critica en las diversas contribuciones entre otras cosas: que siga considerando delito la homosexualidad entre adultos y el adulterio; que la indicación ética no excluya la punibilidad en el aborto; que pase a constituir delito la inseminación artificial con una sola excepción: cuando un médico, con el consentimiento de los esposos, insemine artificialmente el semen del marido en la mujer —la inseminación artificial realizada en una mujer soltera con su consentimiento será, pues, punible en

el futuro (?)—. La obra comentada, editada por Bauer (un fiscal), Bürger-Prinz y Giese (dos psiquiatras especializados en sexuología) y Jäger (un jurista cuyas aportaciones más importantes las ha realizado en el campo del Derecho penal sexual), contiene las siguientes contribuciones: Fritz Bauer: El Derecho penal sexual en la actualidad; Ulrich Klug: Problemas iusfilosóficos y político-jurídicos del Derecho penal sexual; Helmut Thielicke: Consideraciones de la ética evangélica sobre el problema de la homosexualidad y su relevancia juridicopenal; Werner Schöllgen: Sexualidad y delito desde el punto de vista de la teología moral católica. Wolfgang Hochheimer: El Derecho penal sexual desde el punto de vista psicológico-antropológico; Peter R. Hofstätter: Pena y reprochabilidad desde el punto de vista social-psicológico; Ferdinand Herrmann: El Derecho penal sexual desde el punto de vista etnológico; Else Kofka: El adulterio en la reforma del Derecho penal; Heinrich Ackermann: Sobre la cuestión de la punibilidad del comportamiento homosexual del varón; Armand Mergen: La prostitución; Hans Harmsen: Medios para la regulación de la natalidad en la legislación del Estado con especial consideración del nuevo proyecto de Código penal; Gehard Simson: La interrupción legal del embarazo en Suecia y su práctica; Bürger-Prinz/Giese: Criminalidad senil; Wilfried Rasch: Métodos médicos de tratamiento (de los delincuentes sexuales); Georg K. Stümp: El tratamiento de la criminalidad sexual en Escandinavia; Helmut Ehrhardt: La tendencia a la exculpación; Bürger-Prinz/Giese: Psiquiatría y Derecho penal sexual; Herbert Jäger: Política juridicopenal y ciencia; Theodor W. Adorno: Tabús sexuales y Derecho en la actualidad; Adolf Friedemann: Observaciones de un psicoterapeuta sobre el Proyecto de Código penal; Ernst Buchholz: ¿Cuándo es inmoral el arte?; René König: Delitos contra la honestidad y problemas de la conformación de la vida sexual en la sociedad actual.

E. G. O.

# REVISTA DE REVISTAS

## ALEMANIA

### Neue juristische wochenschrift

**OEHLER, Dietrich:** «Neue strafrechtliche Probleme des Absichtsbegriffes» (Nuevos problemas juridicopenales del concepto de intención), en *Neue Juristische Wochenschrift* 1966, páginas 1633-1639.

La intención es una clase del dolo directo. Con dolo directo se actúa respecto del resultado directamente perseguido (el delincuente dispara contra otro para matarlo) y también respecto a aquellas otras consecuencias que, sin ser inmediatamente perseguidas, acompañan necesariamente al resultado que se desea alcanzar (el delincuente persigue la explosión del barco para cobrar el seguro, pero sabe que a ello va vinculado inevitablemente la consecuencia de las muertes de tripulantes y pasajeros). En el primer caso hablamos de dolo directo de primer grado o de intención; en el segundo caso, de dolo directo de segundo grado.

Oehler afirma que en ningún tipo del Código Penal alemán se castiga sólo la producción intencionada del resultado. Si la intención cumple el tipo entonces lo cumple también, *siempre*, el dolo directo de segundo grado.

Pero no por ello es inútil el concepto jurídico-penal de intención. Su relevancia se pone de manifiesto en la delimitación entre dolo eventual y culpa consciente. Si existe intención, la acción será siempre dolosa, aunque la producción del resultado aparezca sólo como lejanamente posible; ejemplo: si desde una gran distancia el delincuente dispara para matar a la víctima y consigue alcanzarla, el homicidio será siempre doloso. En cambio, cuando no se ha tenido intención inmediata de causar el resultado, y aunque la producción de éste apareciese como posible, es preciso, para que se dé el homicidio doloso, que concurren los presupuestos del dolo eventual.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

### Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Tomo 76, 1964, fasc. 4.º

**KAUFMANN, Arthur:** «Die Irrtumsregelung in Strafgesetzentwurf 1962 (La regulación del error en el Proyecto de Código Penal de 1962).

Se trata del texto, ligeramente modificado, de la ponencia mantenida por el autor en la Reunión de profesores alemanes de Derecho Penal celebrada en Hamburgo en mayo de 1964.

Arthur Kaufmann considera que, tanto por razones de índole dogmática como de política criminal, es aconsejable una reducción de las disposiciones referentes al error en el Proyecto de 1962. En la dogmática, la discusión en torno a los problemas del error se encuentra en un punto muerto

y las divergencias de opinión tienen su raíz, además, en otras, referentes a los elementos fundamentales del delito (acción, injusto, culpabilidad). El legislador debe limitarse, por tanto, a recoger en las disposiciones legales aquello que esté científicamente asegurado. De este modo no se entorpecerá la evolución de la doctrina del error en el futuro. Desde el punto de vista político-criminal, el criterio rector no debe ser el de evitar que se produzcan lagunas en la punición (criterio al que se aludió con frecuencia en las discusiones de la Gran Comisión y que se recoge en la Fundamentación del Proyecto), sino al contrario, como dice H. Mayer, "contener la actual inflación del Derecho Penal", teniendo siempre presente el carácter fragmentario del mismo.

El Proyecto parte acertadamente, dice Arthur Kaufmann, de la distinción de error sobre el tipo y error de prohibición. Del mismo modo que se puede distinguir el tipo y la antijuricidad, se puede diferenciar el error sobre el tipo y el error de prohibición. Las objeciones que se han formulado a la posibilidad de distinguir el error sobre el tipo y el error de prohibición se basan, según Arthur Kaufmann, en una defectuosa comprensión del error de prohibición. Este es el error sobre la antijuricidad formal de la conducta, es decir, sobre la oposición de la misma a las normas jurídicas. No es el error sobre lo injusto material del hecho.

Arthur Kaufmann declara su conformidad con el artículo 19 del Proyecto, según el cual el error sobre los elementos (descriptivos y normativos) del tipo excluye el dolo. En este punto están de acuerdo hoy casi todos los autores.

Según el artículo 21 del Proyecto, el error de prohibición no excluye el dolo. Si es invencible excluye la culpabilidad y la pena y si es vencible, culpable, *puede* dar lugar a una atenuación de la pena. Esta regulación del error de prohibición es contraria a la teoría del dolo (con arreglo a la cual la conciencia de la antijuricidad es un elemento del dolo) y sigue la pauta de la teoría de la culpabilidad. Arthur Kaufmann considera acertada la desviación de la teoría del dolo (seguida aún por Schroder y recogida en el Proyecto de Código Penal de Baumann). A ella se oponen argumentos de mucha fuerza. No obstante, dice Arthur Kaufmann, en la teoría del dolo hay un núcleo de verdad: la afirmación de que el dolo no puede ser mero "dolo natural", voluntad final, sino que tiene que comprender el conocimiento de la significación de los hechos. Si el autor no conoce esta significación falta el impulso que puede moverle a comportarse conforme a Derecho. Ahora bien, dice Arthur Kaufmann, este conocimiento de la significación del hecho no precisa ser la conciencia de la antijuricidad; es decir, de la oposición de la conducta a las normas jurídicas. Basta el conocimiento de la significación material, de lo injusto material de la conducta. En el ámbito del Derecho Penal criminal, lo injusto es injusto, no porque esté prohibido, sino que está prohibido porque es injusto (Platón). No es necesario, pues, para el dolo que el autor conozca la prohibición, basta con que conozca el fundamento de la misma, lo injusto material. La teoría de la culpabilidad tiene razón, pues, al considerar que la conciencia de la antijuricidad no es un elemento del dolo. Arthur Kaufmann no advierte, sin

embargo, que es precisamente por existir este injusto material por lo que se puede reducir el dolo al "dolo natural" (como hacen Welzel, Maurach y otros finalistas). Del conocimiento de los elementos objetivos del tipo se derivará ya el impulso para comportarse conforme a Derecho, porque este conocimiento implica, generalmente, la comprensión o incita, al menos, a la reflexión sobre el desvalor ético-social o material de la conducta.

Arthur Kaufmann se muestra conforme con la atenuación de la pena, en caso de error de prohibición culpable, sea meramente facultativa (Warda ve en ello una infracción del principio de culpabilidad y de la Constitución). Rechaza los criterios formulados por diversos autores (Gallas, Welzel) para determinar cuándo es culpable el error. Según él, el error es culpable siempre que el autor actuara dolosamente; es decir, tuviera conocimiento de lo injusto material de la conducta. Lang-Hinrichsen ha objetado a Arthur Kaufmann que este criterio implicaría un retroceso más allá de la teoría de la culpabilidad, pues desemboca en el principio error *iuris nocet*. Arthur Kaufmann no consigue rebatir esta objeción. Es verdad que con arreglo a su criterio se exige siempre para el dolo la conciencia de lo injusto material, la cual puede faltar, en algún caso, con arreglo a la teoría de la culpabilidad. Es cierto, sin embargo, que el error de prohibición pierde toda relevancia en la tesis de Arthur Kaufmann y se desemboca en el principio de error *iuris nocet*. El error de prohibición es ya culpable por darse el dolo, es decir, el conocimiento de lo injusto material, y el error de prohibición culpable puede no dar lugar a una atenuación de la pena (meramente facultativa).

Es cierto, dice Arthur Kaufmann, que existen tipos en que no se expresa completamente lo injusto material (delitos de peligro abstracto), o en que este injusto material es discutido (embriaguez, inseminación, esterilización, aborto por indicación ética, homosexualidad simple). En estos casos la existencia del dolo no excluye la posibilidad de un error de prohibición disculpable; porque el conocimiento de los elementos del tipo no implica aquí necesariamente la conciencia de lo injusto material. Mientras existan tipos de este clase será necesaria una disposición sobre el error de prohibición disculpable. Por esta razón, el problema principal de *lege ferenda* en materia de error de prohibición, no es el de crear una disposición especial sobre esta clase de error, sino la redacción correcta de los tipos. El ámbito de la punibilidad debe reducirse a aquellas acciones cuyo desvalor ético-social sea admitido o sea, al menos, comprensible por todos los ciudadanos.

Arthur Kaufmann pide la supresión del artículo 20, donde se regula el error sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación. Según dicho precepto, cuando medie este error no se aplicará la pena del delito doloso, y si el error era reprochable la conducta será castigada a título de culpa. No dice, por tanto, el Proyecto que el error sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación excluya el dolo y que si el error era vencible concurra realmente culpa. La interpretación de este precepto y su encaje sistemático quedan confiados, según la Fundamentación del Proyecto, a la doctrina y a la jurisprudencia. Esta

tarea es irrealizable, según Arthur Kaufmann. La regulación del artículo 20 no responde a la doctrina de los elementos negativos del tipo, pues para ella dicho precepto es superfluo, por tratarse de un caso de error sobre el tipo. El artículo 20 resulta también inadmisibles para la teoría estricta de la culpabilidad. Para ella, en estos casos se da un error de prohibición, comprendido en el artículo 21. Si el error de prohibición no excluye el dolo (art. 21) no se comprende por qué en estos casos queda excluida la pena del delito doloso y se ha de castigar a título de culpa. En realidad parece que se ha querido reconocer una *tercera* clase de error a la que se aplican por *analogía* las consecuencias jurídicas del error sobre el tipo. No es posible encontrar, sin embargo, un encaje sistemático a esta tercera clase de error, pues si se admite se resquebrajaría el sistema tradicional del delito: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

La regulación del artículo 20 implica, pues, una contradicción sistemática, y esta contradicción es, además, innecesaria. Incluso los autores que se inclinan a reconocer una tercera clase de error (por ejemplo, Dreher) pueden renunciar al artículo 20, pues éste no hace sino recoger el criterio que ha mantenido, en general, la jurisprudencia en todas las causas de justificación.

Si la conservación del artículo 20 podría ser aún discutida, dice Arthur Kaufmann, el párrafo 2.º del artículo 39 es completamente inadmisibles. En él se establece una excepción al artículo 20 para el error sobre las circunstancias que sirven de base al estado de necesidad como causa de justificación. En este caso se deben aplicar las reglas del error de prohibición; es decir, si el error era culpable se debe aplicar la pena (atenuada) del delito doloso. No cabe argüir, dice Arthur Kaufmann, que el Proyecto no se pronuncia en realidad sobre la existencia real de dolo o culpa; o se presume la culpa en el artículo 20 o el dolo en el párrafo 2.º del artículo 39. Si los redactores del Proyecto aducen, en relación con el artículo 20, que consideran injusta la aplicación de la pena del delito doloso, ésta debe serlo también en los casos de error sobre los presupuestos del estado de necesidad como causa de justificación, del párrafo 2.º del artículo 39. Si se estudia el origen de este precepto, dice Arthur Kaufmann, se advierte en seguida que obedece al deseo de que el error de estado de necesidad, como causa de justificación, no dé lugar a la impunidad cuando no exista una figura correspondiente de delito culposo. El error puede ser tan reprochable, dice la Fundamentación, que la impunidad de la conducta sea contraria al sentimiento jurídico. Arthur Kaufmann estima, sin embargo, que no existe una necesidad de castigar estas conductas desde el punto de vista político-criminal (del mismo criterio, Mezger, Gallas y Lange). Esto me parece, sin embargo, discutible. Arthur Kaufmann rechaza, incluso, la propuesta de Engisch de crear una disposición especial sobre la culpa en el estado de necesidad.

Arthur Kaufmann cree, en cambio, que es necesaria, desde el punto de vista político-criminal, la punición del error culpable sobre la concurrencia de los presupuestos del aborto por indicación médica. Se muestra conforme, por ello, con el artículo 158 del Proyecto, aunque cree que debe trans-

formarse en una auténtica figura del delito culposo (Arthur Kaufmann es uno de los representantes más caracterizados de la doctrina de los elementos negativos del tipo, y en este artículo reproduce o amplía, de pasada, algunos de los argumentos en su favor), restringirse la punición a la culpa grave (*Leichtfertigkeit*) y quedar impune la tentativa, pues no existe la tentativa en los delitos culposos.

Deben suprimirse, según Arthur Kaufmann, las figuras delictivas del párrafo 3.º del artículo 159 y del párrafo 4.º del artículo 162, en que se castiga la interrupción arbitraria del embarazo y el tratamiento médico arbitrario cuando medie un error culpable sobre el consentimiento presunto. La punición de estas conductas no es necesaria. Por lo menos debe reducirse a la culpa grave y disminuirse la pena.

La disposición contenida en el artículo 20 del Proyecto (y las disposiciones semejantes del párrafo 2.º del artículo 40 y del párrafo 2.º del artículo 167) referente al error sobre causas de exclusión de la culpabilidad es criticada severamente por Arthur Kaufmann. De acuerdo con esta disposición, debe quedar excluida la pena del delito doloso, y si el error es culpable debe aplicarse la del delito culposo. En la doctrina existe acuerdo, sin embargo, en que el error sobre las causas de exclusión de la culpabilidad no excluye el dolo ¿Cómo puede establecer el legislador arbitrariamente que se aplique la pena del delito culposo? Estos preceptos deben ser suprimidos y la solución del problema debe ser confiada a la doctrina y a la jurisprudencia. En todo caso, para el estado de necesidad como causa de inculpabilidad podría adoptarse, en lugar del actual párrafo 2.º del artículo 40, la fórmula propuesta por Eb. Schmidt: "El autor queda también exento de responsabilidad, cuando haya creído de un modo disculpable en la existencia de un peligro en el sentido del párrafo 1.º".

Por último, Arthur Kaufmann, cree que deberían suprimirse los preceptos del párrafo 3.º del artículo 291, párrafo 3.º del artículo 297, párrafo 5.º del artículo 419 y párrafo 4.º del artículo 427, referentes al error sobre la juridicidad de los mandatos u actos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. De acuerdo con estos preceptos, si el error es culpable debe atenuarse la pena y si no es culpable, *puede* dejar de aplicarse la pena. Arthur Kaufmann insiste, con razón, en que esta regulación es contraria al principio de culpabilidad (véase, sobre esto, mi trabajo "Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia", de próxima publicación en la Revista de Estudios Penitenciarios), y no es apta tampoco para poner coto al criterio de la jurisprudencia, que considera este error irrelevante, por estimar que la juridicidad del acto del funcionario es una condición objetiva de punibilidad.

**ROXIN, Claus:** «Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962» (El tratamiento del error en el Proyecto de 1962).

Este artículo es el texto de la ponencia mantenida por el autor en la Reunión de profesores alemanes de Derecho Penal en Hamburgo, en mayo de 1964.



Todos los preceptos del Proyecto referentes al error parten de la falsa premisa, según Roxin, de que son dos problemas distintos el de determinar si una acción es dolosa o culposa y el de si debe ser castigada con la pena del delito doloso o del culposo. El legislador no se ocupa del primer problema por estimar que es meramente teórico. Toda la regulación, se dice en la Fundamentación, no se basa en consideraciones teóricas, sino que representa únicamente un conjunto de reglas de aplicación del Derecho. Este punto de partida es falso, dice Roxin, pues ni los conceptos del dolo y la culpa están previamente dados, de tal forma que no hubiera que adoptar ya ninguna decisión sobre los mismos, ni el legislador puede establecer las consecuencias jurídicas con plena libertad, con independencia de que la conducta sea realmente dolosa o culposa. El legislador se ha substraído a una decisión posible y necesaria y en cambio ha rebasado los límites de su competencia.

La escisión de los conceptos del dolo y la culpa de las correspondientes consecuencias jurídicas es contraria a la claridad de la ley, desconoce la significación de la dogmática jurídico-penal para la legislación e implica el peligro de que el legislador, al adoptar las decisiones valorativas, pierda toda base científica y quede abandonado a su suerte, cayendo en un casuismo ecléctico que no resista a la crítica. Le impide, además, al legislador, plantearse el problema de los límites de su libertad en la determinación de las consecuencias jurídicas.

La primera tesis que hay que establecer es, pues, según Roxin, la de que sólo debe ser castigado con la pena del delito doloso el que haya realizado una conducta dolosa. Lo mismo cabe decir de la pena del delito culposo. En las disposiciones particulares del Proyecto, el sí y el cómo de la punición deben depender de que la conducta sea dolosa o culposa. Sólo entonces se plantea el problema de determinar en qué está vinculado el legislador al regular la relación del error, el dolo y la culpa.

La segunda tesis que establece Roxin, es la de que una regulación legal sólo puede ser correcta si equipara en las consecuencias jurídicas aquello que es igual de acuerdo con el sistema valorativo que le sirve de fundamento. El Proyecto da un tratamiento distinto a los diversos casos de error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación (si el error es vencible se aplica, según el artículo 20—precepto general—, la pena del delito culposo; según el párrafo 2.º del artículo 39, en el estado de necesidad, la pena del delito doloso atenuada, y, por último, según el artículo 158, en el aborto por indicación médica, la pena de la culpa, siendo así que éste es uno de los casos más importantes de aplicación del estado de necesidad), sin que existan razones para ello, derivadas, por ejemplo, de la distinta situación en que pudiera encontrarse el autor. En la Fundamentación del Proyecto no se aduce ningún argumento o se trata de argumentos fácilmente rebatibles. Lo mismo cabe decir del distinto tratamiento de los casos de error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de exclusión de la culpabilidad.

Con esto sólo se ha expresado, dice Roxin, la vinculación mínima del legislador: la ausencia de contradicciones en el manejo de los principios

valorativos. Para formular un juicio acerca del *contenido* de la regulación correcta es preciso establecer una tercera tesis: una regulación legal es incorrecta si no se extiende adecuadamente al sector de la realidad que quiere abarcar; es decir, si la norma concreta y el ámbito de su aplicación no están ya cubiertos por los fines de la regulación legal. En el problema que nos ocupa esto significa que, por encima de toda posibilidad de construcción doctrinal, no hay que olvidar nunca la cuestión de si la conducta aparece realmente punible desde el punto de vista de los fines de la pena, de la expiación, la corrección y la intimidación.

Roxin se ocupa en primer lugar de los casos de error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación, y dentro de ellos, empieza su estudio por el error sobre el estado de necesidad, que es el que recibe un trato más riguroso en el Proyecto (párrafo 2.º del art. 39, error vencible, pena del delito doloso atenuada). Roxin aduce una serie de argumentos en favor de la impunidad del estado de necesidad putativo. Se trata de situaciones excepcionales que excluyen toda exigencia de pena desde el punto de vista de la prevención general (esto me parece discutible; el mismo autor puede que no se encuentre más en una situación de estado de necesidad, pero otras personas pueden encontrarse en situaciones semejantes): dada la rapidez con que ha de obrar el sujeto, el error parece disculpable; la intención del sujeto va dirigida a la conservación de valores jurídicos, lo cual reduce la culpabilidad a un mínimo y hace superfluo un tratamiento de prevención especial (esto último puede ser cierto, pero no es correcto decir, como Roxin, que en estos casos concurre culpa—la lesión del bien jurídico es consciente y voluntaria—y que la culpa es aquí más grave que en los casos corrientes—en que la lesión del bien jurídico no es voluntaria—. La conciencia y voluntad de lesionar un bien jurídico debe incitar al autor a cerciorarse de que concurren realmente las circunstancias que sirven de base a la causa de justificación y hace más reprochable el error); y por último, queda excluida del precepto la destrucción de la vida humana (cuyo valor es imponderable) así como las lesiones corporales graves y los casos restantes no se pueden comparar con el término medio de la criminalidad. Roxin cree que debe ser suprimido el párrafo 2.º del artículo 39, puesto que no es necesario ni desde el punto de vista ético ni criminológico. No obstante, Roxin se muestra partidario de castigar algunos casos, pero incluyéndolos en el artículo 20 (que establece la pena del delito culposo). Se trata de los casos que pueden presentarse en el tráfico de vehículos de motor. La gravedad de las consecuencias y la repetición típica de los mismos hacen necesaria la pena.

Roxin se muestra conforme, en el resultado, con el artículo 20, que excluye la aplicación de la pena del delito doloso y permite la aplicación de la pena del delito culposo en caso de error vencible sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación. Roxin cree que el precepto es superfluo, pues se trata de un caso de error sobre elementos (negativos) del tipo, comprendido en el artículo 19, pero cree debe ser mantenido (a diferencia de Arthur Kaufmann) para evitar que continúe la actual corriente jurisprudencial que trata de un modo diverso el caso del error

sobre el estado de necesidad (diversidad de criterios que reflejan los artículos 20 y 39, párrafo 2.º, del Proyecto). Debe suprimirse, no obstante, la distinción entre dolo y culpa y pena del delito doloso y culposo. Se debe indicar claramente que el dolo queda excluido y queda abierta la posibilidad del castigo a título de culpa.

El párrafo 1.º del artículo 158 debe ser conservado, según Roxin. El error sobre la concurrencia de los presupuestos del estado de necesidad en el aborto por indicación médica no debe dar lugar a la impunidad cuando sea vencible. Este supuesto de estado de necesidad putativo es merecedor de pena. Se trata de un caso frecuente, en que el error es más fácil y más reprobable y en que se ve amenazado un bien jurídico de gran valor, no existiendo, por otra parte, una figura de aborto culposo (que es innecesaria, según Roxin, pues los únicos casos merecedores de pena son los comprendidos en el estado de necesidad). El precepto ha de transformarse, sin embargo, en una auténtica figura del delito culposo, y debe suprimirse la pena de la tentativa (párrafo 2.º del artículo 158).

Por último, Roxin cree que deben suprimirse los preceptos del párrafo 3.º del artículo 159 y del párrafo 4.º del artículo 162, referentes a la suposición errónea del consentimiento del paciente en el aborto por indicación médica y el tratamiento médico, en general. La aplicación de una pena no es, en estos casos, necesaria. Podría ser, incluso, contraproducente al cohibir al médico y disminuir su capacidad para adoptar una rápida decisión.

En cuanto al error de prohibición, Roxin censura el artículo 21 del Proyecto por establecer una atenuación meramente facultativa de la pena en caso de error vencible. Ahora bien, Roxin, de acuerdo también con Lange y Warda, cree que deben excluirse de la atenuación obligatoria los casos de enemistad al Derecho. Las objeciones que se han opuesto a este concepto, formulado dentro del marco de la teoría del dolo (implica una ficción de dolo o una aplicación de la pena del delito doloso sin concurrir el dolo) carecen de fuerza, según Roxin, cuando aparece vinculado a la teoría de la culpabilidad. El dolo existe en todo caso y se establece sólo una graduación en la medida de la culpabilidad. No obstante, creo que este concepto es inadmisibles por su imprecisión y por el peligro de abusos que encierra, especialmente en regímenes autoritarios. El Proyecto ha evitado su utilización, pero al exigir que el sujeto actúe en la creencia (positiva) errónea de que su conducta es lícita, excluye de la atenuación facultativa a los que no han reflexionado ni por un momento sobre la juridicidad o antijuridicidad de su conducta. Con ello se excluye, sin embargo, como señala acertadamente Roxin, no sólo a los "enemigos del Derecho", sino también a otras personas, cuya falta de reflexión no se debe a indiferencia frente al ordenamiento jurídico.

Roxin se ocupa, a continuación, del error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de inculpabilidad. Expone las tres soluciones propuestas por la doctrina: el fundamento del estado de necesidad, como causa de exclusión de la culpabilidad, es la situación anímica de coacción psíquica del autor y, por tanto, la eximente se aplica aunque la situación de necesidad sea meramente putativa (Lange); deben aplicarse por analogía las reglas del error sobre el tipo, y, por tanto, si el error es vencible-

la pena del delito culposo (Schönke-Schröder, Baumann); deben aplicarse las reglas del error de prohibición (Maurach, Welzel y Mezger-Blei). Roxin cree que para llegar a una solución correcta es preciso distinguir dos tipos de casos. En primer lugar, cuando el sujeto, que supone erróneamente la presencia de un peligro actual, tiene aún ocasión de comprobar si sus temores son o no infundados. Aquí no es necesaria una disposición sobre el error, porque el estado de necesidad queda ya excluido por consideraciones de tipo general. Si el autor no tiene tiempo de comprobar la realidad del peligro actual, pero su error era de todos modos vencible (cita el ejemplo de una visión defectuosa, fácilmente evitable), debe aplicarse, según Roxin, la pena de delito culposo. Roxin trata de salvar la contradicción que ello implica, al actuar el sujeto dolosamente, no sólo con dolo de hecho, sino incluso con conciencia de la antijuricidad, diciendo que esta conducta debe quedar exculpada por el estado de necesidad y el error inicial vencible, que no está amparado por el estado de necesidad, sirve de base a una imputación a título de culpa. Esta solución implica, según él, una variante de la doctrina de la *actio libera in causa*. A mi juicio, esta escisión es artificiosa; al ser culpable el error inicial; es decir, la suposición errónea del estado de necesidad, debe quedar excluida la aplicación de la eximente a la conducta *dolosa* ulterior. Me parece más correcta la aplicación por analogía de las reglas del error de prohibición. Roxin cree que deben suprimirse, por superfluas, las disposiciones del Proyecto referentes al error sobre los presupuestos de las causas de exclusión de la culpabilidad.

Por último, Roxin propone la supresión del párrafo 5.º del artículo 419 del Proyecto, referente al error sobre la juridicidad del acto del funcionario, en el delito de resistencia y otros preceptos similares, por estimar que son incompatibles con el principio de culpabilidad e innecesarios desde el punto de vista político-criminal. Es cierto que el sujeto no puede oponerse por la fuerza a todo acto antijurídico del funcionario. Generalmente tendrá un deber de acatamiento y de acudir a otro procedimiento para evitar la lesión del bien jurídico (Roxin no nos dice cuando se dará este deber de acatamiento). Ahora bien, si el acto del funcionario es antijurídico y el sujeto no tiene el deber de acatarlo, podrá ejercer la legítima defensa. Cuando el autor yerre sobre la posibilidad de ejercer la legítima defensa, nos encontraremos ante un error sobre el tipo (circunstancias que sirven de base a las causas de justificación) o un error de prohibición.

**WELZEL, Hans: «Diskussionsbemerkungen zum Thema «Die Irrtumsregelung im Entwurf» (Observaciones en la discusión sobre el tema «La regulación del error en el Proyecto»).**

Welzel recoge en este artículo sus observaciones en la discusión en torno a la regulación del error en el Proyecto de 1962, que tuvo lugar en la reunión de profesores alemanes de Derecho Penal celebrada en Hamburgo en 1964.

Se congratula Welzel de que ninguno de los dos ponentes (Arthur Kaufmann y Roxin) haya censurado el artículo 21 del Proyecto, donde se regula el error de prohibición en el sentido de la teoría de la culpabilidad. Welzel reproduce, en forma resumida, sus conocidas objeciones a la teoría del dolo, estricta y restringida. Dentro del marco del artículo 21, Welzel no se opone a una diferenciación de los casos de error de prohibición vencible, tal como ha sido propuesta por Warda y Roxin, de modo que se aplique en general una atenuación *obligatoria* de la pena y se reduzca a algunos casos la atenuación *facultativa* (prevista en el art. 21 con carácter general). Cree, no obstante, en contra de Warda y Roxin, que el criterio de esta diferenciación no debe ser el de enemistad al Derecho. Este criterio es sumamente impreciso. No cree tampoco que la atenuación facultativa suponga una infracción del principio de culpabilidad y de la Constitución, pues lo mismo habría que decir de la atenuación facultativa de la pena en la tentativa. Está de acuerdo, en cambio, con Arthur Kaufmann y Roxin cuando (siguiendo a Armin Kaufmann) censuran la redacción del artículo 21 por exigir que se dé en el autor la creencia (positiva) errónea de que su conducta era lícita.

Welzel se muestra de acuerdo con Arthur Kaufmann en reducir la regualción del error en el Proyecto, al error sobre el tipo (art. 19) y el error de prohibición (art. 21), suprimiendo el artículo 20 (error sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación), el párrafo 2.º del artículo 39 (referente al error sobre los presupuestos fácticos del estado de necesidad, como causa de justificación) y el párrafo 2.º del artículo 40 (referente al error sobre el estado de necesidad como causa de inculpabilidad). Ahora bien, estos dos últimos preceptos deben ser suprimidos al mismo tiempo que el artículo 20, pues de lo contrario; es decir, si se conservase este último, se producirían graves lagunas en la punibilidad.

Welzel está de acuerdo con Roxin en que sólo debe aplicarse la pena del delito doloso al que ha actuado dolosamente, y la pena del delito culposo cuando concorra realmente la culpa. Lo difícil, sin embargo, es ponerse de acuerdo acerca de lo que sea una conducta dolosa y culposa. Welzel censura la doctrina de los elementos negativos del tipo, en la que ve un rebrote de aquella concepción totalitaria del delito, formulada principalmente por Dahm y que se oponía "a la descomposición de las conexiones internas y la unidad del delito en diversos elementos". Para nosotros, dice Welzel, el sentido social del aborto por indicación médica es también más complejo que el del aborto simple. Lo descomponemos en el tipo y la causa de justificación, pero no por ello queda reducido el tipo a una descripción descolorida de un proceso científico-natural. En realidad sucede lo contrario. En el tipo se recoge el sentido social de las prácticas abortivas. En el aborto por indicación médica este sentido social se ve interferido y superado por el sentido social de la conducta dirigida a la salvación de la madre.

Welzel considera que la doctrina de los elementos negativos del tipo, del "tipo global" o del "sentido concreto de la acción" destruye el elemento de la tipicidad en el Derecho Penal. El reproche es exagerado, pues la doc-

trina de los elementos negativos del tipo reconoce junto al tipo de lo injusto, o "tipo global", el tipo en sentido formal o tipo de garantía relacionado con el principio de la legalidad de los delitos y las penas. Es cierto, sin embargo, que algunos argumentos que hoy se esgrimen en favor de la doctrina de los elementos negativos del tipo podrían ser opuestos igualmente a la distinción de antijuridicidad tipificada y culpabilidad. No es lo mismo la muerte de un hombre por un inimputable, o en estado de necesidad como causa de inculpabilidad o cuando no concurra ninguna causa de inculpabilidad. También aquí podría decirse que se reúnen en un mismo tipo de lo injusto conductas esencialmente diferentes. A esto conduce, sin duda, el olvido de la función específica del tipo, las causas de justificación y las causas de inculpabilidad. Welzel apunta este peligro al criticar una desafortunada afirmación de Roxin. También Stratenwerth ha puesto de relieve recientemente cómo a través de los elementos subjetivos referentes al estado de ánimo se podría dar al traste con toda la moderna dogmática del Derecho Penal.

Rechaza, por ello, Welzel la redacción del artículo 20 propuesta por Roxin, que implica un reconocimiento de la doctrina de los elementos negativos del tipo. Considera preferible la regulación actual, tomada de los Proyectos de 1927 (párrafo 2.º del artículo 17) y 1930 (párrafo 1.º del art. 20). El artículo 20 implica, según Welzel, una regulación especial de un caso de error sobre la antijuridicidad (como se indicaba expresamente en la Fundamentación de los Proyectos de 1927 y 1930). Esta regulación no es satisfactoria (pues se aparta de la teoría estricta de la culpabilidad), pero en su favor puede aducirse, al menos, un argumento histórico (la legítima defensa putativa ha sido considerada siempre como una causa de exclusión del dolo). Ahora bien, si se emplea aquí un argumento histórico—en sí nada convincente, dice Welzel, pues la evolución de la doctrina ha llevado a una solución más correcta—no debe dejar de aplicarse en relación con el estado de necesidad.

En el estado de necesidad putativo, el RG exigió desde un principio el "elemento subjetivo" del examen conforme a deber de la situación. En realidad no se trata de un elemento subjetivo de una causa de justificación, sino de una regulación especial de este caso de error. Si el autor creía erróneamente que se daba la situación de necesidad y no había llevado a cabo un examen conforme a deber de la misma, era responsable a título de dolo. De lo contrario, cualquier error fácilmente vencible podría dar lugar a la impunidad del sujeto, si no existía la figura culposa correspondiente.

La necesidad de una regulación diferente para el error sobre las circunstancias que sirven de base al estado de necesidad, la demuestra, según Welzel, la misma existencia (entre otros preceptos) de los artículos 158 y 167 (referentes al error sobre los presupuestos del aborto por indicación médica y sobre la situación de peligro propio en la denuncia política). Con ellos no queda resuelto, sin embargo, el problema. Esto se advierte ya, por ejemplo, en el aborto, pues los artículos 157-3 comprenden sólo el cometido por un *médico*, al creer erróneamente que se daban los supuestos del aborto por indicación médica. No comprende el caso en que

el aborto fuera cometido por otra persona. Si se suprimen, por ello, los preceptos del párrafo 2.º del artículo 39 y del párrafo 2.º del artículo 40, conservando el artículo 20, se producen graves lagunas en la punibilidad.

Los artículos 158 y 167 ponen también de manifiesto dos diferencias importantes entre la legítima defensa y el estado de necesidad. La legítima defensa se refiere casi exclusivamente a dos tipos de delito: los delitos contra la vida y la integridad corporal (en nuestro Código, la fórmula de la legítima defensa es más amplia y su campo de aplicación en la práctica es también más amplio, a pesar de las restricciones introducidas por la jurisprudencia). El estado de necesidad abarca, en cambio, toda la escala de delitos de la Parte Especial. Es decir, se aplica en muchos delitos cuya comisión culposa es impune. En segundo lugar, la legítima defensa exige una reacción inmediata contra el ataque antijurídico. En el estado de necesidad, en cambio, aunque existe un peligro agudo, queda generalmente un cierto espacio de tiempo para poder reaccionar; el ejemplo más claro nos lo ofrece el aborto por indicación médica. En la legítima defensa, al tener que reaccionar el sujeto de modo inmediato, no tiene tiempo para examinar cuidadosamente si se dan los presupuestos de la eximente. Por ello, la polémica en torno a si la legítima defensa putativa excluye el dolo o la reprochabilidad es relativamente académica. No puede apreciarse la existencia de culpabilidad, ni en forma de culpa ni de error de prohibición vencible. Por ello, la regulación del artículo 20 es poco nociva. La situación es completamente diferente en el estado de necesidad putativo. Su inclusión en el artículo 20 daría lugar a graves lagunas en la punibilidad. Welzel rechaza también la propuesta de Engisch de crear una figura de delito culposo para el error vencible sobre los presupuestos del estado de necesidad. Con ello se crearía un nuevo crimen *culpae* y no sería posible castigar la participación y la tentativa (tanto en el artículo 158 como en el artículo 167 se castiga la tentativa).

Welzel cree, por tanto, que la regulación del error en el Proyecto de 1962 no es plenamente satisfactoria, pero es la mejor solución de compromiso que hoy se puede alcanzar.

**GRUENVALD, Gerald: «Sicherungsverwahrung, Arbeitshaus, vorbeugende Verwahrung und Sicherungsaufsicht im Entwurf 1962» (Custodia de seguridad, casa de trabajo, custodia preventiva y vigilancia de seguridad en el Proyecto de 1962).**

Se trata de la ponencia, mantenida por el autor en la reunión de profesores alemanes de Derecho Penal celebrada en Hamburgo en 1964.

Grünwald examina el problema de si las restricciones de libertad inherentes a las medidas de seguridad mencionadas están justificadas desde el punto de vista ético.

Los criterios para examinar la justificación ética de las restricciones de libertad se derivan de la consideración misma de las medidas de seguridad, o bien de la concepción fundamental que inspira el Proyecto. En el primer

sentido, ha prevalecido en la discusión del Proyecto la opinión de que es lícito restringir la libertad de una persona cuando ello sea necesario para proteger a la sociedad o a otras personas. Es preciso, además, que la restricción de libertad guarde relación con la importancia y la probabilidad de la lesión. Es cierto que a la restricción de la libertad externa debe corresponder una disminución de la libertad interna. Pero esto no basta. La restricción de la libertad externa debe ser necesaria para la protección de la sociedad. Cuando una medida sirva, no sólo para la seguridad de la sociedad, sino también para la corrección del delincuente, deberá tenerse esto en cuenta para evaluar el mal que se causa al mismo. El fin de corrección no puede justificar por sí solo la restricción de libertad. Esta ha de ser necesaria para la protección de la sociedad.

Existe una contradicción, según Grünwald, entre la concepción fundamental del Proyecto y las novedades que introduce en el sistema de medidas de seguridad y corrección. El Proyecto se define en favor del principio de culpabilidad, en el sentido de que éste debe cumplir una función de limitación: la pena puede ser menor, pero no debe exceder de la medida de la culpabilidad. Esta decisión se opone, no sólo a la sustitución del Derecho penal de culpabilidad por un Derecho Penal orientado exclusivamente en fines preventivos, sino también en rigor al sistema de la doble vía; es decir, a la imposición, junto a la pena de restricciones de libertad, en forma de medidas, que exceden del grado de culpabilidad.

Se ha aducido contra un Derecho Penal orientado exclusivamente en el fin de la readaptación social del delincuente, que con ello se le convertiría en un mero objeto de experimentos pedagógicos y terapéuticos, lo cual implicaría una "degradación", una "deshumanización" del mismo. La Comisión no ocultó tampoco su escepticismo acerca de las posibilidades de reeducar a los adultos. Estos argumentos se vuelven también, sin embargo, contra el sistema de la doble vía.

La pena indeterminada fue rechazada en el Proyecto porque se estimó que es inhumana, algo bárbaro, un "crimen contra la humanidad". En el Proyecto se mantiene, sin embargo, junto a la pena determinada, la posibilidad de aplicación de la custodia de seguridad por tiempo indeterminado.

Las medidas de seguridad para imputables, o al menos las privativas de libertad, deberían ser, pues, rechazadas si se utiliza como criterio para medir su justificación ética las consideraciones que han movido a los autores del Proyecto en favor de un Derecho Penal de culpabilidad, en el sentido mencionado. Grünwald cree, no obstante, que no son siempre ilícitas las medidas preventivas que no correspondan a la medida de la culpabilidad. Pueden adoptarse cuando sean necesarias para evitar males de considerable gravedad a otras personas.

La duración indeterminada de la privación de libertad no es de por sí inhumana. Ahora bien, al evaluar el mal causado al delincuente, en la ponderación de intereses, debe tenerse en cuenta, no sólo la duración efectiva de la privación de libertad, sino también la indeterminación, que implica, sin duda, un mayor sufrimiento. La indeterminación debe mantenerse, por



ello, dentro de ciertos límites y debe ponerse fin a la aplicación de una medida de seguridad en cuanto el grado de peligrosidad del autor lo perrita.

El escepticismo acerca de la posibilidad de reeducar a los adultos debe ser tenido en cuenta a la hora de enjuiciar las medidas, pues este escepticismo —aunque no estuviera justificado— ha impregnado la ley y hace dudar de las perspectivas de éxito de la práctica, que se atiene a la letra y al espíritu de las disposiciones legales.

Grünwald inicia el examen crítico de las diversas medidas con el estudio de las disposiciones referentes a la custodia de seguridad. El Proyecto trata de facilitar y de forzar, incluso, a los tribunales a la aplicación de esta medida. Cree poder conseguirlo refiriendo el examen de la peligrosidad del delincuente al momento de la sentencia, en lugar del momento en que termine el cumplimiento de la pena, como sucede en el Derecho vigente. La custodia de seguridad debe ser ordenada, además, con independencia de que pueda hacerse frente con otros medios a la peligrosidad del delincuente. Con la anticipación del momento de la prognosis espera conseguir el Proyecto una mayor aplicación de la medida y una disminución considerable de la criminalidad. Grünwald observa, sin embargo, que la participación de las delincuentes multireincidentes en la criminalidad es relativamente reducida. Según los datos de la estadística los delincuentes que han sido condenados anteriormente cuatro veces, cometen sólo la doceava parte de los delitos. Si nos atenemos a los delitos que trata de impedir de modo especial la custodia de seguridad, la proporción es casi idéntica (10 por 100). Por otra parte, la custodia de seguridad no se aplica actualmente a los delincuentes en que se da una tendencia a cometer los delitos más graves. Los estudios realizados (Hellmer, Schachert) ponen de manifiesto que el 55 por 100 son ladrones y el 20 por 100 estafadores. En la mayor parte de los delitos comprendidos en el 25 por 100 restante (autores de robos y delitos contra la honestidad) no cabe apreciar tampoco, según Hellmer, la tendencia a cometer delitos de considerable gravedad. Si quiere mantenerse la custodia de seguridad, dice Grünwald, debe aplicarse únicamente a aquellos autores cuya privación de libertad pueda encontrar justificación desde el punto de vista ético. Debe limitarse a aquellos delincuentes de tendencia de los que quepa esperar la comisión de los delitos más graves, es decir, de aquellos delitos que por la lesión del bien jurídico y la forma de ejecución deberían ser castigados con reclusión (Zuchthaus). Debe suprimirse la custodia de seguridad por tiempo absolutamente indeterminado. La duración máxima de diez años debería ser reducida, en general, para el primer internamiento. Aun con estas restricciones, sólo podría justificarse la conservación de la medida de seguridad si se pudiera garantizar que sólo se impondrían al delincuente las restricciones de libertad necesarias.

La medida de seguridad de internamiento en casas de trabajo debe ser suprimida, según Grünwald. La privación de libertad de dos a cuatro años no es necesaria ni guarda proporción con las infracciones criminales (casi siempre faltas) que puedan cometer las prostitutas, mendigos, vagabundos y vagos. Más que delincuentes peligrosos se trata de delincuentes molestos.

Con la custodia preventiva se quiere hacer frente, lo antes posible, a los

delincuentes multireincidentes de criminalidad temprana. La medida persigue fines de corrección y de seguridad. Del Proyecto no cabe deducir, con claridad, la relación entre ambos fines. Desde el punto de vista de la corrección la medida no está justificada. Para que pudiera estarlo sería necesario que existieran y fueran aplicables métodos pedagógicos que permitieran afrontar la reeducación de los futuros o actuales delincuentes de tendencia con alguna perspectiva de éxito. Deberían existir, además, garantías de que en la ejecución de la medida se agotarían estas posibilidades. Esto no es así. Por tanto, la introducción de la custodia preventiva sólo está justificada en la medida en que pueda basarse en el fin de seguridad. Grünwald cree que su aplicación debe restringirse, por ello, a los delincuentes de los que quepa esperar la comisión de los delitos más graves. Por lo que respecta a los delitos anteriormente cometidos y a las privaciones de libertad ya sufridas deberían establecerse unos requisitos más rigurosos. Debería evitarse también la interferencia con el Derecho penal juvenil. Pero aun con estas restricciones, la introducción de la medida no puede ser recomendada, según Grünwald, hasta que no se hayan superado las dificultades que aún existen para la realización de la prognosis. Los resultados de las investigaciones de Grosskelwing y V. Klitzing sobre las prognosis realizadas son desalentadores. Los procedimientos estadísticos de prognosis no han alcanzado todavía una perfección suficiente para que pueda recomendarse a los tribunales la utilización de tablas. En todo caso, dice Grünwald, no se han confeccionado todavía tablas adaptadas a las circunstancias de la delincuencia en Alemania y a las exigencias de la custodia preventiva. Grünwald hace una crítica severa de la tabla de Fritz Meyer, que suele ser recomendada para la aplicación de la custodia preventiva.

Grünwald cree que debe suprimirse la suspensión de la ejecución de las medidas privativas de libertad para someter a prueba al delincuente. Según el Proyecto, la suspensión puede o debe (párrafo 1.º, art. 105) concederse cuando se imponga la medida de seguridad o se decida su mantenimiento (una vez cumplida la pena, o durante la ejecución de la medida). Las medidas sólo deberán imponerse o mantenerse cuando el delincuente sea, o siga siendo, peligroso. Si el internamiento no es necesario se debe prescindir de las medidas. Solamente debería revertirse la suspensión cuando, siendo el internamiento en sí necesario, podrían conseguirse sus efectos por otro procedimiento (por ejemplo, los inimputables que se internan voluntariamente en un establecimiento psiquiátrico).

Por último, Grünwald pide que se suprima la vigilancia de seguridad, prevista por el Proyecto para el caso en que no se suspenda la ejecución de un resto de las penas privativas de libertad inferiores a dos años, o en los casos del art. 91, como medida de seguridad independiente. En primer lugar, esta medida es demasiado indeterminada. Su configuración ha quedado en gran parte confiada a los tribunales: puede aproximarse a la ayuda a los delincuentes cuya pena ha sido suspendida, o puede ser una simple medida de vigilancia. En los casos en que no se haya suspendido un resto de pena privativa de libertad, el Estado debería facilitar de otro modo la readaptación social del delincuente. La nueva restricción de libertad. tra-

tándose como se trata de delincuentes corrientes, sin anomalías en su personalidad que puedan hacerlos peligrosos, no puede ser justificada, ni aun teniendo en cuenta los posibles efectos positivos desde el punto de vista de la readaptación social. En el art. 91 se prevee un campo de aplicación demasiado amplio y abigarrado de esta medida. Debería excluirse, en primer lugar, a los delincuentes políticos. Pero es que además, en los casos en que su aplicación estaría justificada —a los delincuentes de inclinación, especialmente los delincuentes profesionales y habituales— no se puede conseguir el fin de la vigilancia. Es decir, no se puede controlar el cumplimiento de los mandatos o prohibiciones que se impongan a estos delincuentes.

**STRATENWERTH, GUENTER, «Die Definitionen im Allgemeinen Teil des Entwurfs 1962» (Las definiciones en la Parte General del Proyecto de 1962).**

En su ponencia para la Reunión de profesores alemanes de Derecho Penal celebrada en Hamburgo en 1964, Stratenwerth examina las definiciones de la Parte General del Proyecto de 1962. Estudia únicamente estas definiciones desde el punto de vista de la técnica legal, es decir, no desciende al examen de las decisiones que implican. Examina únicamente su necesidad y utilidad y si expresan de modo adecuado lo que pretenden definir.

Después de estudiar cada una de las 34 definiciones de la Parte General del Proyecto, Stratenwerth llega a una conclusión de carácter general acerca del empleo de la técnica de las definiciones legales en la Parte General de los códigos. No ofrece ningún inconveniente, según él, las definiciones meramente nominales que tratan de simplificar únicamente la redacción de la ley, siempre que no se desvien demasiado del uso general del lenguaje. Como ejemplos, cita Stratenwerth las definiciones del emprendimiento (artículo 11, I, Nr 3), de las medidas (art. 11, I, Nr 5) y ya como caso límite, la de los escritos (art. 11, III). No ofrecen tampoco inconvenientes las definiciones reales dentro de las doctrinas de la imputación (en sentido amplio) y de la medición de la pena. Las definiciones deben limitarse, sin embargo, a los problemas que estén ya maduros para una decisión. No deben ser tampoco superfluas.

Todas las demás definiciones de la Parte General —especialmente las que tienen por objeto conceptos que se utilizan en diversos tipos delictivos— deben ser contempladas con escepticismo. Normalmente contribuirán más a crear que a resolver dificultades.

En cuanto a los resultados concretos de su investigación, Stratenwerth llega a la conclusión de que de las 34 definiciones de la Parte General del Proyecto, sólo 17, es decir, la mitad, son necesarias, tienen sentido o son útiles: la de juez (art. 10, núm. 5); árbitro (art. 10, núm. 6); soldado (artículo 10, núm. 8); emprendimiento de un hecho (art. 11, I, núm. 3); escritos (art. 11, III), crimen y delito (art. 12); circunstancias personales especiales (art. 14, I); dolo (art. 16); a sabiendas (art. 17, II); culpa y ligereza (art. 18); tentativa (art. 26); autoría (art. 29); instigación (art. 30); complicidad (art. 31, I); legítima defensa (art. 37, II); casos especial-

mente graves (art. 62); casos menos graves (art. 63). Seis definiciones son correctas, pero de una utilidad discutible: la de niño (art. 10, núm. 1); joven (art. 10, núm. 2); medida (art. 11, I, núm. 5); recompensa (art. 11, I, número 6); partícipe (art. 33, I); cooperador (art. 33, II). En las once definiciones restantes es preciso intervenir: ocho de ellas no son correctas o apenas aceptables y las tres restantes son superfluas. En el primer grupo hay que incluir: la de pariente (art. 10, núm. 3); persona que detenta un cargo (art. 10, núm. 4); persona obligada de un modo especial a un servicio público (art. 10 núm. 7); hecho punible (art. 11, I, núm. 1); acto del servicio (art. 11, núm. 4); amenaza peligrosa (art. 11, núm. 7); violencia (art. 11, II); intención (art. 17, I). Sólo cuatro de estas definiciones pueden ser suprimidas (art. 11, I, núm. 1, 4, II; art. 17, I). En las demás sería necesario introducir algunas modificaciones. Al segundo grupo de definiciones superfluas pertenecen: la de súbdito extranjero (art. 10, núm. 9); hecho anti-jurídico (art. 11, I, núm. 2); extranjero (art. 11, I, núm. 8). Nada se opone a su supresión.

Stratenwerth considera que se advierte en las definiciones del Proyecto una falsa concepción de la función del legislador, que recuerda las prohibiciones de comentar las leyes de fines del siglo XVIII y principios del XIX. La seguridad jurídica debe conseguirse mediante la claridad de los conceptos, la limitación a lo esencial y no mediante un intento de regulación exhaustiva.

**NOLL, Peter:** «Diskussionsvotum an der Strafrechtslehrertagung vom 21 bis 23 Mai 1964 im Hamburg (Voto en la discusión en la Reunión de profesores alemanes de Derecho Penal de 21 a 23 de mayo de 1964 en Hamburgo).

Noll expone brevemente su opinión sobre los diversos problemas tratados en la Reunión mencionada de profesores alemanes de Derecho Penal.

JOSÉ CEREZO MIR...

## **F R A N C I A**

### **Revue pénitentiaire et de droit penal**

**Enero-marzo 1966**

**HIVERT, Doctor P. E.** «Application de la loi sur les alcooliques dangereux dans la Seine», págs. 51 a 57.

El trabajo es la acostumbrada crónica de Criminología Clínica a cargo, como otras veces, del director del Centro Médico-Psicológico de la Santé. El haberse reunido por la concurrencia de circunstancias especiales en una sola persona la autoridad departamental para la lucha contra el alcoholis-

mo y la de la Dirección del Servicio de Higiene Mental ha creado una situación especial en el departamento del Sena y de esta actuación conjunta pueden deducirse enseñanzas de un interés criminológico general.

La Ley contra el alcoholismo o sobre alcohólicos peligrosos tiene sobre todo un valor preventivo en el plano social de medidas sistemáticas de exploración de la personalidad cuando el sujeto se manifiesta por un acto antisocial aunque mínimo. La práctica valora la posibilidad y la calidad de la acción terapéutica en medio abierto, cada vez que se puede realizar por un equipo especializado. La oposición tradicional entre peritos y médicos aparece menos absoluta. La práctica acentúa la importancia del binomio autoridad-comprensión en el acercamiento al alcohólico encontrando en cada caso el punto de convergencia en la reconciliación del hombre con la sociedad.

\* \* \*

En las informaciones sobre la actualidad penitenciaria y criminológica da cuenta de la sesión celebrada sobre este mismo tema del alcoholismo por la Société Générale des Prisons en sesión de 23 de octubre de 1965, consagrada casi entera a una exposición del problema hecha por el doctor Fourquet; de la reunión celebrada por la Fondation Internationale Pénale et Penitentiaire en Roma, sin representación española, en el mes de octubre de 1964 sobre organización del trabajo de los penados; el V Congreso Internacional de Criminología sobre el tratamiento de delincuentes jóvenes y adultos en el que se presentó una ponencia sobre predelinuencia adulta por el profesor Del Rosal que al no asistir fue leída P. Landecho; el III Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del crimen celebrado en Stocolmo en agosto de 1965 y finalmente sobre las XIII Jornadas de Defensa Social celebradas en Londres en septiembre de 1965, en las que con la intervención predominante del magistrado y profesor francés Ancel se trató sobre todo de la formación del Juez Penal y del papel del Juez de ejecución de penas.

\* \* \*

La acostumbrada crónica extranjera está referida a Inglaterra, corre a cargo de J. Fairn y se enumeran en él novedades legislativas y administrativas de 1961 a 1965 en aquél país.

**Abril-Junio 1966**

**BADONNEL, Doctor: «L'annexe Psychiatrique de la petite Roquette», páginas 275 a 279.**

Este número, como los anteriores, contiene un sólo artículo firmado que también como los anteriores es la Crónica de Criminología Clínica y como muchas de ellas corre a cargo del jefe médico del Centro Nacional de Ob-

servación de Fresnes y está dedicado, como su título indica, a describir el funcionamiento del anexo psiquiátrico de la Petite Roquette, prisión de mujeres próximas a París.

Adscrito desde 1963 a esta Prisión un médico psiquiatra, se tuvo el proyecto de la creación del anexo, que por la interrupción de la guerra sólo después de ella ha podido realizarse. En él hay nueve camas y una habitación de aislamiento dedicadas a las detenidas que son tratadas u observadas en el anexo; en un periodo de quince años, han sido observadas en él 663 mujeres, aunque el número de ingresadas sea muy superior, dadas las reincidentes y otras 2.625 detenidas han sido observadas sin haber sido, sin embargo, ingresadas en el anexo. La autora del trabajo, expone la proporción entre los delitos cometidos por las detenidas observadas, si bien advierte que tales datos sólo tienen un valor aproximado.

\* \* \*

Las informaciones, que hacen tan interesante esta Revista, versan en el número recensionado sobre las reuniones tenidas por la Société Générale des Prisons la de 11 de noviembre de 1965 sobre la función del Tribunal en la determinación y aplicación de las penas y 11 de diciembre del mismo año sobre el estado peligroso alcohólico y la readaptación social del bebedor, dedicada sobre todo al informe de la doctora Badonnel y la del 29 de enero de 1966 sobre el artículo 355 del Código de la Salud pública, también referente al tema del alcoholismo.

\* \* \*

La crónica extranjera, de una gran amplitud, está dedicada a Grecia y corre a cargo de Triantaphyllidis, director general en el Ministerio de Justicia de su país.

DOMINGO TERUEL CARRALERO

## **E S P A Ñ A**

### **Revista de Derecho Español y Americano**

**Número 10, octubre-diciembre 1965**

Sería tonto el no reconocer que revistas jurídicas de carácter general contienen artículos sobre una concreta rama del saber jurídico, que pueden interesar a los especializados en ella. Decimos esto, porque con frecuencia, en casi todos los número de la revista de "Derecho Español y Americano", editada por el Centro de Estudios Jurídicos Hispano-americanos del Iusti-

tuto de Cultura Hispánica, que va superándose, perfeccionándose, aparecen trabajos de Derecho Penal, lo que nos obliga en nuestro deber informati-va a dar cuenta en este Anuario, aunque empecemos con uno que contiene sólo dos en su sección, no la más destacada, de notas, a pesar del interés de los trabajos y del prestigio de los autores.

**BERISTAIN, Antonio S. J.:** «Los delincuentes acusan a los inocentes», pá-  
ginas 177 a 192.

Este trabajo, de tan inquietante título, fue antes conferencia que el profesor de la Universidad de Deusto dictó en Bilbao en noviembre de 1965, dando cuenta de los trabajos y orientaciones del Congreso sobre la prevención del crimen celebrado en agosto de aquel año, organizado por las Naciones Unidas, por lo que el autor proclama, y yo con él, como una de las necesidades del tiempo actual, el conocer y colaborar en las actividades de dicha organización internacional.

En los congresos actuales, dice el autor, ha variado la línea tradicional; no se trata ya de determinar qué delincuentes deben ser segregados de la vida social, sino el medio de readaptarlos a la vida social; no se trata de abandonarlos por la sociedad, sino de recuperarlos para su servicio. En el último a que hace referencia han influido la circunstancia histórica de coincidencia con un juicio contra los guardianes de una prisión nazi de exterminio de judíos y la geográfica de celebrarse en Suecia, donde predomina un materialismo humanista que en este aspecto, en la disyuntiva de un régimen penitenciario doloroso frente a uno benévolo, se escoge este último, cuyo resultado no se ha demostrado sea peor.

Los delincuentes, semiadultos y reincidentes, objeto de la conferencia, son los que causan mayores preocupaciones por su continuo aumento porque los procedimientos empleados para su reinserción social no son aptos y hay que variar el tratamiento empleado que no puede hacerse con éxito, mientras las personas encargadas de ello: policía, asistentes sociales, etc, no tengan conocimientos y medios apropiados para ello; es decir, que los delincuentes lo son porque antes de delinquir y después no han sido debidamente tratados. Este puede ser el sentido profundo de la frase que es el título del trabajo.

**FERRACUTI, Franco:** «La integración de las aportaciones psicosociológi-  
cas en la Criminología Clínica», págs. 193 a 206.

De entrada el autor dice que para realizar el estudio que indica el título va a seguir la orientación de la Escuela de Antropología Criminal de Roma sobre la Criminología clínica, que es en esencia la aplicación conjunta e integrada de los conocimientos criminológicos en sus varios sectores especializados a los casos individuales con la finalidad de diagnóstico y tratamiento, y que consiste precisamente en la aplicación al estudio cien-

tífico de la conducta criminal de los conocimientos teóricos de la criminología general, cuyo estudio se ha basado, en un principio, en teorías unilaterales, el positivismo lombrosiano, las psicoanalíticas, psicológicas y las sociológicas, deteniéndose en la exposición de las facetas de estas últimas, asociaciones diferenciales, conflicto de culturas, etc.

Entre las diversas direcciones de las disciplinas criminológicas las dos más divergentes son la psico-sociológica y la clínica, pero las orientaciones clínicas que se evidencian en la antropología clínica y en la medicina criminológica son favorables a una integración de estas corrientes creando una visión global del individuo, desde sus estructuras psico-biológicas hasta el ambiente social; el clínico ha de tener una preparación general de la materia que aporta el conocimiento individualizado de lo observado; el psicológico-clínico ha de tener un conocimiento anterior y profundo de psicología, pero entre el clínico y científico, que estudian los diversos aspectos del delincuente, hay hasta una diferencia de terminología que hace difícil su entendimiento.

El foso ya existente se ha profundizado por la íntima conexión del objeto propio de la criminología con las estructuras normativas. Las decisiones más importantes sobre el tratamiento de los penados observados no son tomadas por los científicos ni por los clínicos, sino por el jurista que se inclina a una u otra orientación, a veces, por desgracia, según solamente sus preferencias personales. Un esfuerzo de unificación que éstos hubiesen realizado hubiese tenido grandes probabilidades de éxito, pero este esfuerzo no se ha realizado; sin embargo, para el Magistrado, una posición ecléctica próxima a la posición clínica multifactorial parece ser la más lógica en el estado actual de la criminología.

D. T. C.

## **Revista española de derecho militar**

Número 21, enero-junio 1966

**MONTSERRAT ALSINA, Sebastián: «El Ejército Real y la Jurisdicción de Guerra: Estado de la Justicia Militar en España durante el reinado de la Casa de Austria, págs. 9 a 53.**

Lo poco que en este número se dedica a penal está contenido en este documentado y, sin embargo, ameno trabajo. El autor, sobre el fondo de la organización del Ejército Real en tiempo de los Austrias, destaca los límites entonces fijados a la jurisdicción de guerra y autoridades que han de ejercerla, y así va configurándose la figura de los capitanes generales, auditores generales, barrachel o barrichel de campaña, estos últimos encargados de



cumplir la justicia del maestro de campo, preboste o barrichel general de todo un ejército y jueces militares. Estudia también las Ordenanzas del Duque de Alba para el ejército de Nápoles, y, sobre todo, las de Alejandro Farnesio para el de Flandes, y en éste los límites del Fuero y de los actos y personas no comprendidos en él.

D. T. C.

## ESTADOS UNIDOS

“The journal of criminal law, criminology and police science”

(Publicado por la «Northwestern University School of Law»)

VOL. 57 — Núm. 2 — junio de 1965

**DEVLIN, Patrik Arthur:** «The Police in a changing society» (La Institución policial en una sociedad en evolución), págs. 123 y siguientes.

El autor del presente artículo es el muy honorable Lord Devlin jurista ampliamente reconocido en todo el mundo por su competencia. Además de los cargos de índole judicial que ha desempeñado, es autor también de obras cuales “Trial by Jury”, “The Criminal Prosecution in England” y “The Enforcement of Morals”. Ostenta, asimismo, el grado de doctor en Derecho por las Universidades de Glasgow y Toronto.

El artículo suyo, de que seguidamente vamos a dar noticia a nuestros lectores, es la conferencia que, en memoria de Frank Newsam, pronuncio lord Devlin el 9 de diciembre de 1965 en el Colegio de Policía de Bramshill, siendo objeto de una primera edición impresa en el número correspondiente a febrero del año en curso del “Police Journal”, de Inglaterra, al que debe el “Journal” norteamericano la amabilidad de esta segunda reimpression.

Comienza Lord Devlin señalando el hecho de que el último medio siglo ha presenciado una acusada variación en el carácter de nuestra sociedad. A este respecto es comparable con la media centuria que vio surgir la revolución industrial. Comparativamente, el siglo XIX resultó ser un período de relativa estabilidad. Si comparamos nuestra sociedad de hoy con la que precedió a 1914, y si contemplamos el período que medió entre ambas grandes guerras cual si se tratase de una meseta de nivel medio, podremos apreciar qué cambio se ha producido; cambio que ahora nuestro autor sólo estudia con la perspectiva enfocada a lo que a la policía atañe.

Uno de los cambios apreciables estriba en la disminución del respeto hacia la autoridad; sin que con ello pretenda ni tan siquiera insinuar si ello es bueno o malo. Al contrario, uno de los asertos de Lord Devlin estriba en que el hombre medio está ahora, no solamente mejor educado que antes, sino que su situación es ahora incluso más próspera, y la prosperidad trae la independencia, cosa buena en sí, aunque alguien dirá, con respecto a los individuos como a propósito de las naciones, que aquélla llegó dema-

siado pronto y que la humanidad ha aprendido a hacerse eco del control antes de aprender a controlarse a sí mismo.

Este nuevo factor no crea problemas peculiares de la policía, sino que afecta, sobre todo, a quienes han de velar por el mantenimiento de la autoridad en general: maestros y padres, por no hablar de más personas. Ha tenido gran efecto dicha circunstancia sobre la disciplina industrial: una mayor prosperidad y unas posibilidades mayores de empleo han debilitado la autoridad de los patronos; de ahí que los gerentes y capataces hayan tenido que aprender nuevas técnicas de dirección empresarial a fin de poder seguir obteniendo los resultados apetecidos.

Pero en el caso de la Policía, la solución no está en las propias manos de ésta: no es peculiar a su misión, como es tratándose de padres y maestros, el exhortar y persuadir.

Cuando recae sobre la sociedad, considerada en su conjunto, el tener que imponer la disciplina a sus miembros y el enseñarles a observarla, es ya materia o cuestión que incumbe a diferentes organismos. En la mayoría de los períodos de nuestra historia, la autodisciplina ha sido incitada por la enseñanza religiosa. Las nuevas ideas, que han disminuido el poder de las iglesias, no han sugerido o dado lugar a nada nuevo que poner en lugar de las mismas.

Este factor actúa de otro modo también sobre la policía, tanto desde la perspectiva económica como social de los miembros de aquella, ya no condiciona tanto como antes solía hacerlo. Aún no ha logrado por completo el prestigio social que venía teniendo; y la seguridad de un empleo con una pensión u otros beneficios similares son hoy la regla en vez de constituir la excepción. Hoy día la policía padece de lo que parece una reducción de energías.

A continuación ha de advertirse otro cambio, también afectante al cuerpo de que se trata: ha desaparecido la sencillez del Derecho Penal. La tarea principal del policía de hace medio siglo estribaba en proteger a la sociedad contra sus enemigos (y téngase en cuenta que el autor llama enemigos de la sociedad a los delincuentes por cuanto no quieren o no pueden aceptar las restricciones que la sociedad impone al individuo).

Mas, hoy en día, contamos con un amplio número de reglas sociales cuya aplicación también ha sido encomendada a la policía. Aquellos que las infringen habrán de ser denominados "delincuentes", por cuanto en su conjunto --aunque uno debe hacer excepciones pensando en unos pocos casos malos--, no son verdaderos criminales, sino, al contrario, miembros de la sociedad propensos al respeto de sus normas. Estima el autor que este cambio en la misión del policía ha afectado a las relaciones de la misma con el público, y emplea seguidamente un símil: "El pastor y el perro ya no se hallan tan sólo empleados para ahuyentar a los lobos. El cordero ya no puede pastar libremente donde quiera. Su pastoreo ahora está controlado estrictamente y aquellos que se aparten son acuciados por el perro. Este ya no es visto únicamente como el protector benévolo, y algunas ovejas --sin duda las más alborotadas-- comienzan a sentir una extraña simpatía hacia el lobo".

Otro cambio es el que consiste en el aumento de la gravedad del delito. No quiere tampoco el autor parar mientes en el análisis de las causas de tal incremento, y enfoca su atención únicamente al cambio experimentado en el carácter. Por ejemplo: el gran robo del tren nos ha hecho reunir todo aquello de cuanto puede disponer la policía para luchar contra el delito organizado en un nivel completamente nuevo". Esos hombres hicieron algo más que rechazar sus deberes sociales: declararon la guerra a la sociedad.

Y, siendo, las que preceden, las características apreciables en el cambio operado, y al que se ha aludido en un principio, se pregunta el autor: ¿Que ha de hacerse para adaptar el trabajo de la policía?

El primer lugar sugiere un cambio a largo plazo, que piensa debe comenzar pensando por lo menos sobre lo que debe hacerse. Debemos tratar de retornar a la idea fundamental de que la policía es un cuerpo que existe para enfrentarse con el delito auténtico; convencernos de que las obligaciones que se le han impuesto con relación a la puesta en vigor de las reglamentaciones de carácter social, son extrañas a su naturaleza, y cuanto menos tenga que habérselas con aquéllas, tanto mejor.

Lo más importante es que la policía se halla continuamente en conflicto con miembros del público respetuoso hacia la Ley, con cuya colaboración debe contar aquélla en su lucha contra el delito auténtico.

Concluye en artículo de lord Devlin proclamando que el mero respeto es una recompensa bien pobre para lo que se viene exigiendo a la policía, y..., sin embargo, acaso sea por ello por lo que el pueblo británico aprendió a apreciar los beneficios de la autoridad, y también es por ello acaso que se trate de la nación más aventurada en la solución del difícil problema en que estriba el mantenimiento del equilibrio entre el orden y la libertad.

JOSÉ SÁNCHEZ OSÉS

**SHANLEY, Fred J.; LEFEVER, D. Welty y RICE, Roger E.: «The aggressive middle-class delinquent» (El delincuente agresivo de clase media), páginas 145 y siguientes.**

Comienzan los articulistas haciendo constar que los científicos sociólogos han consagrado poca atención al estudio de la delincuencia en las clases medias: desinterés relativo que puede asociarse con un juicio colectivo a cuyo tenor la limitada significación de la delincuencia en el sector social expresado no reviste caracteres graves como problema social.

Y después de exponer los datos representativos del examen realizado por los autores sobre un grupo integrado por individuos, en la edad adolescente, pertenecientes a la susodicha clase y a la superior; después de reseñar también las aportaciones más importantes que se han publicado sobre esta clase de temas; llegan aquéllos a la conclusión de que la desviación advertida en el grupo estudiado reviste significación social suficiente, así como subrayan las limitaciones encontradas por lo que concierne a los factores etiológicos que les ha suministrado lo publicado hasta ahora a este respecto.

**POELL, Elwin H.:** «Crime as a function of anomie» (El delito como resultado de la anomia), páginas 161 y siguientes.

En este artículo se sienta la afirmación de que el delito, cual el suicidio, debe ser estimado como resultado de factores sociales más bien que como defecto de índole individual. Dícese por el articulista que la "anomia" es la variable decisiva del "comportamiento" en la escala delictiva. Se considera igualmente que los factores existenciales o materiales, como, por ejemplo, la aglomeración urbana y el fenómeno del industrialismo, no deben responder, al menos por sí solos, del desarrollo de la anomia. Se aconseja, como necesario, el estudio de cambio en instituciones que definen el sentido de realidades existenciales. Y se añade que, cuando se está próximo al colapso, de orden institucional, cual pasó en los años 1866-77, o en una situación en que las aspiraciones exceden a la posibilidad de ser satisfechas, cual en el decenio 1900 a 1920, no hay duda de que se da la circunstancia de "anomia" y que, consecuentemente, debe esperarse una progresión en la delincuencia.

J. S. O.

## H O L A N D A

### “Excerpta criminologica”

Mayo-junio 1966

**GLUECK, Eleanor T.:** «Identification of potential delinquents». Páginas 309 a 314.

Este artículo con que se inicia el presente número de los “resúmenes” holandeses, que edita en Amsterdam la “Excerpta Criminologica Foundation”, comienza recordando que en 1963, Maude M. Craig y Selma J. Glick, del Departamento de Investigación de la Oficina Juvenil de Nueva York, formularon un a modo de informe, bajo el título “Diez años de experiencia con la Tabla de Predicción de los Glueck” (en el aspecto sociológico), cuyo informe o trabajo fue publicado en la edición de julio del expresado año de “Crime and Delinquency”. Añade aquélla que allí se describía un experimento realizado por la sudodicha oficina en 1952, a fin de asegurar hasta qué extremo las predicciones establecidas a base de la Tabla referida serían capaces de determinar, a la edad de iniciación escolar, quiénes eran los auténticos delinquentes en potencia y cuáles no.

Aunque los resultados logrados por la citada Oficina Juvenil y otras investigaciones practicadas sobre la misma base proporcionan solidez a la posibilidad de identificar a dichos propincuos a la delincuencia, no sólo en la edad aludida de comienzo de los estudios escolares, sino incluso (así asevera la autora) en años aún más precoces, lo que explica a lo largo del artículo que ahora ofrece la revista.

**DERBYSHIRE, Robert L.:** *The social control role of the police in changing urban communities* («El papel social de la policía en las entidades urbanas en desarrollo»). Página 315 y siguientes.

Abunda el autor en el sentido de que deben satisfacerse emolumentos profesionales adecuados, por parte del Estado y municipios, a fin de lograr así una posibilidad de superación—en lo que a idoneidad atañe—entre los cuadros de su policía masculina y femenina; teniendo al respecto bien presente que esto reviste gran trascendencia en la prevención del delito. Una dirección cualificada de carácter persuasivo es una magnífica medida preventiva. Sin duda que el conocimiento de la iniciativa tumultuaria y los métodos policiales son necesarios para frenar los motines y la actividad de la delincuencia en general antes que los mismos hayan estallado. Esta es, sin duda, una misión peculiar, de tipo coercitivo, de la policía. Mas, como el artículo sienta: mejor es todavía prevenir la perpetración de un delito que la frustración del mismo.

**HESS, Albert G.:** «*History and the criminologist*» («La historia y el criminólogo»). Página 322 y siguientes.

Demostando agudo criterio, el articulista viene refiriéndose a los métodos que usualmente utiliza el criminólogo en su investigación: principalmente estadística y lo que se denomina “experiencia práctica”, que a su vez es también experiencia de acontecimientos humanos ya acontecidos: delitos individuales aislados, comportamiento de los delincuentes en las diversas instituciones a los mismos destinadas, etc.; y viene, dicho autor, como a preguntarse: “¿Y qué es esto más que experiencia histórica?”.

Seguidamente precisa cómo, en realidad, la averiguación de la experiencia práctica se logra con gran frecuencia, más merced a la casualidad, faltos por tanto de una auténtica metodología, que por medio del complejo sistema peculiar del historiador profesional ávido de conseguir la ponderación crítica de un evento. A tal propósito, se señala también en este artículo la circunstancia de que los datos de utilidad comparativa acerca del delito no son los de tiempos pasados, sino que, en definitiva, la llamada “experiencia práctica” se ciñe a la generación en cada momento presente.

Con magnífico espíritu emprendedor Mr. Hess —que aquí no hace más que reiterar lo que ya dijo en el V Congreso Internacional Criminológico de Montreal (1965)—, nos anima con estas alentadoras frases: “por lo que a la averiguación de las características del delito respecta, hay también otros datos distintos a los propiamente estadísticos: los históricos, de los que el buen criminólogo puede hacer uso”. Empero, lo que no es tan alentador es lo que hasta el momento actual se viene realizando: de 2.600 proyectos (cuya realización se halla en curso), todos ellos anotados en el Centro de Información sobre el Delito y la Delincuencia, del Consejo Nacional respectivo norteamericano, con sede en New York, sólo hay constancia de unos QUINCE proyectos de metodología propiamente histórica.

A pesar de todo, tras señalar que en toda obra de índole criminológica no faltan datos o afirmaciones de procedencia histórica, propugna Mr. Hess dicho sistema, a realizar del siguiente modo:

a) Proporcionando estimulantes para la formulación de nuevas hipótesis y teorías.

b) Apoyando, mediante tal sistema, hipótesis y teorías que hasta ahora carezcan de tal sustentación.

c) Señalando, por el contrario, aquellas hipótesis y teorías que la metodología histórica contradiga o refute.

d) Proporcionando medios de extender ampliamente la perspectiva cronológica del criminalista, aunque ésto sea arrancando de la escasa seguridad que brinde la llamada "experiencia práctica" y los existentes, no siempre comprobables, datos estadísticos. Extensión que, naturalmente, ha de producirse en el tiempo.

Se concluye, para mostrar un ejemplo de lo que debe hacerse en los estudios de criminología, con el complemento por el autor sugerido, con la cita al volumen 69, del número 3 de "La revue de Paris" en cuanto a ésta insertó un artículo de M. Andrieux: "Le crime à Rome au XVIII<sup>e</sup> siècle" (páginas 88 a 99).

Sobre Metodología también de la investigación criminológica, se citan en el número presente de los "Excerpta": la obra de J. J. Desmaretz: "Contribution to the study of medico-legal, medico-sociological and criminological methodology", la Revista de Derecho penal y Criminología de la Universidad libre de Bruselas (1965, páginas 887-934, 45/9).

Acerca de aportaciones *estadísticas*, las de H. Schultz: "The movement of crime in Switzerland in the years 1929 to 1962" (Berna, 1965: en Mschr. Kriminol. Strafrechtsreform); H. Harriand: "Development and fight against criminality in the German Democratic Republic reflected in statistics (En Neue Justiz, Berlin, 1965); y, además, del carácter más amplio que la publicación reviste, puede consignarse igualmente aquí la publicación inglesa denominada "55 Informe anual formulado por el Consejo anual de Magistrados", en el que se recogen las conclusiones adoptadas por la Asociación de los mismos en su sesión de 14 a 15 de octubre de 1965 ("Tavistock House South London).

Respecto a trabajos sobre Psicología y Biología del delincuente, son dignos de cita los de B. Orsini: "Chronic encephalitis and criminal behaviour. Case history and comments" (Universidad Génova: "Neuropsiquiatría", 1964); y el de Shipkowensky, N.: "Cerebral arteriosclerosis and criminality" (Arterioesclerosis cerebral y criminalidad: Universidad de Sofia, Rev. Intez Criminol. Plice Tec., 1965), trabajo que merece para algo en él la atención, por cuanto refuta el criterio, ya superado propio del pasado siglo, en el que todavía se confundía la arterioesclerosis cerebral con la psicosis senil o similares al emitir los dictámenes forenses y que, sin embargo, conforme al autor, la clasificación fundada de las enfermedades mentales, a tenor de criterios nosológicos, exige que dicha enfermedad sea objeto de estudio independiente. Bien es verdad que el propio autor reconoce que, desgraciadamente, el problema de la arteriosclerosis en sus aspectos médico-legales haya sido des-

cuidado bastante hasta el presente. Sin embargo, prosigue el propio autor, la importancia criminológica de la psicosis y de los cambios o alteraciones de la personalidad derivados de la arterioesclerosis cerebral parece resultar casi insignificante si se tiene sólo en cuenta que (de 1.200 reconocimientos médicos efectuados en la Clínica Psiquiátrica de Sofía) el porcentaje de la etiología que nos ocupa es inferior al uno por ciento. A pesar de todo ello, no ha de menospreciarse la importancia del fenómeno, ni teórica, ni menos clínicamente; sin que esto quiera decir, en modo alguno, que la responsabilidad por los propios actos (responsabilidad penal, naturalmente) pueda enervarse por el solo hecho de que se haya diagnosticado una dolencia mental (entiéndase aquí también, si se quiere, un proceso mórbido de la personalidad, cual la deficiencia mental, las psicopatías o, incluso, una o varias reacciones patológicas de la personalidad, que no es lo mismo, cual apreciarán nuestros lectores); pero, en cualquier caso, si nos encontramos ante casos de pérdida de conocimiento (de adecuado conocimiento) o de la voluntad, ha de tenerse en cuenta la hipótesis también de la arterioesclerosis.

Conforme al artículo 13 del Código Penal búlgaro, la alteración de la conciencia (percepción intelectual de las cosas o ideas), puede ser permanente o temporal tan sólo. La alteración de etiología arterioesclerótica de la personalidad, cuando revista caracteres tan graves que determine una alteración de la conciencia en el sentido expresado, exige una comprobación de la capacidad civil del paciente. La importancia creciente de la Patología cerebral vascular en la sociedad presente, requiere un estudio a fondo de la arterioesclerosis cerebral con la perspectiva también peculiar de la Psiquiatría forense.

Entre los trabajos escuetamente *psicológicos* consignemos, sin que cualquier omisión implique caprichosa preferencia, el de Argyle, M.: "Eysenck's Theory of conscience: A reply" (Universidad de Oxford, "Brit. Journ. of Psychol", 1965 56/2-3 (309-310); trabajo en el que se abordan cuestiones como la de si se ha producido o no variación en la teoría de Eysenck; la de los peligros que se corren de que este último haya sobreestimado la estricta complejidad de los fenómenos que considera, etc.; y el del propio Eysenck, H. J.: "A note on some criticism of the Mowrer-Eysenck conditioning theory of conscience" (University of London: "British Journal of Psychology", 1935, 56/2-3 (305-307); Shoham, S.; Erez, R. Reckless (W. C.): "Value orientation and awareness of differential opportunity of delinquent and non-delinquent boys in Israel (A pre-test); "Institute of Criminology" de Bar-Ilan University, Ramat-Gan: "British Journal of Criminology", 1965, 5/3 (325-332).

Acerca de la *Psicopatología y Psiquiatría*, hay reseñas en este número de los trabajos de Lavery, L. y Stone (F. H.): "Psychotherapy of a deprived child", editado bajo los auspicios de "Notre Dame Child Guidance Clinic", Glasgow: "Journal of Child Psychology", 1965, 6/2 (115-124).

Sobre *Antropología, Sociología o Asistencia Social*, creemos un deber destacar la obra de Cohen (A. K.): "The sociology of deviant act: Anomie theory and beyond", Universidad de Connecticut, Storrs, Conn. "American Sociological Review", 1965, 30/1 (6-14); E. L. Cowen, M. Zax, R. Klein, L. D. Izzo y M. A. Trost: "The relation of anxiety in School Children to School

Record, Achivement, and Behavioral Mesures", Departamento de Psicología de la Universidad de Rochester, New York, en "Child Development", 1965, 36/3 (685-695); P. Driscoll: "Evaluation of different types of programs for the School Dropout", de la Escuela Superior "George W. Wingate", de Brooklyn, New York: Trabajo presentado ante la Reunión Anual de la Asociación Ortopsiquiátrica Americana, Chicago, Illinois, 21 marzo 1964; M. Beiser: "Poverty, social desintegration and personality", en "Journal of Sociological Issues", 1965, 21/1 (56-78); S. Ochs: "Travellers cheques as a means of financing international criminals", Wiesbaden, "Polizei", 1935, 5/6 (176-179); V. S. Srivastava: "Films, comics and juvenile delinquency", en "Journal of Corrections Weekly", 1963, 10 (55-58); Clifford (W.): "Development and delinquency", en "Justice of Peace local Government", 1965 129/41 (670-671); "Social mobility: Migration: The rehabilitation of problem refugees", por C. S. Kisshazy, en "Case Conf.", 1965, 12/6 (188-191); A. Ruzek: "Die beteili-gung der gesellschaftlichen organisationen an der kriminalitätsbekämpfung" (La participación de las organizaciones sociales y la lucha contra la criminalidad), en "Stát á právo" (Praga), 1964, 10 (96-112); J. F. Capelli: "La moral de los delincuentes", en "Archivos (argentinos) de Neoropsiquiatria", Buenos Aires, 1964, 12/45 (85-100); R. V. Sapmson: "Equality and power", del Departamento de Ciencia Política de la Universidad de Bristol, "Heinemann Educational Books, Ltd.", Londres, 1965 (247), y W. Levy: "The relative irrelevance of moral norms in international politics", en "Social Forces", 1965, Hawaii, Honolulu, 44/2 (226-233).

Sobre *prevención* delictiva: "Clubs de Prevention. Experiences de socio-pedagogie en milieux urbains", Ediciones Cujas, París, 1964 (172 págs.); W. T. McGrawth: "The young offender", en "Canadian Welfare Council", Ottawa, febrero 1964 (14 págs.).

Sobre *figuras* delictivas *especiales*: E. Astolfi: "Clinical and forensic toxicology en France in 1964", Buenos Aires, en "Seminario médico", 125/28 (1230-1233); H. Ehrhardt: "Euthanasie un vernichtung lebenunwerten lebens", Stuttgart, 1965, 58 páginas; J. Graven: "Le proces de l'euthanasie. Les donnees et la solution d'un probleme insoluble", Ginebra, "Revue Pénale Suisse", 1964, 80/2-3 (121-258).

Acercas de la víctima, es curioso registrar el trabajo de G. Jacquel y de J. Morel: "Sorcellerie et troubles mentaux. Etude faite dans le département de l'Orne". del Hôpital Psychiatrique d'Alençon", en la publicación "Encéphale", 1965, 54/1 (5-35).

Y sobre *defensa social*: S. O. Versele: "Croniques nationales sur la defense sociale", en "Bulletin Soc. Int. Défense soc.", 1965, 8 (3-44).

#### Julio-agosto 1966

**SCHENEIDER, Hans Joachim:** «The treatment of offenders report of the fifth International Criminological Congress, Montreal (Canada) («El tratamiento de los delincuentes ante el 5.º Congreso Internacional Criminológico celebrado en Montreal»). Página 453 y siguientes.

Tras los Congresos de Roma, en 1938; de París, en 1950, de Londres, en 1955; La Haya, en 1960, la Sociedad Internacional de Criminología (París),



en colaboración con la Asociación Correccional Canadiense ésta con sede en Ottawa, celebró su quinto Congreso Internacional en Montreal, en sesiones que se prolongaron desde el 29 de agosto de 1965 al 3 de septiembre del propio año. Allí se reunieron hasta 1.500 maestros, investigadores y prácticos procedentes de las partes más diversas del globo, concretamente pertenecientes a 39 países, y todos ellos conspicuos en materias criminológicas.

Fue su toma, cual queda dicho al comienzo del capítulo "El tratamiento de los delincuentes" y en la sesión inaugural, el Gobernador General canadiense, Georges P. Vanier, como anfitrión del Congreso, pronunció una conferencia, en la que desarrolló el tema del papel peculiar de la familia en el proceso preventivo del delito y en el tratamiento de los delincuentes; mientras que Lucien Cardin, Ministro de Justicia canadiense, subrayaba que los criminólogos debían participar de modo activo en la educación de las gentes en orden a la etiología y prevención del delito, teniendo en cuenta a este particular que la sociedad, generalmente considerada, carece de información adecuada acerca de tales problemas.

Las tareas del Congreso se distribuyeron en tres conferencias generales, en reuniones de las secciones respectivas y en las celebradas también por las ponencias, ámbitos en todos los cuales fueron tratados los problemas y cuestiones que suscitan la investigación y enseñanza criminológicas.

En la primera reunión plenaria, el profesor Thorsten Sellin, de la Universidad de Philadelphia, presidente de la Sociedad Internacional de Criminología, abordó los antecedentes históricos y la aplicación que hoy se realiza del método de reclusión (V. Th. Sellin: "Proceedings of the American Philosophical Society", vol. 109, 1965, págs. 277 a 281); poniendo de relieve que la explotación de la energía humana del recluso para la obtención de beneficio, que, en la modalidad de servidumbre carcelaria o penitenciaria, sustituyó inicialmente las penas de muerte y los castigos corporales, es lo que todavía obstaculiza el tratamiento reformador de los delincuentes.

Por su parte, el profesor Sheldon Glueck, de Cambridge (Mass.), durante la segunda sesión plenaria, defendió su tesis propicia a la existencia de factores múltiples en la etiología del delito (Sheldon and Eleanor Glueck: "Ventures in Criminology", Londres, 1964, págs. 243 a 261), así como los estudios sobre la predicción de ocurrencias delictivas que han dado tanta fama a él y a su esposa. Negando, en este último aspecto, que la predicción de la criminalidad entrañe un modo de ciego fatalismo o de destino ineludible, ya que, prosiguió, no implica otra cosa, a lo sumo, que una propensión susceptible de tratamiento, siempre que éste sea dispensado con oportunidad.

Posteriormente, en la tercera sesión plenaria, el profesor Bruno Cormier, de Montreal, uno de los vice-presidentes de la Sociedad Americana de Criminología, trató de la historia del "genocidio" (V. B. M. Cormier: "Canadian Medical Association Journal", vol. 94, 1966, págs. 276 a 291), esforzándose en considerar los graves crímenes perpetrados por la Alemania hitleriana contra los judíos con la perspectiva más amplia posible. Recordó al respecto las persecuciones de los cristianos por parte del pueblo romano, las guerras de religión en la Edad Media y lo que viene sucediendo con el colonialismo. Expresó un sentir de responsabilidad moral y meta-

física, tanto individual como colectiva, por el hecho de utilizar a los judíos de pretexto, como algo que rebasaba las fronteras germánicas; calificando problema peculiar de cada humano el peligro de un "genocidio" ulterior perpetrado mediante "métodos científicos" para los fines "seudo-científicos" en la era atómica. Consideró que tal problema sólo puede resolverse mediante la solidaridad humana, que no puede seguir siendo un mero y pasivo espectador.

El Congreso estuvo dividido en cuatro secciones:

En la Sesión primera se abordaron los temas relativos a la "Prevención y tratamiento, métodos de éste e investigación científica"; corriendo las ponencias respectivas a cargo de los profesores Johannes Andenaes, de Oslo; Jean Chazal, de París, y Juan del Rosal, de Madrid.

En la sesión de clausura, celebrada naturalmente con el carácter de plenaria, se resumieron los temas abordados en el ámbito de las secciones, y, a título de complementos o ilustraciones del Congreso, se exhibieron películas acerca del funcionamiento, tanto de la plantilla del personal de prisiones como de la vida de los reclusos en los establecimientos del Canadá, realizándose también visitas a la sede rectora de la policía en Montreal y a las instituciones penitenciarias de la provincia de Quebec; otorgándose, finalmente, el premio Denis Carroll (dotado con mil francos), a Richard A. Cloward y Lloyd E. Ohlin, de la "Columbia School of Social Work", de New York, por su excelente libro: "Delinquency and opportunity: A Theory of Delinquent gangs", editado en dicha última ciudad en 1960.

Además de la noticia precedentemente reseñada, el presente número contiene también reseñas de las siguientes obras:

Crygier, T., Jones, H. y Spencer, J. C.: "Criminology in transition: Essays in honour of Hermann Mannheim" (La Criminología en transición: Ensayos en honor de Hermann Mannheim), publicados por la Universidad de Toronto, Londres, 1965; Butler, E. W. y Adams, S. N.: "Typologies of delinquent girls: Some alternative approaches" (Tipología peculiar de las jóvenes delincuentes: algunos criterios alternativos); Universidad North Carolina: "Social Forces", de 1966.

Sobre cuestiones atinentes a la prevención en la juventud, es de destacar la aportación de Madame Jacqueline Thome-Patenôtre, que abarca tanto la infancia maltratada, como el incremento incesante del alcoholismo entre las mujeres, con las derivaciones naturales de esto último: permanencia del alcoholismo en la generación al menos inmediata a la de los progenitores; debilidad mental paterna y deficiencia o conformación defectuosa de los menores. Por la importancia de la intervención que sobre tales cuestiones formuló la expresada autora ante la Asamblea francesa, resumiremos sus conclusiones: "Es preciso, ante todo, y urgente, incrementar en Francia el efectivo psico-social, sin que constituya un secreto para nadie que el elemento personal de que ahora se dispone se halla mal retribuido. En todo caso, tén-gase presente que la desviación infantil al comenzar el tratamiento de los que se hallan en peligro, es materia muy delicada. Las pequeñas víctimas, por temor a las represalias, por razones de pudor o de vergüenza, propenden al mutismo, al igual que, por análogos motivos, sus hermanos y hermanas. En cuanto a la vecindad o "ambiente" por indiferencia (esa indiferencia in-

adecuada hacia lo ajeno peculiar hoy día!), o ya por aquél “no meterse en lios”, se conduce de igual manera. Es, pues, difícil romper esta barrera del “silencio”.

Sin embargo, llevando adelante sus propósitos de conseguirlo, Madame Thome-Patenôtre, se propuso presentar un proyecto de Ley tendente a deslizar a los médicos del “secreto profesional”.

Pero en resumen, aunque el sistema francés de protección a la infancia no se halle mal planteado, hasta el punto de que al mismo ha recurrido recientemente Bélgica para su propio Código correccional (se aconseja ver sobre este tema el trabajo de Huguette Debaisieux, publicado en “Le Figaro” del primero de junio último); ello no quiere decir tampoco que, desgraciadamente, no se echen de menos, cual se apuntó en un principio, más asistentes sociales, instructores, ayudantes cerca de las familias; llegándose a calificar de irrisorio el número de agentes preventoriales que acaban de entrar en servicio para casos calificados como “desesperados”. Aconsejase en el trabajo de que damos noticia de que, para que sean eficaces los esfuerzos de tal clase de agentes, no pueden exigírseles se hagan cargo de más de treinta familias; mientras que, la realidad es la siguiente: “Dos asistentes tan sólo para Val-d’Oise (¡Un millón de almas!). Cuarenta tan sólo para París y el Sena (la cuarta parte de la población francesa).

“La detención preventiva y sus abusos” fue el tema elegido por el Congreso, también francés de la Magistratura, celebrado en Saint-Malo y del que se ocupó especialmente Gérard Marty (“La Dépêche”, correspondiente al 3 de junio último), quien comenzó haciendo el honor a los Magistrados de reconocer que eran ellos precisamente quienes habían inscrito tal tema en el “orden del día” de los debates. En el transcurso de éstos, hizo uso de la palabra, y con el carácter casi de ponente, el señor Braunschweig, el cual, reconociendo el malestar que suscita dicha cuestión, abordó la misma comenzando por el aspecto jurídico, antes de desembocar en conclusiones de índole práctica; y a tal efecto recuerda el contenido del artículo 137 del Código Penal francés (naturalmente), donde se califica de “medida excepcional” la susodicha prisión preventiva; también trajo a colación la circunstancia de que una Instrucción es la que determina las condiciones bajo las cuales puede acordarse la libertad provisional del procesado, de lo que, a “sensu contrario” -añadió el mentado ponente— pueden inferirse los requisitos para que resulte admisible la detención provisional en cuestión, recordándose que la misma se dispone cuando la libertad provisional del inculcado entraña pueda correrse el riesgo de entorpecer la acción judicial (falacias, omisiones o negligencias, ejercicio de presiones sobre los presuntos testigos y otros muchos medios por los que puede obrarse de mala fe). También se aplica naturalmente la detención referida cuando hay temor de que el inculcado pueda sustraerse a la acción de la justicia, o bien cuando puede la misma acarrear alteración del orden público (casos de reincidentes o criminales peligrosos, o alcohólicos de la propia clase). Concluyó el orador resumiendo que la medida en discusión no ha de olvidarse va encaminada a facilitar al juez el descubrimiento de la verdad; lo que debe interpretarse de modo tal que, por ejemplo, un inculcado con un pasado judicial limpio, que reconoce los

hechos que se le atribuyen, y que tiene un domicilio conocido, debe ser puesto en libertad.

Por su parte, intervino también en las deliberaciones de modo muy saliente Denis Perier-Daville, el cual sostuvo que la causa principal del uso abusivo de las detenciones preventivas, dentro del rigor injustificado de la misma, radicaba en defecto de medios y de organización: los medios, haciendo, en la realidad, del detenido preventivo, un infame como el condenado o poco menos; mientras que la deficiencia indicada de la organización, y la debilidad de la instrucción, prolongan ésta última.

Finalmente, M. Connen, juez de menores, indicó que "su sentido de respeto hacia el individuo (o persona humana), debía guiar al magistrado en sus resoluciones. Concluye Gérard Marty destacando la simpática postura de la concurrencia judicial, caracterizada por hallarse animada de un evidente propósito reformista.

Sobre el "aborto" se recoge un artículo de "The Times" de 1 de febrero también del año en curso; artículo del que merece recoger el régimen legal aplicable en la actualidad: comenzando por deberse tildar de "exagerada" la "presunta" incertidumbre del mismo, como pretenden los reformadores, toda vez que aquél permite interrumpir el estado de gravidez cuando se halle en peligro la vida de la madre, tanto en lo que respecta a su integridad o salud "fisiológica", cual si la prosecución de tal estado pudiera afectar a la salud "mental" de la misma. En el proyecto de Lord Silkin, conforme a la reforma experimentada por el mismo en la Cámara de los Lores, se añaden a tales supuestos de interrupción "médica" del embarazo los siguientes: "si el infante cuyo alumbramiento se espera" está "propenso a una anomalía física o mental de tal índole que le prive del disfrute razonable de la vida"; si la futura madre "no está capacitada física o mentalmente" para la maternidad"; y "si el susodicho estado de gravidez ha sido producido por violación u otro delito de índole sexual".

¡Con razón se concluye el tema exclamando que es de confiar en que, al hacer pasar así el punto de gravedad del "fundamento" legal del aborto, del ámbito estrictamente médico, al médico-sociológico, o a este último tan sólo incluso, se procure reducir el número de posibles "indeseados"! Aunque, verdaderamente, es muy grave el problema para remitirlo a un criterio cualquiera.

J. S. O.

Sobre temas análogos, cual el de "Incertidumbre legal del aborto" (New Law Journal, 1966, 116/5215, 290); o el de "Confusionismo legal acerca del aborto" ("Journal of the American Medical Association", 1966, 195/2, 96-100); o el de "Liberalización del aborto cual medida de control de la población" (Indian Journal on Public Health, 1965 9/2, 69-73), siguen sendas reseñas en los "excerpta" que a nuestra vez extractamos.

Blau, G.: "Die Beratungen des neuen internationalen strafrechtskongresses in den haag hinsichtlich der straftaten gegen familie und sittlichkeit". Falkenstein, Taunus; "Zeit.ges.Familienrecht", 12/5, 244-48) (Consideraciones acerca del 9.º Congreso Internacional de La Haya (celebrado entre el 24 y 30

de agosto de 1964), sobre las transgresiones contra la familia y la moral o buenas costumbres. Tema acerca del cual trata también D. Giesen: "Zur strafwürdigkeit der delikte gegen familie und sittlichkeit", Bonn, Zges.Familienrecht., 1965, 12/5 (248-256).—Trátase, sobre todo este último trabajo, de una crítica de las conclusiones y exposiciones de motivos formuladas la Sección Segunda del Congreso Internacional referido, por cuanto se reputa que la reducción, incluso la abolición en algunos casos de todo género de sanción penal para determinadas formas de infracciones de índole sexual, son contrarias a los principios informadores de la naturaleza del Derecho Penal. De nada convincente se tilda la no sanción de la inseminación artificial exogámica, propugnándose, de contrario, la sanción inmediata de tal clase de inseminación. Igualmente se consideran inaceptables las ampliaciones allí pretendidas para la interrupción del estado de gravidez en las mujeres. Propúgnase se eleve la edad de protección penal contra los atentados al pudor de índole homosexual hasta el tope de los veintiún años. Sin embargo, ni siquiera es objeto de mención el caso de adulterio; y, por último, se califica también de "lamentable" el que no se hayan tenido en cuenta los casos de esterilización, ni se sometiesen a deliberación los argumentos presentados por la "Comisión Nacional de Derecho Penal" de la República federal alemana.

#### Septiembre-octubre 1966

En este número, entre las obras de carácter general, se recoge por ejemplo la de H. Ellenberg: "Clinical and experimental research in criminology" (Experimentaciones clínicas y experimentales en el campo de la Criminología), editada bajo los auspicios de la Universidad de Montreal: "Contributions à l'étude des sciences de l'homme", 1955; la de Pklewski-Kozielec, K.: "¿Es indispensable la criminología al Derecho Penal?", publicada en "Pans- two i Prawo", de Varsobia, 1965; la de P. J. Van Der Walt: "Man in criminology. Communications of the University of south Africa", Petoria, 1964; así como las de S. Sohan: "Criminology in Israel", del Instituto de Criminología de la Universidad de Bar-Ilan, Ramat-Gan, 1965; y la de Y. Fukumizu: "Criminological study in Japan: Survey and prospects" (El Instituto de Antropología Criminal de la Universidad de Roma, en "Cuadernos de Criminología Clínica", 1965.

H. Prosen: "Psychosocial implications of physical disability" (Consecuencias psico-sociológicas de incapacidades físicas), en "Manitoba Medical Review, 1965"; P. Grapin: "Anthropology and juvenile delinquency" (Anthropologie et délinquance juvénile), en "Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé", 1955; y la de D. H. Stott: "Congenital indications in delinquency" (Síndromes congénitos en delincuencia), del Departamento de Psicología de la Universidad de Glasgow, en "Procedures of Royal Society of Medicine", 1965, entre las obras de índole psicológica o biológica.

Entre las de carácter antropológico o social, merece citarse también la de D. Szabo: "Mass society and psychocultural maladjustments" (Société de masse et inadaptations psychoculturelles), de la Facultad de Ciencias.

Sociales de la Universidad de Montreal, en "Revue française de Sociologie", sumamente interesante por su actualidad; y la de A. Hoeck, R. Moses y L. Terrepolsky: "Emotional disorders in an israeli immigrant community. A comparison of prevalence amongst different ethnic groups", del Departamento de Psiquiatría de la Rothschild Hadassah Universidad-Hospital de Jerusalén, en "Israel Ann. Psychiatt reall. Disc. 1965.

Lugar destacado, igualmente por su actualidad y la precisión de avances rápidos en esta clase de empresas, merece la obra editada por J. M. Broekman: "Social Work: Its motives, area of work and methods" (Asistencia social, sus causas, ámbito laboral y métodos), en Noodwijk "Van Gorcum & Co. N. V. (Assen), 1965, 364 páginas; y la de P. Leonard: "Social control, class values and social work practice", del Departamento de Sociología de la Universidad de Liverpool, en "Social Work", Londres, 1965, 22/4 (9 a 13).

Entre los trabajos que no tienen una adscripción especial en nuestro catálogo, ha de citarse el G. Amado: "Prévention et traitement par le pédiatre des troubles psychosomatiques", "Revue de Nevropsychiatrie infantine", 1965, Vitry-sur-Seine, y el de K. O. Christiansen y L. Fal: "Male recidivism in danmark 1933-1960" (Reincidencia masculina en Dinamarca desde el año 1933 al 1960), del Kriminal Inst., Kobenhavn Univ., en "Nord. T. Kriminal-vidensk", 1965, 53/1 (29 a 45). El de T. C. N. Gibbens: "The inadequate recidivist", del Instituto de Psiquiatría del Hospital Maudsley, en "Pro. roy. Soc. Med. 1965, 58/9; el de G. Chrzanowski: "The psychotherapeutic management of sociopathy", en el "American Journal of Psychotherapy" 1965, 19/3, (372 a 381); y el de W. A. Heaton-Ward: "The problem of psychopath", realizado bajo los auspicios del Stoke Park Hospital Group de Bristol, y publicado en el "Practitioner", 1965 194/1163 (621 a 627).

En la "Medical Science Review", bajo el patrocinio del Departamento de Medicina Forense de Londres, aparece publicada la colaboración de J. M. Cameron y H. R. M. Johnson: "The battered child syndrome" (La sintomatología del niño maltratado). 1966.

Sobre el tema del aborto médicamente producido, sustentan la tesis de oposición a la ampliación de supuestos legales que lo autoricen: M. Kohlhaas y H. Heiss, en sus respectivos trabajos sobre "Once more: The right to interrupt pregnancy" y "The problem of artificial interruption of pregnancy"; mientras que la Revista holandesa que reseñamos recoge, por otra parte, la valiosa aportación que implica la publicación canadiense editada por la Asociación Médica del país aludido, acerca de las lesiones causadas por accidentes del tráfico (1965).

J. Piña y Palacios publica en "Criminalia", de Méjico, un artículo sobre "Declaration of the basic principles in the inauguration of a model penal code for Latin America", Santiago, 1965. Y, por último, además del trabajo de M. Paneva: "Vascular disease and certain problems of imputability and legal competence", que inserta el "Soc. pravo" búlgaro (1965); M. J. Power, en su "An attempt to identify at first appearance before the courts those at risk

of becoming persistent juvenile offenders”, trabajo inserto en la “Proc. roy. Med. inglesa también de 1965; L. N. Brown, con su “The legal background to the family court” (British Journal of Criminology), revelan su preocupación por las cuestiones que a la juventud delincuente atañen.

J. S. O.

# NOTICIARIO

Por los Decanos de las Facultades de Derecho de la Universidad de San Marcos y de la Universidad de Chile ha sido invitado nuestro codirector, profesor Quintano Ripollés, a pronunciar sendos cursillos de conferencias en la próxima primavera, lo que, dado su precario estado de salud, no le ha sido posible aceptar.

En la segunda quincena de noviembre del presente año (1966) se celebrará en Lima la III Reunión plenaria de la Comisión redactora del Código Penal tipo para Latino-América, que impulsa el Prof. chileno Dr. Novoa Monreal y en la que interviene activamente el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos de Lima Prof. García Montufar.

Como temas incluidos en el programa provisional figuran los reenviados de la reunión de Méjico: Causas de justificación; Inimputabilidad; Culpabilidad.

También figuran incluidos lo que no se alcanzaron a tratar en Méjico.

a) La noción de autor y el concurso de personas en el hecho punible; b) La reincidencia, la habitualidad y la profesionalidad criminal; c) Proceso ejecutivo del delito (tentativa); d) Concurso o pluralidad de delitos y su régimen; e) Las penas y medidas de seguridad; f) Extinción de la responsabilidad penal; y g) La responsabilidad civil derivada del delito.

Seguimos con atención los trabajos de esta importante Comisión redactora por haberlos orientado sobre vías eficaces y con perseverancia digna de todo elogio.

UNIVERSIDAD DE BARCELONA. INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA

Director: Prof. O. Pérez-Vitoria FACULTAD DE DERECHO

CURSO DE CAPACITACION. Febrero-Junio 1966

Asignaturas:

Criminología, Prof. Octavio Pérez-Vitoria; Medicina Legal, Prof. Miguel Sales Vázquez; Psiquiatría Forense, Prof. Ramón Sarró; Derecho penal, Profesor Francisco F. Olesa; Criminalística, Prof. José M.<sup>a</sup> Real.

Cursillos complementarios:

La imputabilidad disminuida, Prof. Juan Córdoba Roda; Los indicios biológicos del delito en la investigación criminal, Prof. Blas Aznar; Delincuencia juvenil, Prof. L. Folch Camarasa.

Conferencias:

Juventud inadaptada y delincuente. Conferenciantes: Profs. Román Alberca, J. J. López Ibor y J. Ruf Carballo.

Las clases tendrán lugar de siete a nueve de la tarde en los locales del Instituto en la Facultad de Derecho (Pedralbes) de acuerdo con el horario expuesto en el tablón de anuncios.



# INDICE GENERAL

## TOMO XIX

### Fascículo II

	<u>Páginas</u>
<b>SECCION DOCTRINAL</b>	
La estafa procesal, por JOSÉ CEREZO MIR .....	179
Problemas de la responsabilidad civil delictual. El tercero perjudicado, por FRANCISCO GALIANA URIARTE .....	199
El delito imposible de aborto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por RODRIGO FABIO SUÁREZ MONTES .....	215
<b>SECCION LEGISLATIVA</b>	
Principios penales en la Constitución provisional en la República Árabe Unida, por JOAQUÍN BASTERO .....	231
<b>SECCION DE JURISPRUDENCIA</b>	
Jurisprudencia procesal penal (Sala segunda del Tribunal Supremo). Ter- cer cuatrimestre de 1965, por FERNANDO GIBERT CALABUIG .....	234
<b>CRONICAS EXTRANJERAS</b>	
La nueva Defensa Social (Un movimiento de política criminal humanista). Consideraciones sobre un libro de Marc Ancel, por JOSÉ M. <sup>a</sup> NIN DE CARDONA .....	265
El Código penal sueco, por JOSÉ SÁNCHEZ Osés .....	274
<b>REVISTA DE LIBROS</b>	
DE ALMEIDA, João Alcides: "O aborto concensual", por <i>Ismael Moreno</i> <i>Páramo</i> .....	281
ANGARITA TRUJILLO, Carlos: "La situación irregular", por <i>Manuel de</i> <i>Soraa</i> .....	282
BACIGALUPO, Enrique: "La noción de autor en el Código penal", por <i>Is-</i> <i>mael Moreno Páramo</i> .....	283
BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto: "Delitos sexuales", por <i>Alfonso Se-</i> <i>villa Casas</i> .....	285
BINDING, Karl: "Die Normen und -ihre Übertretung", por <i>Enrique Gim-</i> <i>bernat</i> .....	288
BAUMANN, Jürgen: "Strafrecht, Allgemeiner Teil", por <i>Enrique Gim-</i> <i>bernat</i> .....	288
COLOMBO, Leonardo: A.: "Culpa aquiliana (cuasidelitos)", por <i>Manuel</i> <i>de Soraa</i> .....	288

	Páginas:
DÍAZ PALOS, Fernando: "Teoría general de la imputabilidad", por <i>José María Nin de Cardona</i> ... .. .	289
ENGISCH, Karl: "Estudios sobre dolo y culpa en Derecho penal", por <i>Enrique Gimbernat</i> ... .. .	292
FERRACUTI, Franco: "Intelligenza e criminalita", por <i>Domingo Teruel</i> ... .. .	293
GARCÍA LAVERNIA, Joaquín; FLÓREZ LÓPEZ, Fructuoso: "Derecho Español de la Caza", por <i>Domingo Teruel</i> ... .. .	294
GOLDSTEIN, Raúl: "Diccionario de Derecho Penal", por <i>José M.<sup>a</sup> Nin de Cardona</i> ... .. .	295
KNODEL, Klaus Dieter: "El concepto de la violencia en Derecho Penal", por <i>Enrique Gimbernat</i> ... .. .	297
LUMIA, Giuseppe: "El diritto tra le due culture", por <i>Gerardo Entrena Cuesta</i> ... .. .	298
MAZZATI, Manlio: "I reati elettorali", por <i>Gerardo Entrena Cuesta</i> ... .. .	298
SALAMA, Maamoun: "L'a gente provocatore", por <i>Gerardo Entrena Cuesta</i> ... .. .	299
SCHROEDER, Friedrich-Christian: "El autor detrás del autor. Una contribución a la teoría de la autoría mediata", por <i>Enrique Gimbernat</i> ... .. .	299
SEXUALITAET UND VERBRECHEN (Sexualidad y delito), por <i>Enrique Gimbernat</i> ... .. .	300

**REVISTA DE REVISTAS**

**Alemania**

NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT, 1966, por <i>Enrique Gimbernat</i> ... .. .	302
ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE SIRAFRECHTSWISSENSCHAFT.—Fasc. 4, 1964, por <i>José Cerezo Mir</i> ... .. .	302

**Francia**

REVUE PENITENTIAIRE ET DE DROIT PENAL.—Enero-marzo, abril-junio 1966, por <i>Domingo Teruel</i> ... .. .	318
--	-----

**España**

REVISTA DE DERECHO ESPAÑOL Y AMERICANO.—Octubre-diciembre 1965, por <i>Domingo Teruel</i> ... .. .	320
REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR.—Enero-junio 1966, por <i>Domingo Teruel</i> ... .. .	322

**Estados Unidos**

THE JOURNAL OF CRIMINAL LAW, CRIMINOLOGY AND POLICE SCIENCE.—Junio 1966, por <i>José Sánchez Osés</i> ... .. .	323
--	-----

**Holanda**

EXCERPTA CRIMINOLOGICA.—Mayo-junio, julio-agosto, septiembre-octubre 1966, por <i>José Sánchez Osés</i> ... .. .	326
NOTICIARIO ... .. .	338