

**ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

**TOMO XX
FASCICULOS I y II**



**ENERO-AGOSTO
MCMLXVII**

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:
EUGENIO CUELLO CALON (+)

Directores:
JOSE ANTON ONECA
Catedrático de Derecho penal
JUAN DEL ROSAL
Catedrático de Derecho penal y Direc-
tor del Instituto de Criminología de la
Universidad de Madrid

Redactor-Jefe
DIEGO MOSQUETE MARTIN
Profesor Encargado de Cátedra de Dere-
cho penal de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción:
LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo
ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-LOPEZ
Magistrado del Tribunal Supremo y Di-
rector de la Escuela Judicial
JOSE M.^a GONZALEZ SERRANO
Fiscal General del Tribunal Supremo
BERNARDO FRANCISCO CASTRO PEREZ
Magistrado y Subdirector del Instituto
de Criminología de la Universidad de
Madrid

Consejero-Secretario:
DOMINGO TERUEL CARRALERO
Magistrado

Vicesecretario:
MANUEL COBO
Profesor Adjunta de Derecho penal de la
Universidad de Madrid

INDICE

	<u>Páginas</u>
<i>Necrología</i> , por Jacques Benard Herzog	7
Vida y publicaciones de don Antonio Quintano Ripolles	11
<i>Las teorías penales italianas en la posguerra</i> , por D. José Antón Oneca	17
<i>Un Derecho penal conciliador</i> , por P. Antonio Beristain	45
<i>Delitos contra la libertad</i> , por D. Antonio Camaño Rosa	59
<i>La revisión penal</i> , por D. Federico Castejón	97
<i>Consideraciones sobre la pena</i> , por D. Bernardo Francisco Castro Pérez	103
<i>Sobre la naturaleza pluripersonal del delito del adulterio (art. 449)</i> , por D. Ma- nuel Cobo	147
<i>El parentesco como circunstancia mixta de modificación de la responsabilidad penal</i> , por D. Juan Córdoba Roda	169

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

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: septiembre-diciembre 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.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 3

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

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



**MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**

**ANUARIO
DE DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

**TOMO XX
FASCICULOS I y II**



**ENERO-AGOSTO
MCMLXVII**

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

Nos conocimos cuando se principia a caminar por la vida intelectual por su propia cuenta. Como el otro que dice, a los pocos años de salir de la Universidad. Antonio pertenecía, recién ingresado en el cuerpo fiscal y actuaba en el tribunal mixto del Sarre, en tanto que yo me incorporaba al discipulado del Prof. Wolf de la Universidad de Friburgo. Vivimos, por tanto, el fenómeno político del nazismo en sus primeros años y asistí a la crisis de la Universidad alemana.

Después, con los interregnos propios de las incidencias políticas de España seguimos cada uno nuestra vocación hasta que, coronada la guerra civil española, de nuevo reanudamos nuestro contacto.

La amistad, siempre renovada y alimentada por afanes comunes, ha durado por un espacio de tiempo más que suficiente como para darla por buena.

Durante los últimos veinticinco años la preparación enciclopédica y su finura de experto jurista en la práctica y en la teoría, dieron su fruto apetecido en publicaciones que constituyen una hermosa prenda de su saber.

Desde la tesis doctoral La falsedad documental, de la que fuimos ponente hasta el extenso Tratado de Derecho penal (Parte Especial), que deja, por desgracia, incompleto, se alinean una serie de obras que proclaman a las claras su talento, capacidad de trabajo y su seria formación, no ya penalista, sino de jurista.

Pueden citarse, entre otras, los dos tomos de Derecho penal internacional; Derecho penal de la Culpa; Comentarios al Código penal, en reciente edición, Compendio de Derecho penal, etc., etc. y cientos de artículos y aportaciones en las revistas más diversas.

Si hubiera que concretarse su perfil de penalista, cabría decir que se concertaba la agilidad mental con la agudeza, la preparación con su facundia e ingenio, en suma, que era Antonio Quintano Ripollés (q. e. p. d.), uno de los grandes penalistas de nuestro tiempo.

De entre sus dedicaciones habituales sobresale la que hizo a este Anuario, en que con puntualidad y constancia asistía, caída la tarde, y se le encontraba en sus locales, siempre atento a la más leve sugerencia para dar respuesta y hacer gala de su sagacidad.

Cuando se hallaba en plena madurez intelectual y sin que se sospechara inquietud alguna por su salud, se le presentó una enfermedad letal que en pocos meses nos fue arrebatado de esta vida. Los que le tratamos cotidianamente y conocemos de cerca el legado de su producción, nos ha impresionado sobremanera su pérdida irreparable, pues con Antonio se nos ha ido un jurista ejemplar tanto intelectual como humanamente.

El Anuario y, en general, los que componen este Instituto de Estudios Jurídicos rinden en este número un homenaje póstumo y tienen en su pensamiento un recordatorio íntimo por su eterno descanso.

Juan del Rosal.

Necrología

(Traducción de la sentida y magistral Necrología publicada en la "Revue de Science Criminelle et de Droit pénal comparé" (n. 1 de 1967) por el fiscal y gran penalista francés Jacques Bernard Herzog.)

La muerte de Antonio Quintano Ripollés nos ha llegado a todos a lo más profundo de nuestras admiraciones y afectos. Ha muerto en la tarea, prosiguiendo una obra que marcará la historia del Derecho penal español de este siglo. Nos deja el recuerdo del compañero jovial, del amigo delicado y fiel que ha sido siempre para cada uno de nosotros.

Pocas carreras han sido tan brillantes como la suya. Magistrado formado en la escuela del Ministerio Fiscal, ha ejercido sus funciones en Bilbao y en Toledo antes de llegar al Tribunal Supremo de Madrid, donde, primero Abogado Fiscal, se convirtió pronto en Magistrado de la Sala de lo criminal. ¡Cómo no habrían de experimentar sus colegas la influencia de su pensamiento sólido y sutil, fecundado, más allá de la práctica nacional, por las experiencias vividas en la Comisión internacional del Sarre y en el Tribunal mixto del Cairo, adonde le han llamado la confianza y estima del Gobierno español y de las autoridades extranjeras!

El gusto por la enseñanza le vino no solamente por el atractivo de la investigación doctrinal, sino también por la voluntad de profundizar, con el cambio de ideas y la sana controversia, los conocimientos cuya extensión le ha permitido igualar a los más grandes penalistas de su país. En 1962 obtuvo una de las cátedras de Derecho penal de la Universidad de Madrid y, siguiendo las huellas de Jiménez de Ansúa y de Cuello Calón, ha ilustrado esta escuela española, que quizás ha olvidado las lecciones de Dorado Montero, pero que se mantiene como una de las más fecundas de la Europa continental. Por breve que haya sido su experiencia de la enseñanza, le habrá servido para ensanchar el campo de sus reflexiones, siendo la prolongación natural y el complemento necesario de su práctica de la magistratura.

La obra interrumpida por la implacable desgracia es copiosa y variada, uniendo, a imagen del que la había emprendido, la profundidad del pensamiento con la elegancia de la expresión. He dado cuenta en esta Revista de las principales publicaciones en que Quintano se muestra como autor cuidadoso de no confundir nunca la prolijidad con la palabrería. En esta piadosa recensión sólo quiero conservar lo esencial, lo fundamental y, en la medida en que la inexorable fuga del tiempo permite apreciarlo, lo permanente.

La Criminología en la literatura universal (1951) testimonia que este perfecto jurista ha sabido universalizar su cultura gracias a su conocimiento de las lenguas extranjeras. Este libro, de fácil lectura, muestra cómo en una disciplina artística y científica, cuyas insuficiencias ha subrayado hace poco el profesor Roger Merle, Quintano ha revelado una maestría raramente igualada.

La densidad de su ensayo *La influencia del Derecho penal español en las legislaciones hispano-americanas* (1953) le ha reservado una plaza escogida entre los comparatistas contemporáneos. Ha sabido mostrar como el derecho penal de la América hispana, nacido de los Códigos españoles del siglo XIX, ha conquistado en el XX su madurez adaptando las corrientes legislativas universales a los datos éticos, económicos y sociales de las comunidades americanas. Esta es, por otra parte, la idea que se encuentra expresada en el artículo escrito por la misma época directamente en francés para la "Revue internationale de droit pénal" bajo el título *Los aspectos modernos de las instituciones penitenciarias ibero-americanas*.

Antonio Quintano Ripollés se ha vinculado por entonces a la obra a que más seguramente irá asociado su nombre y en la cual es más fácil reconocerlo, porque une la sutilidad del pensamiento a la generosidad del corazón. Ha publicado un *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal* en dos volúmenes (1955 y 1957) que, siguiendo y precediendo a innumerables artículos sobre el Derecho de la guerra, ha hecho de él uno de los maestros incontestables de la ciencia difícil y apasionante del Derecho internacional penal. ¡No se vacila en evocar, antes sus restos mortales, la inmortalidad de Suárez y de Vitoria! Basta consignar que al consagrar largas disertaciones a las incidencias internacionales, clásicas y nuevas del Derecho penal, Antonio Quintano Ripollés ha sido el descendiente de una noble línea. No es actualmente digno de un autor, europeo del Este o del Oeste, americano del Norte o del Sur, tratar de los procesos de los grandes criminales de guerra, del pasado, del presente y del porvenir de la Justicia penal internacional, sin tener constantemente presentes en el espíritu los argumentos de este español que ha sabido tender a lo universal.

Su obra se ha enriquecido después con una monografía de altura y densidad, *El Derecho penal de la culpa* (1958). Abordando el tema de la culpa penal, ha intentado resolver uno de los problemas más complejos de la dogmática jurídica. Se podrá estar o no de acuerdo siempre con las soluciones propuestas, pero no se puede desconocer la fuerza de su dialéctica.

Habiendo profundizado así las corrientes más variadas de la ciencia penal, Quintano decidió llenar uno de los vacíos de la literatura jurídica española. Esta comprende varios tratados concernientes a la parte general, pero es menos rica en tratados de parte especial, y, recordando que era a la vez un teórico y un práctico, se decidió a escribir el *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, del cual

los tres volúmenes aparecidos (1962, 64 y 65) (1) han sido reseñados en esta *Revista* (2). Es más difícil renovarse que repetirse. Así bastará para evitar la repetición escribir que este análisis, metódico sin ser sistemático, del Derecho penal ha llegado a ser una de las obras esenciales de la literatura jurídica española contemporánea.

Magistrado, profesor, penalista consumado, entusiasta por las artes y esteta penetrado en la literatura de la época, Quintano no ha desdeñado la filosofía y varios artículos testimonian sus investigaciones en este sentido: *La motivación moral en el Derecho penal* (1949), *La ciencia jurídica penal italiana de la trasguerra* (1949), *Crisis positiva y apoteosis filosófica del contrato* (1950), *Filosofía y ciencia del Derecho alemanas de la trasguerra* (1953), *Posibles consecuencias penales del existencialismo* (1952), *El actual pensamiento jurídico norteamericano* (1953). Y ha recordado igualmente sus experiencias internacionales para consagrar libros o crónicas a los problemas de la Africa musulmana: *El canal de Suez* (1953), *La política del Medio Oriente* (1950), *Libia, nuevo Estado* (1951).

Antonio Quintano Ripollés, que ha sido un excelente germanista y ha publicado en colaboración con su esposa un *Diccionario de Derecho comparado alemán español*, ha experimentado directamente y por intermedio de su maestro Luis Jiménez de Asúa, la influencia de la escuela técnico jurídica alemana, de la cual ha sido en España un doctrinario convencido. Algunos entre nosotros, aquí o allá, hemos cruzado con él la pluma o el pensamiento. Pero jamás ha desviado la controversia del camino recto y puro, en el cual ha querido siempre mantenerse.

Entusiasmo, reactividad, pureza, tales han sido en Quintano las virtudes humanas que han sublimado las cualidades intelectuales. Unos y otros lo hemos visto en los congresos y en los seminarios, disimular, bajo la apariencia del escepticismo, la fuerza de sus convicciones. Hemos guardado el recuerdo provechoso de las discusiones, pero también hemos conservado, en el fondo de nosotros mismos, la memoria del gesto por el cual sabía cerrar los debates cogiendo a su interlocutor por el brazo o por el hombro. De este modo no ha cesado de reforzar el calor de la estimación por el de la amistad. El camarada era, en Quintano, inseparable del compañero de estudios; el sabio no se separó nunca del hombre. He aquí por lo que tengo el sentimiento de acabar hoy un último diálogo dirigiendo a Quintano Ripollés el postrero mensaje de una fraternidad reafirmada por la separación.

(1) Posteriormente a su fallecimiento ha aparecido el volumen 4.º (1967), en el cual había trabajado Quintano incluso durante su enfermedad, dejándolo prácticamente terminado, y ha sido publicado bajo el cuidado de su discípulo y profesor ayudante de su cátedra, Enrique Gimbernat. (N. del T.)

(2) 1963, p. 597; 1965, p. 515; 1966, p. 166.

Vida y publicaciones de don Antonio Quintano Ripollés

I. DATOS BIOGRAFICOS

Nació en Burgos el año 1905. Hizo el ballicherato en el Instituto de Enseñanza Media, de Oviedo, y la licenciatura de Derecho en la Facultad de la misma capital. Se doctoró en la de Madrid.

Ganadas en 1930 las oposiciones a la carrera del Ministerio Fiscal, desempeñó el cargo de Abogado Fiscal en Oviedo y Bilbao. Los de Teniente Fiscal y Fiscal Jefe en esta última Audiencia, de la que pasó a ser Fiscal Jefe también en la de Toledo. En 1953 fue nombrado Abogado Fiscal del Tribunal Supremo, y en 1958 Magistrado del mismo Tribunal, con destino a la Sala segunda o de lo Criminal.

En 1962 ganó por oposición la segunda cátedra de Derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. En 1965 fue elegido Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Se celebró la recepción pública en 28 de febrero de 1966, siendo contestado su discurso sobre el «Derecho, Valor de Cultura» por el Decano honorario de la Facultad de Derecho de Madrid, Excmo. Sr. D. Leonardo Prieto Castro, quien en esta respuesta hizo una completa y valiosa relación de la vida y méritos del recipiendario.

Durante estos últimos años ha sido también don Antonio Quintano Vocal de la Comisión General de Codificación.

Su actividad en la esfera internacional ha sido copiosa e intensa. En 1933 obtuvo del Ministerio de Justicia una beca para estudiar las prisiones de Rusia, viaje que dio lugar a la publicación que luego se dirá. Desde el 1 de diciembre del año 1931 hasta marzo de 1936 formó parte, por designación de la Sociedad de Naciones, del Tribunal Internacional para el plebiscito del Sarre. Durante los años 1948 y 1949 fue miembro, en Mansura y El Cairo, de los Tribunales Mixtos Internacionales de Egipto.

Era Miembro de honor del Instituto Nacional de Criminología de Buenos Aires, Miembro correspondiente del Instituto Nacional de Criminología de La Habana, Miembro correspondiente de la Sociedad de Ciencias Criminales y Medicina Legal de Tucumán, Académico correspondiente de la Academia mexicana de Ciencias penales, Miembro correspondiente del Instituto de Derecho comparado de México. Ha sido Secretario de la Sección española de la Asociación Internacional de Derecho penal. Dio conferencias o cursos en diferentes universidades extranjeras (de Francia, Italia, Argentina, Méjico, Finlandia, etcétera). Envió comunicaciones, tuvo ponencias y asistió personalmente interviniendo en los debates de muchos Congresos y otras reuniones internacionales.

Poseía varias condecoraciones: la del Nilo, concedida por el rey Faruk

de Egipto en 1949; la Orden Nacional de Mérito Lanuza (1955), de Cuba; la cruz de honor de San Raimundo de Peñafort.

Finalmente, ha realizado asidua labor en esta revista como colaborador y Redactor Jefe, primeramente, y en calidad de codirector, después.

Falleció el 9 de enero de 1967.

II. PUBLICACIONES

LIBROS

1. *Régimen penitenciario de la U. R. S. S.*, Madrid-Bergua, 1935.
2. *Comentarios al Código penal*, Madrid, E. R. de Derecho privado, dos tomos, 1946, 2.^a ed. 1966.
3. *Diccionario de Derecho comparado alemán-español*, id., 1951.
4. *La Criminología en la Literatura Universal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1951.
5. *La falsedad documental*, Madrid, Reus, 1952.
6. *La influencia del Derecho penal español en las legislaciones hispano-americanas*, Madrid, Cultura Hispánica, 1953.
7. *El Canal de Suez*, Col. de Estudios de Derecho Internacional Marítimo. Ministerio de Marina, C. S. I. C., Madrid, 1953.
8. *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, dos tomos, Madrid, Inst. F. de Vitoria, 1956, 1957.
9. *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, 1958, Ed. Bosch-Barcelona.
- 10 y 11. *Compendio de Derecho penal, dos tomos*, Ed. "Rev. de Derecho privado", Madrid, 1959.
12. *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, tomo I: Infracciones contra las personas, Madrid, 1962, Ed. "Rev. de Derecho privado".
13. y 14. *Curso de Derecho penal*, dos tomos, Ed. "Rev. de Derecho privado", Madrid, 1963.
15. *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, tomo II: Infracciones patrimoniales de apoderamiento, Ed. "Rev. de Derecho privado", Madrid, 1964.
16. *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, tomo III: Ed. "Rev. de Derecho privado", Madrid, 1965.
17. *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, tomo IV: Infracciones contra la comunidad social (coordinado por Gimbernat), Ed. "Rev. de Derecho privado", Madrid, 1967.

ARTICULOS EN REVISTAS JURIDICAS ESPAÑOLAS

18. *Problemas jurídicos de la cuestión del Sarre*. "Rev. de Derecho público", núm. 37, Madrid, enero 1935 (hay separata).
19. *Introducción al Derecho público alemán*, id., junio 1935, id.
20. *Incumplimiento de obligaciones civiles sancionado criminalmente*, "Revista de Derecho".
21. *El camino de un nuevo Derecho Natural*, "Rev. gen. de Leg. y Jurisprudencia", Madrid, marzo 1946.
22. *La acción tercera o cuasi-criminal, propia de la llamada responsabilidad civil dimanante de delito*, "Rev. de Derecho privado", diciembre 1946.
23. *La cláusula oro en los pagos internacionales*, id. noviembre 1947.
24. *Biología genética y Criminología*, "Rev. gen. de Leg. y Jurisprudencia", noviembre 1947.
25. *El derecho de obligaciones en el Proyecto de Código egipcio*, "Información Jurídica", noviembre 1947.
26. *Intervención tutelar y represiva del Estado en las sociedades anónimas*, "Revista de Derecho privado", julio-agosto 1948.

27. *La motivación moral en el Derecho penal*, "Rev. gen. de Leg. y Jurisprudencia", abril 1949.
28. *La omisión de socorro: necesidad de su tipificación penal*, "Información Jurídica", junio 1949.
29. *La ciencia jurídico-penal italiana de la trasguerra*, id. noviembre 1949.
30. *Antijuridicidad civil y penal en el evento jurídico de daño*, "Rev. de Derecho privado", octubre 1949.
31. *Posibilidades criminológicas de la neurocirugía: la lobotomía*, "Rev. E. est. penitenciarios", Madrid, enero 1950.
32. *Crisis positiva y apoteosis filosófica del contrato*, "Rev. de Derecho privado", febrero 1950.
33. *Filosofía y ciencia del Derecho soviético*, "Rev. gen. de Leg. y Jurisprudencia", marzo 1950 (hay separata).
34. *Hacia el final de una fijación penal penitenciaria: el paralelismo carcelario*, "Rev. E. est. penitenciarios", abril 1950.
35. *Las arras en el novísimo derecho contractual*, "Rev. gen. de Leg. y Jurisprudencia", junio 1950.
36. *La política del Medio Oriente*, "Cuadernos de política internacional", Madrid, junio 1950.
37. *Derecho ruso-soviético de familia en la trasguerra*, "Rev. de Derecho privado", diciembre 1950.
38. *Una revolución en la técnica procesal: las pruebas clínicas de veracidad*, "Revista de Der. procesal", Madrid, octubre-diciembre 1950. (Reproducido como epílogo al libro del Dr. Kranz: *El narcoanálisis*, Madrid, 1951).
39. *Arabia*, "Cuadernos de Estudios africanos", Madrid, 1950, IX.
40. *Etapas de la evolución jurídico-política de Egipto*, id. 1950, XII.
41. *De Palestina a Israel*, "Cuadernos de Política internacional", septiembre 1950.
42. *Tecnicismo penal de la delincuencia de guerra*, "Rev. esp. de Der. Internacional", Madrid, 1950, I.
43. *Incautación de bienes privados alemanes*, id. 1950, III.
44. *La teoría islámica del Derecho*, "Rev. de la Facultad de Der.", Universidad Madrid, 1950-51.
45. *Libia, nuevo Estado*, "Cuadernos Estud. Africanos", 1951, núm. 14.
46. *El proceso de Von Falkenhauseu ante el Consejo de Guerra de Bruselas*, "Revista esp. de Der. Internacional", 1951, I.
47. *Dogmática, metodología y sistemática del Der. Internacional-penal*, id., 1951, III.
48. *Filosofía y ciencia del Derecho alemanes de la trasguerra*, "Rev. gen. de Leg. y Jurisprudencia", febrero 1951 (hay separata).
49. *Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal*, "Anuario de Der. penal", Madrid, 1950, II (hay separata).
50. *La vida de la pena de muerte en 1950*, "Rev. E. est. penitenciarios", abril 1951.
51. *En torno a la condena condicional*, id., septiembre 1951.
52. *El delito de daños*, id., octubre 1951.
53. *La bigamia en lo penal*, "Información Jurídica", octubre 1951.
54. *Una ley germano-soviéticas la de protección de la paz*, "Anuario de Der. penal", 1951, núm. 2.
55. *Ley de reforma del Código penal alemán*, id., núm. III.
56. *Posibles consecuencias penales de existencialismo*, "Anuario de Derecho penal", 1952, III.
57. *Naturaleza substantiva y procesal de la querrela privada*, "Rev. de Der. procesal", marzo 1952.
58. *Ilicitud civil y penal en la falsedad de documentos*, "Rev. jur. de Cataluña", marzo-abril 1952.
59. *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, "Rev. gen. de Leg. y Jurisprudencia", octubre 1952 (hay separata).

60. *Nuevo Proyecto de Código penal argentino*, "Anuario de Der penal", 1952, III.
61. *Los valores individuales en el derecho público y privado*, "Rev. jur. de Cataluña", septiembre-octubre 1953.
62. *Legalismo y judicialismo en el Derecho Internacional penal*, "Rev. esp. de Der. internacional", 1953, III (hay separata).
63. *Nueva dogmática del derecho penal económico*, "Rev. de Derecho mercantil", Madrid, septiembre-diciembre 1953.
64. *Criminología antropológica* "Rev. E. est. penitenciarios", abril 1954.
65. *Dimensión de la criminología como ciencia*, id., enero 1954.
66. *Una obra maestra de la literatura criminológica*, id., septiembre-octubre 1954.
67. *Culpa e imprudencia en la doctrina y en la práctica*, "Anuario de Derecho penal", 1954, I.
68. *La integración de la República Democrática Alemana en la órbita formal del derecho intersoviético*, "Rev. del Instituto de Der. Comparado", Barcelona, 1954, I.
69. *Trayectoria doctrinal de la noción de guerra injusta a la de crimen contra la paz* (conferencia), "Rev. de la Facultad de Derecho Universidad", Oviedo, 1954, III.
70. *El principio de competencia personal en lo penal internacional*, "Rev. D. int.", 2-3, 1954.
71. *El uxoricidio como parricidio privilegiado*, "Anuario de D. penal", 1955, III.
72. *Filosofía y tecnicismo en el derecho penal*, "Rev. de D. español y americano", Madrid, 1956, I.
73. *Estudio jurídico de los diagnósticos psiquiátricos* (conferencia), E. de Medicina Legal, Universidad de Madrid, 1954.
74. *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, tomo II, 1950 (artículos: Apátrida, Arbitraje, Armisticio, Arretrato o obcecación).
75. *Id.*, tomo III, 1951 (artículos: Asesinato, Asilo, Asistencia mutua, Autoría penal, Beligerancia, Bigamia, Blasfemia, Bombardeo, Botín, Castración).
76. *Id.*, tomo IV, 1953 (artículos: Cláusula rebus sic stantibus, Codelincuencia, Complicidad).
77. *Id.*, tomo V, 1935 (artículo: Consentimiento del ofendido).
78. *Id.*, tomo VI, 1954 (artículos: Criminalidad de guerra, Criminología, Culpa penal, Daños, Delincuente, Delito a distancia, Delito complejo, Delito compuesto, Delito cualificado por el resultado, Delito de acción, Delito de comisión por omisión, Delito instantáneo, Delito material, Delito permanente, Delito político, Delito privado, Delito público, Delito putativo, Delito simple, Delito social).
79. *Id.*, tomo VIII (artículos: Enajenación mental, Estupro, Eutanasia).
80. *La Evolución del Derecho penal moderno (Contra corriente)*, "Anuario de Derecho penal y Ciencias penales", 1957.
81. *Ideas jurídicas de Nietzsche*, "Anuario de Filosofía del Derecho", 1957.
82. *La protección criminal del Derecho internacional en los Códigos de la posguerra*, "Instituto Francisco Vitoria del C. S. I. C.", 1958.
83. *Glosas a la nueva ley española de extradición pasiva*. "Instit. Fr. de Vitoria", 1959.
84. *Hacia una posible concepción unitaria jurídico-penal de la culpabilidad*. "Anuario de Derecho penal y Ciencias penales", 1959.
85. *En torno al cheque sin provisión*, "Rev. Der. privado", 1960.
86. *Problemas de la prueba en el proceso penal*, "Rev. Jur. de Cataluña", 1960.
87. *Estimativa jurisprudencial de las anomalías mentales*, "XI Curso Internacional de Criminología", 1963.
88. *Responsabilidades civiles "ex delicto" y "ex lege"*, "Anuario de Derecho civil", 1963.
89. *La concepción soviética del Derecho*, "Rev. de la Univ. de Madrid".

90. *La objeción de conciencia ante el Derecho penal*, "Estudios en Homenaje al Padre Pereda, S. J.", 1965.

TRADUCCIONES

91. (Del alemán) artículo de Von Weber: *Sobre el error iuris en las más modernas tendencias jurídicas alemanas*, "Anuario de Dr. penal" 1953, I.
 92. *Ley para la protección de la paz*, id., 1953, I.
 93. *Ley de tribunales para jóvenes en la República democrática alemana*, id., 1953, II.
 94. (Del francés) *Discurso de S. S. Pío XII al VI Congreso de la Asociación Internacional del Derecho Penal*, id., 1953, III.
 95. Artículo de S. Glaser: *La guerra de agresión*, "Rev. esp. de Der. int.", 1953, III.
 96. Artículo de J. B. Herzog: *El delincuente habitual en Derecho Comparado*, "Anuario de Der. penal", 1955, II.

PUBLICACIONES EXTRANJERAS. ALEMANAS

97. *Die gesetzliche Lage der deutschen Privatbesitze in Aegypten*. "Deutsche Rechtszeitung", Tübingen, 20-XI-1949.
 98. *Das spanische Strafgesetzbuch, Einleitung* (traducción en colab. con J. Heilpern y Scharff). Berlín, de Gruyter, 1955.

ARGENTINAS

99. *Retorno hacia el privativismo contractual*, "Derecho del trabajo", Buenos Aires, 1950.
 100. *Medida egológica y cultural del jusnaturalismo*, "La Ley", Buenos Aires, 22 de diciembre de 1951.
 101. *El delito político y la política*, Revista de Der. penal", Buenos Aires, 1951, III.

CUBANAS

102. *Problemática de jurisdicción en la represión de la criminalidad contra la humanidad*, "Rev. de Der. Internacional", La Habana, septiembre 1948.
 103. *El novísimo pensamiento jurídico en la U. R. S. S.*, id., septiembre 1950.

CHILENA

104. *Modernos aspectos de las instituciones penitenciarias iberoamericanas*, "Rev. de Derecho de la Universidad", Concepción, julio-septiembre 1952. (Ponencia general al I Congreso Hispano-luso-americano y filipino de Der. penal).

FRANCESAS

105. *A propos de la protection pénale der droits de l'homme*, "Rev. internat. de droit pénal", París, 1950 IV.
 106. *Les aspect modernes des institutions pénitentiaires iberoamericaines*, id., 1952, I.
 107. *L'evolution du droit pénal en Espagne depuis la promulgation du Code de 1944*.
 108. *La protection pénale des Conventions humanitaires*, id., 1953, I y II.
 109. *Chronique espagnole*, id., 1955, I y II.

ITALIANAS

110. *L'istigazione alla guerra dal punto di vista penale e criminologico*, "Archivio di Diritto penale", Roma, 1950, I.
111. *Il Diritto naturale nella sua prospettiva relativisco-esistenziale*, "Rivista internazionale di Filosofia del Diritto", Roma, 1951, IV, separata, en Fratelli Bocca, Milano, 1951.
112. *La nuova utopia: l'Umanesimo giuridico individualista*, id., V, 1956. Giufré. Milano, 1956.
113. *Rieducazione e retribuzione*, "Sul problema della rieducazione del condannato", 1964.

URUGUAYA

114. *El Tratado de Derecho penal de L. Jiménez de Asúa*, "La Rev. de Derecho, Jurisprudencia y Administración", Montevideo, junio 1952.

Las teorías penales italianas en la posguerra

JOSE ANTON ONECA
Catedrático de Derecho penal

Resultado de la controversia de las escuelas, clásica y positiva, desarrollada a fines del siglo XIX y comienzos del XX, fueron las posiciones eclécticas o unitarias, que propugnaron la doble vía —penas y medidas de seguridad— aceptada actualmente en las legislaciones. Se mantuvo el debate sobre las funciones y límites de ambas consecuencias del delito, pero acortadas las distancias con relación a la antigua controversia, reinó un relativo sosiego en el terreno de los principios, que permitió a los penalistas entregarse a las sutilezas de la dogmática del delito.

La situación fue ya alterada antes de la última guerra mundial, especialmente en Alemania, donde la escuela de Kiel aspiró a levantar una construcción penal totalmente nueva en armonía con el régimen político nazi. Contra ella se pronunció la mayor parte de los penalistas en los demás países, y en el Congreso Internacional Penal y Penitenciario de Berlín celebrado el año 1935, al discutir un tema relativo a la oportunidad de los sistemas progresivos en la ejecución de las penas privativas de libertad, se delimitaron claramente los campos. Posteriormente a la guerra, ha resucitado, con aspectos nuevos, la antigua polémica. Era lógico porque al conflicto bélico ha sucedido un período constituyente y, al plantearse de nuevo el problema de las relaciones entre los poderes del Estado y los derechos del individuo, era obligado llegar al de la penalidad, intrusión ésta la más enérgica en la esfera de libertad del hombre.

El debate sobre las llamadas teorías penales, o sea sobre las que tratan del fundamento y fines de la pena y, por consiguiente, del Derecho penal, está otra vez de actualidad. Me ocupo primero (1) de las doctrinas surgidas en Italia, alguna de las cuales, concretamente el movimiento de la defensa social, se ha extendido ampliamente fuera de las fronteras de este país. Glosaré con alguna detención los pareceres de los autores más representativos; método preferible a un catálogo erudito de cuantos trataron el tema. Y, no obstante el título del presente artículo alusivo a la posguerra, será preciso ocuparse de algunas

(1) Este artículo es un capítulo de la obra inédita titulada: *Las teorías penales contemporáneas*.

publicaciones fechadas en época algo anterior, pero cuya relevancia ha quedado subrayada en el momento posbélico.

I

RETRIBUCIÓN

Petrocelli reprochó a la dirección técnico jurídica, acaudillada por Rocco e inspiradora del Código penal italiano de 1930, que al lado de la retribución como carácter de la pena, hubiera asignado a ésta como fin la prevención. Puesto que los caracteres de una institución dependen de su fin, aquella posición equivalía a renunciar al sistema penal y reducirlo a la defensa de la sociedad contra el peligro de futuros hechos dañosos, o sea a un sistema cuya base sería la peligrosidad. De otro modo: los neoclásicos habían dejado entrar el enemigo en casa. Para remediar tal estado de cosas, apela Petrocelli al testimonio de la conciencia universal, con objeto de llegar a conocer la verdadera naturaleza de la pena.

Había sido corriente reprochar a la retribución su calidad de venganza más o menos modificada o espiritualizada en el correr de los tiempos. Esto se afirmaba por los enemigos; los clásicos oponían la negativa más rotunda a la acusación. Petrocelli, más audaz, acepta el origen en la venganza y trata de rehabilitar a ésta. Fundamento originario de la venganza es la reacción individual a la ofensa ya sufrida, a falta de una reacción social, para satisfacer la necesidad de reprimir, que no es menos instintiva e imperiosa que la de defenderse. Si hay un punto de antítesis entre venganza y defensa, éste es motivo de profunda ligazón entre la venganza y la pena. La venganza es un fenómeno exclusivamente humano y falta totalmente del campo animal. Alguna esporádica manifestación del espíritu vindicativo suele presentarse como peculiar aspecto de la superioridad de inteligencia de algunos animales. La defensa, en cambio, es propia hasta de los animales de tipo inferior. El animal agredido se defiende y el instinto de alejar de sí el peligro presente es común a toda criatura viviente. Por otra parte la reacción defensiva tiene por objeto el daño y el peligro actual, pero no se venga si el daño ha sido ya sufrido. De donde resulta la naturaleza espiritual de la necesidad de reacción contra la ofensa y la inanidad de toda tentativa de desvaloración ética de la pena llevándola a sus orígenes de reacción vindicativa.

En la necesidad —continúa Petrocelli— que mueve instintivamente al hombre a reaccionar contra la ofensa, hay un punto de partida y un punto de llegada. El punto de partida es el dolor por la ofensa sufrida; el de llegada es la satisfacción por la retribución del mal sufrido merced a la inflicción de un mal correspondiente. Esta exigencia es satisfacción del sentimiento de justicia, que está en la base de todas las valoraciones y retribuciones del orden moral. Quienes se

ilusionan con poder establecer una cómoda barrera entre el orden ético y el jurídico olvidan que entre las exigencias del orden ético ha de comprenderse todo aquello que es conveniente al hombre considerado como elemento de la sociedad; todo aquello que es conveniente por tanto a la conservación de la sociedad humana.

De este razonamiento deriva una concepción retributiva de la pena, incompatible con las componendas. La actividad estatal de prevención del delito se desenvuelve fuera de la pena. No basta con poner a las medidas de seguridad el remoquete de administrativas y conservarlas en el Código penal, como hace el Código italiano vigente: las medidas de seguridad no sólo tienen carácter administrativo sino que en nada difieren de las comunes medidas de policía de seguridad. Por lo cual debe de haber dos Códigos: uno de penas confiado a la autoridad judicial, y otro de defensa social encomendado a la autoridad administrativa (2).

La teoría expuesta es sugestiva por su simplicidad, pero en el mundo jurídico se cruzan principios variados y contrapuestos. Estamos de acuerdo con atribuir a la opinión pública la relación retributiva contra la ofensa; pero tal sentimiento no se da aislado, sobre todo cuando ésta es de cierta gravedad, sino que surge también el vivo temor a la repetición, dado ya en la víctima, pero prevalente sobre la venganza en los círculos más alejados. En cuanto a la desvaloración de la defensa por darse también en los animales, oponemos la existencia de varias clases de defensa, y la previsora que mira a tiempos futuros para evitar peligros a la comunidad, poco tiene que ver con la del animal, tan difícil de distinguir de la pura reacción vindicativa.

Bettioli rechaza la reivindicación de la venganza, pretendida por Petrocelli. Si es verdad que en los orígenes de la sociedad, la venganza estaba a la orden del día, con esto no se dice que en ella deba buscarse el origen de la pena. Si es posible probar que, a falta de una autoridad estatal, era el individuo quien reaccionaba contra la ofensa a él inferida, esto no supone que toda reacción viniera a satisfacer un instinto de venganza, pudiendo expresar tal reacción la exigencia de justicia propia del hombre y mucho más noble que el simple instinto vindicativo. De otro lado, este instinto no corresponde a la naturaleza racional del hombre: una cosa es la reacción que lleva a la pena, y otra la reacción desordenada que lleva a la venganza, expresión de la naturaleza concupiscente del hombre (3). Por lo demás, para Bettioli, la pena encuentra su razón de ser en la retribución, una de las ideas fuerza de nuestra civilización (4).

(2) PETROCELLI, *La funzione della pena*, art. publicado en (*Rivista di diritto penitenziario*), año VI, núm. 6, y recogido en "*Saggi di diritto penale*", Padua, 1952. En *Principi di diritto penale* (2.^a ed., Nápoles, 1952, págs. 49 y sigs.) la concepción de este autor presenta matices más moderados; si bien sigue hablando de los fines preventivos como de meros efectos colaterales.

(3) BETTIOLI, *Diritto penale, Parte generale* (6.^a ed., Palermo, 1966, página 636 y sigs.).

(4) *Ob. cit.* pág. 633.

Como consecuencia de tal concepto *monodimensional* (la palabra es empleada por el propio autor comentado) (5) la pena es sólo represión: el presupuesto de la pena es la culpabilidad y el de la medida de seguridad es la peligrosidad. Lo cual equivale a decir que no se puede atribuir a la pena funciones propias de la medida como es la defensa frente a los delitos del porvenir. Y sostiene tal negación incluso con referencia al discutido art. 133 del Código italiano, que incluye “la capacidad del culpable para delinquir” entre los criterios dados al juzgador para el ejercicio de su poder discrecional en la aplicación de la pena, dentro de los límites fijados por la ley, porque esta capacidad significaría, a juicio de Bettiol, perversidad moral y no peligrosidad; mira al pasado y no al porvenir. La pena es sanción y este término es correlativo al de acción, quedando fuera del mismo las medidas de seguridad, las cuales tienen por supuesto para su aplicación la presencia no de una acción sino un estado (peligrosidad) (6). Si la medida de seguridad no es una sanción debe quedar excluida del Derecho penal pues por Derecho penal se entiende el complejo de normas que gravitan en torno a las ideas de culpa y de pena. Porque son actividad administrativa el Código italiano llama a estos procedimientos profilácticos medidas “administrativas” de seguridad. Que se encuentren dentro del Código penal y sean aplicadas jurisdiccionalmente (argumentos empleados por quienes ven en la palabra “administrativas” una contradicción con su verdadero contenido) no le importa a Bettiol, pues lo mismo ocurre con las sanciones civiles sin que por ello pierdan la naturaleza aludida en su nombre (7).

Dicho concepto ético de la retribución hace imposible “el retorno a formas de punición repudiadas por nuestra conciencia moral —como las penas corporales— y las sanciones punitivas no deben hacer sufrir más que lo estrictamente necesario al fin de la retribución”. Pero Bettiol rechaza también “el optimismo de un tiempo en que se consideraba posible la recuperación moral y social del reo a través de los presuntos medios taumatúrgicos de la prevención especial” (8); sin que crea obstáculo el art. 27 de la Constitución italiana, según el cual “las penas deben tender a la educación del condenado”; pues se trata de una fórmula de compromiso elaborada por políticos, no por penalistas (asegura Bettiol, personalidad destacada en ambos campos) (9).

(5) *Ob. cit.*, pág. 681.

(6) *Ob. cit.*, págs. 688-689.

(7) *Ob. cit.*, págs. 759 y sigs.

(8) BETTIOL, *Punti fermi in tema di pena retributiva*. En “Scritti giuridici in onore di Alfredo de Marsico”, I, Milán, 1950.

(9) Por el contrario, NUVOLONE (*Il problema della rieducazione del condannato*, en “II Convegno di diritto penale, Bressanone, 1963”, Padua, 1964), sostiene que el art. 27 de la Constitución italiana, al preceptuar que las penas deben tender a la reeducación del condenado, no expresa una aspiración doctrinaria, sino un preciso imperativo jurídico. Esa parece, en efecto, la voluntad de la norma; pero ésta, no obstante conformarse con un concepto tan vago como la tendencia, ha resultado en gran parte utópica: por la variedad de especies penales, algunas de las cuales no apuntan al fin correccional, y por la insuficiencia de

En su apasionamiento contra el “mito de la reeducación” (10) lo relaciona con las ideologías para él más abominables. En el aspecto político, lo considera alimentado por un pensamiento de origen hegeliano, encontrando tanto en el totalitarismo de la derecha como en el de izquierdas la inclinación hacia la readaptación. Lo cual no es cierto, pues si este fin fue preferido en la República de Weimar, el nazismo reaccionó contra la escuela de Liszt, orientando primero la pena hacia la expiación y la prevención general y, más tarde, poniendo en cabeza la defensa del pueblo alemán, como sanción purificadora que librase al pueblo de sus enemigos anteriores (11). Con verdad relaciona Bettiol la retribución con el liberalismo y la democracia. La legalidad de los delitos y las penas, así como la proporcionalidad de éstas con aquellos, fueron dogmas del liberalismo decimonónico. Importaba ante todo la seguridad jurídica y la igualdad del tratamiento a cuantos hubieran realizado el mismo hecho. Pero —oponemos— el liberalismo social moderno no se contenta con la seguridad y un tratamiento igualatorio sin contar con las necesidades personales. De donde se deduce que el Estado debe proteger a la sociedad mediante la tutela del delincuente cuando esto sea posible (12).

En el plano de la ciencia penal, no vacila en atribuir al positivismo criminológico materialista la tendencia a la recuperación social del criminal. La apreciación adolece de generalidad excesiva, pues es aplicable a un positivista injertado de correccionalista como Dorado Montero (13), pero no a Lombroso (14) o Garofalo (15) y, en general, a toda la primera época de la escuela positiva, escéptica sobre las posibilidades de corrección del delincuente, consecuencia de la concepción

medios de que dispone la administración penitenciaria —al decir de autores italianos— para cumplir aquel objetivo.

(10) BETTIOL. *Il mito della rieducazione del condannato*. en “Sul problema della rieducazione del condannato”, volumen publicado con ocasión del *II Congresso di diritto penale*, celebrado en Bressanone en 1963 (Padua, 1964).

(11) Sobre las variaciones experimentadas en la legislación de aquella época, véase: EXNER, *Sinnwandel in der neuesten Entwicklung der Strafe*, Berlín, 1944, en “Probleme der Strafrechtserneuerung”, Berlín, 1944.

(12) BETTIOL, en sus insistentes escritos sobre el tema, llega a frases como ésta: “... el problema de la reeducación del condenado es del todo moderno; es contemporáneo al surgir del Estado laico”. en *Sulla rieducazione del condannato*, “Riv. it. di dir. e proced. penale”, 1958, pág. 638. Frente a la cual se alzan los precedentes en Platón, Séneca, el derecho canónico y los moralistas cristianos; aunque las realizaciones prácticas en el antiguo régimen fueran escasas.

(13) De la amplia obra de DORADO, citaremos: *El derecho protector de los criminales*, Madrid, 1915 *passim*. En tiempos posteriores, ANTOLISEI ha dado como “característica innovadora promovida por la gran obra de Lombroso precisamente “el repudio del castigo” (*Problemi penali odierni*, Milán, 1940, página 166). La escuela positiva combatió desde el principio la retribución, pero las sanciones eliminatorias defendidas en la primera época de la misma se fundaron en la escasa eficacia reconocida a las medidas correccionales, y en el concepto de la sociedad como un organismo vivo que lucha por la existencia conforme a las leyes biológicas.

(14) LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, Riduzione, Turín, 1924, pág. 313 y 326.

(15) GAROFALO, *Criminologia*, trad. esp., págs. 323 y sigs.

del delincuente nato y del predominio de los factores antropológicos sobre los sociales en la etiología del delito. Y nunca, ni por unos ni por otros, se ha intentado convertir el Derecho penal en un derecho premial; pues la condena condicional y el perdón judicial (invocados por Bettiol en prueba de tal aserto (16)), son medidas de individualización para delincuentes primarios o, a lo más, instituciones de gracia, pero no son premios por el delito, y las medidas de seguridad bajo régimen de sentencia indeterminada, propugnadas por el positivismo criminológico, son más aflictivas que muchas penas (17).

II

ENMIENDA

En contraste con Bettiol, Carnelutti pasa, con análoga vehemencia, al extremo opuesto. Carnelutti, gran procesalista, se asomó a varios horizontes jurídicos y, aunque sus excursiones por el campo penal no han tenido aceptación entre los penalistas, en España, donde existió una escuela correccionalista, no debemos pasar por alto la atención dedicada por este ilustre jurisconsulto al fin de la enmienda.

La pena, según Carnelutti, es retorsión, eco del delito; de modo que el delito y la pena son el anverso y el reverso de la misma medalla. Y se enfrenta contra el argumento tantas veces repetido desde que lo expresó Platón atribuyéndoselo a Protágoras: "lo hecho ya no puede deshacerse". A lo que responde: "si el daño como hecho material no se presta a ser cancelado, otra cosa ocurre en cuanto al delito como hecho espiritual, porque para el espíritu, que es eterno, no existe pasado". La libertad no es la abstracta posibilidad de escoger entre el bien y el mal, sino la concreta potencia de escoger el bien, por lo cual el delito no es ejercicio sino no ejercicio de la libertad; el delincuente ha preferido obrar como siervo a obrar como hombre. Pero como el orden que la pena ha de restaurar no consiste en que los siervos continúen siendo siervos, sino en que los siervos se conviertan en libres, en la función represiva de la pena está implicada la función de la enmienda, y el delito no está reprimido hasta que el delincuente esté enmendado, resolviéndose el concepto de la pena en el concepto de la reeducación. Con este motivo Carnelutti invoca la experiencia del arrepentimiento y la dulzura del sacramento de la confesión. Si alguno dijese que todo esto vale en el plano religioso o, al menos, en el plano moral, pero no en el jurídico, cometería el error de no darse cuenta de que el problema de la pena es ante todo un problema moral; todo

(16) BETTIOL, *Dal diritto penale al diritto premiale*, en "Riv. it. di dir. e proced. penale", 1960, págs. 701 y sigs.

(17) Retribucionistas han sido también, entre otros: MAGGIORE, *Diritto penale, Parte generale*, vol. I, t. 2, Bolonia, 1953, págs. 75 y sigs.; BATTGLINI, *Diritto penale*, 3 ed., Padua, 1949, pág. 524, ss; CAVALLO, *Diritto penale, Parte generale*, vol. III. Nápoles 1959, págs. 75 y sigs.

el derecho, pero el Derecho penal en primera línea, es un medio para reducir a la moral la conducta de los hombres (18).

Posteriormente, en un Congreso Nacional de la Unión de Juristas Católicos, Carnelutti acentuó estas mismas ideas de signo correccionalista: "hasta ayer los hombres, inveterados pecadores, impregnados de soberbia, han creído poseer la balanza de la retribución; esto es, una balanza por la cual se puede adecuar la pena al delito, usurpando con esto las funciones de la justicia de Dios. Es Dios solamente quien puede hacer esta compensación, estableciendo cuanto dolor debemos sufrir por el mal que hayamos hecho. La verdad es que entre los pliegos de la retribución se ocultaba y oculta algo de diverso. Se oculta el tratamiento a que los hombres deben ser sometidos con el fin de conseguir el arrepentimiento; esto es la función retributiva se ha aclarado finalmente como función penitencial, distinta, si no opuesta, a la función preventiva". Es sabido que los sostenedores de esta acuden constantemente a la imagen del enfermo y el tratamiento. Para Carnelutti —coincidiendo en esto con Ferri— si la cosa juzgada civil es una necesidad, la cosa juzgada penal, por lo menos en cuanto a la medida de la pena, es un absurdo. Desde el momento en que se asigna a la pena un contenido penitencial, es absurdo que la pena se prolongue si se consigue alcanzar la redención antes del término fijado, o bien cese antes de conseguirla. La determinación judicial de la pena no debe ser irrevocable, sino controlable y controlada sobre la experiencia de su eficacia durante la expiación. El verdadero problema penal —dice Carnelutti— es el penitenciario. Pero, añadá, que en verdad la penitencia comienza con el procedimiento y que nuestra incivilidad actual es mayor en el sector del juicio que en el de la expiación: el escándalo de la penitenciaría es bastante menor que el escándalo del proceso penal. Es difícil hacer saber al público que cosa es el proceso penal, porque el proceso penal conocido por la gente es el proceso privilegiado, aquellos grandes procesos que tienen el honor de la crónica periodística, mientras es, en cambio, el proceso vulgar el que sería necesario conocer. "Es necesario andar por los Juzgados y Audiencias o hasta el Tribunal de Casación para comprobar como los *pobres cristos*, que constituyen los penados ordinarios, son tratados".

Como se ve por lo transcrito, las ideas de Carnelutti son análogas a las de Röder y los correccionalistas españoles. Incluso alguno de éstos —como Silvela (19)— parten de la restauración del orden perturbado, y como la perturbación tiene su raíz y asiento en la voluntad antijurídica, sólo podrá obtenerse el restablecimiento cuando se llegue a la misma voluntad de donde aquella procede. Ahora bien; una retribución privada de contenido y medida, pues tanto el uno como la otra habrían de determinarse conforme al fin correccional, se convierte en una vaga idea de sanción. De todos modos habremos de seguir

(18) CARNELUTTI, *El problema de la pena*, Buenos Aires, 1947.

(19) SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 2.ª ed., parte primera, Madrid, 1908, págs. 223 y sigs.

preguntándonos lo que debe hacerse con los delincuentes incorregibles y también con los no necesitados de segunda educación, o los autores de crímenes tan graves que la ejemplaridad requiere internarlos por más tiempo del pertinente para la enmienda (20).

Carnelutti obtiene de su concepción protectora y educadora ciertas extrañas conclusiones. "Matar al reo puede ser una medida de seguridad, pero una pena, no". E igualmente, son medidas de seguridad para este autor las penas pecunarias y las afflictivas corporales, pues esencial a la pena es el fin de la enmienda, ausente de todas las citadas. Como se ve, toma por base un concepto de pena distinto del vigente y tampoco ajustado con lo que se ha entendido por tal en el derecho histórico, o sea no a lo que es y ha sido, sino al deber ser.

El problema penitenciario, que para Carnelutti comprende no sólo la ejecución de la pena sino que arranca del juicio, no se resuelve sin la fuerza del amor: "la pena —dice— es amor". Y cuando a través de la asistencia espiritual, a través del mejoramiento de las condiciones de los reclusos, los hayamos educado, no habremos hecho más que la mitad de lo necesario. Porque el problema es doble: no se trata simplemente de reeducar al delincuente, sino que también es preciso educar a la sociedad para que absorba a los delincuentes. Carnelutti cree que se debe llegar, si no a la abolición, al menos a la limitación severísima del certificado de antecedentes penales (21).

Sin perjuicio de aprobar la última afirmación, nos permitimos objetar a lo anterior: si se ha de educar a la sociedad —lo cual merece entusiasta aceptación— ¿cómo no tener en cuenta la ejemplaridad, en virtud de la cual la justicia penal se convierte en un magisterio ético de todas las gentes que su funcionamiento contemplan o del mismo saben? La reabsorción de los delincuentes, adaptándolos a la vida normal de la sociedad, es sin duda conforme a las exigencias de la moral social contemporánea; pero también es necesario enseñar a las gentes a no incurrir en aquellas conductas antisociales que llamamos delitos. Finalidad no sólo útil a las posibles víctimas, sino también a los posibles delincuentes que se abstengan de llegar a serlo ante la representación de la pena.

De modo análogo al de Carnelutti, otro famoso profesor, tampoco especialista en temas penales, Del Vecchio, ha invocado la moral cristiana para convertir la pena en un bien para el penado. Frente al con-

(20) Suele colocarse fuera de toda necesidad educadora a tres clases de delincuentes: los pasionales, los culposos y los políticos. El P. BERISTAIN (*La reeducación del condenado*, Padua, 1964) impugna la opinión común. CONCEPCIÓN ARENAL (*Informe al Congreso de S. Petersburgo*, en "Obras completas", t. XIV, pág. 103) decía con relación a los habituales que la corrección no es algo absoluto, sino que tiene mucho de relativo y graduado. Con sentido tan amplio, ciertamente se puede asegurar que todos los hombres son susceptibles de mejora.

(21) Véanse las intervenciones de CARNELUTTI en un Congreso de Jurisconsultos católicos, reseñado en "Justicia", nov.-dic. 1950. Y también el artículo *Meditazione sulla essenza della pena*, en "Rivista italiana di diritto penale", 1951. n. 1.

cepto de Grocio *malum passionis propter malum actionis*, propone este otro: *bonum actionis propter malum actionis*; basando su fórmula en textos bíblicos y patristicos, en normas del Derecho canónico, en penalistas como Röder y Dorado Montero, en literatos como Tolstoi y Anatole France. La verdad es que no precisa Del Vecchio la por él llamada posible solución: el bien que ha de hacerse al delincuente. Sus afirmaciones más concretas se refieren a la compatibilidad de lo expuesto con el principio de la legítima defensa contra todas las violaciones del Derecho, contra las emprendidas y las conminadas; si bien la defensa para ser legítima ha de ejecutarse con la moderación que a esta institución impone el Derecho canónico. De ese derecho a la defensa obtiene la exigencia común a la justicia civil y a la penal de que sean reparados no sólo los daños causados a los particulares, sino también los causados al Estado. El delincuente debe ser obligado a soportar, una parte de las cargas financieras que sobre el Estado pesan para sostener el aparato de la defensa contra la delincuencia. Con tal fin, recomendando una magistratura para la "tutela de los créditos" y, llega a admitir el restablecimiento del arresto penal por deudas (22).

No armoniza, a nuestro juicio, esta segunda parte del pensamiento de Del Vecchio con la primera: la prisión por deudas con la abolición del *malus passionis*. El insigne filósofo ha comenzado por presentar el principio retributivo como "discutible y de hecho muy discutido", y se adhiere a la consideración de Röder para quien alcanzar la ecuación exacta entre el delito y la pena es tan imposible como lograr la cuadratura del círculo. Mas la reparación del daño, ¿qué es sino retribución? Es una retribución objetiva, proporcionada a los resultados, no a la culpabilidad. Del modo propuesto por Del Vecchio volveríamos a la confusión entre la justicia penal y la civil de los tiempos primitivos, superada por la transformación de la pena privada en pública en el Estado moderno. Y nos recuerda también las propuestas de Spencer (23) y Garofalo (24) para castigar ciertas infracciones con la indemnización a las víctimas del delito; así como los argumentos esgrimidos contra ellas: principalmente el de la desigualdad de la intensidad afflictiva según las condiciones económicas del infractor, y la dificultad de sustitución en caso de insolvencia.

(22) DEL VECCHIO, *La Giustizia*, Roma, 1959, págs. 159 y sigs. También ha expuesto sus ideas en varios artículos: *Sul fondamento della giustizia penale*, en "Archivio penale", 1945, II; *Nota al risarcimento del danno in relazione alla pena*, en "Scritti giuridici in onore a Carnelutti", Padua, 1960. Estos dos artículos fueron traducidos al español y publicados en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1947 y 1951. Posteriormente ha insistido DEL VECCHIO en *Il fondamento della giustizia penale e una de sui possibili soluzioni*, en "Riv. it. di dir. pen.", 1957.

(23) SPENCER, *Ética de las prisiones*, trad. esp. (España Moderna). —

(24) GAROFALO, *Indemnización a las víctimas del delito*, trad. esp. (España Moderna).

III

DEFENSA SOCIAL

El movimiento de la defensa social es italiano por la tierra donde nació y por la paternidad del abogado Gramatica, su iniciador; si bien luego ha adquirido expansión internacional, de donde deriva su principal interés.

Filippo Gramatica, que ya anteriormente se había pronunciado por un Derecho penal subjetivo (25), creó en Génova (año 1945) un Centro de Estudios de Defensa Social. En su programa, se anunciaba: "A la luz de la realidad humana y social, parece que el derecho de castigar, concretado en un Derecho penal, debe considerarse superado, no menos que prácticamente ineficaz. La pena no sólo no ha eliminado el fenómeno de la antisocialidad, sino que quizás lo ha agudizado. La escuela positiva y algunas modernas legislaciones extranjeras, siguiendo direcciones unilaterales, han afirmado ya esto sin resolver agotadoramente el problema. Pero la negación del derecho de castigar presenta la cuestión de sustituirlo por la defensa contra la antisocialidad". Y luego señala las directrices de los estudios de dicho Centro, "negada la función del Derecho punitivo y el concepto de la responsabilidad".

En sucesivos trabajos Gramatica nos dijo que la pena, en su significación de castigo retributivo, se encuentra condenada por la experiencia de la historia. Las controversias filosóficas no han podido establecer la legitimidad del derecho de castigar; ni la tradición cristiana ni el cuidado moderno de la higiene han podido paliar los inconvenientes de la pena en su ejecución penitenciaria. De aquí la propuesta de suprimir la pena, sustituyéndola por medidas de defensa social. Debe abandonarse la noción de responsabilidad que obliga al individuo a responder del daño causado. Esta noción confunde el Derecho civil, donde se desenvuelve normalmente la idea del resarcimiento y el dominio del Derecho penal, donde lo que importa no es el hecho cometido, sino la personalidad del sujeto.

La concepción de la pena expuesta parece asimilarse a la de la escuela positiva; pero discrepa Gramatica en lo relativo a la responsabilidad. Esta tiende —según los positivistas— a evitar el peligro del daño y puede existir en el loco como en el ser sano o en el animal. Por el contrario, la antisocialidad, de la que hace Gramatica base de la responsabilidad, supone esencialmente un ser consciente, capaz de sacar provecho de la medida de defensa social o de temer la amenaza. Sólo para los seres conscientes será construido el sistema de la defensa contra la antisocialidad. Lo cual conduce a un régimen único de medida de seguridad, repudiando la pena y el actual dualismo, puesto que

(25) GRAMATICA, *Principios de Derecho penal subjetivo*, trad. esp., Madrid. 1941.

cuando el individuo no es capaz, es confiado a la medicina. De tal modo, la teoría de Gramatica plenamente subjetiva (rechaza el positivismo porque su doctrina de la responsabilidad es objetiva) se une a la moral y llega a una idea de justicia que pone la técnica del Derecho al servicio del hombre (26).

El Centro de Estudios de Defensa Social pasó luego a ser Instituto Internacional de Defensa Social. Y de aquel Centro o de este Instituto surgieron los Congresos de Defensa Social celebrados en San Remo (1947), Lieja (1949), Amberes (1953), Milán (1956), Estocolmo (1958), Belgrado (1961) y Lecce (1966). Del de Lieja brotó la Sociedad Internacional de Defensa Social, que, abierta a filósofos, juristas, psicólogos, etc., trata de coordinar sus actividades para un mismo humanitario objetivo. Organó del movimiento fue la "Rivista di difesa sociale", nombre cambiado luego por el de "Revue internationale de défense sociale", sustituida, al final del año 1957, por un parco boletín de información, al estar ya incluida una sección dedicada a la defensa social en la "Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé". Lo cual equivale a decir que la defensa social, italiana de origen, ha pasado a ser francesa por adopción.

La doctrina de Gramatica está emparentada con la predicada, con alicios de apóstol, por el catedrático salmantino don Pedro Dorado Montero, autor, entre muchas publicaciones, del libro, ya citado, *Derecho protector de los criminales*; nombre suficiente para indicar su orientación. Tal antecedente ha sido señalado por varios autores (27). Muy especialmente merece mencionarse el profesor venezolano don Rafael Mendoza, quien, en el Congreso Internacional de Defensa Social de Amberes y en varios de sus sabios escritos, ha reivindicado para Dorado la paternidad de las ideas fundamentales de la Defensa Social (28). Sin embargo, Dorado se basa en la hipótesis determinista,

(26) Véanse los artículos de GRAMATICA: *Noi e la scuola positiva* y *La lotta contro la pena*, en "Rivista di difesa sociale", 1947. También, *Le problème de la responsabilité dans le système de défense sociale* (1956) y *La defensa social como ciencia autónoma* (1959), ambos en la "Revue internationale de défense sociale". Finalmente, GRAMATICA ha desarrollado su sistema en el libro *Principi di difesa sociale*, Padua, 1961 (recientemente traducido al alemán. Hamburgo, 1965).

(27) SALVAGNO CAMPOS, *La recuperación social del delincuente como deber social*, en "Rivista di difesa sociale", año I, núm. 4. MENEU, *Les Thèmes de la défense sociale dans l'oeuvre de Dorado Montero*, en "Revue internationale de défense sociale", 1953, núm. 3. En 1950 (en *La utopía penal de Dorado Montero*, Salamanca, págs. 83 y 84), declaró hermanas las dos doctrinas: la de Dorado y la entonces incipiente de la defensa social. Mendoza me ha objetado que son una misma. Casi estoy por darle la razón, pero, sin embargo, debe recordarse la tendencia determinista de Dorado, mientras Gramatica proclama la libertad humana en oposición al positivismo criminológico, si bien, menos consecuente que Dorado, desconecta del principio de la responsabilidad las consecuencias. Por otra parte, creo que Gramatica, al formular su defensa social, no citó a Dorado porque no lo conocía. La omisión se remedia en *Principi di difesa sociale* (1961), aunque la referencia es de excesiva parquedad.

(28) MENDOZA, *Curso de Derecho penal venezolano, Parte general*, 4.ª ed., t. I, Caracas, 1963. Del mismo, *Estudios varios*, Madrid, 1957, pág. 177.

tomada del naturalismo tan en boga en la segunda mitad del siglo XIX y, en cambio, Gramatica procura sacudirse la ascendencia positivista al afirmar la libertad del hombre y separar las medidas adoptadas para los incapaces, pertenecientes a la medicina, de las propias de la defensa social, destinadas solamente a los capaces. La verdad es que la escuela positiva también distinguió las aplicables a unos y otros (así en el proyecto de Ferri de 1921) aunque nominalmente las comprendiera todas bajo el amplio e incoloro nombre de sanciones, y que las ideas de Gramatica, tan favorables a la prevención especial como escépticas respecto a la general y negadoras del retribucionismo, parecen edición actualizada de las propias de la escuela positiva en su fase humanitaria, que fue al fin la dominante. Pero las semejanzas con las ideas de Dorado Montero son evidentes y no tanto por lo que el maestro salmantino tenía de positivista como por lo que tuvo de correccionalista, puesto que desde sus primeros trabajos se propuso infundir el espíritu del correccionalismo en el conjunto de datos aportados por la escuela positiva (29).

El movimiento de la defensa social, que en sus primeros tiempos apuntó a la utopía, ha entrado después en una fase de mayor realismo a consecuencia de la extensión alcanzada, incorporando numerosos afiliados de distintos países. Portavoz de la rectificación ha sido principalmente el magistrado francés Marc. Ancel en el libro titulado *La défense sociale nouvelle. Un mouvement de politique criminelle humaniste* (París, 1954). Libro del cual se han hecho varias ediciones y traducciones al español, al servio-croata, al inglés y al italiano (30). En él se ve claramente el propósito de recoger velas para salvar del naufragio a la nave hasta entonces pilotada por Gramatica con rumbo a un país ilusorio.

Se preocupó Ancel primeramente en proporcionar a la nueva defensa glorioso abolengo. Son invocados todos los antecedentes en pro de la prevención especial desde Platón a la escuela positiva; desde los establecimientos penitenciarios de Amsterdam en el siglo XVI hasta la obra del político y penalista Schlyter, cuya frase "despoblemos las prisiones" es para Ancel el lema de unión de todos los partidarios de la defensa social (31), y cuyo proyecto de Código de prevención sería la realización más concreta del movimiento (32). Este se puede formular, en una primera consideración sintética, de este modo: Una concepción del Derecho penal que no se propone castigar una culpa, sino

(29) DORADO, *Problemas de Derecho penal*, Madrid, 1895, Prólogo.

(30) Del mismo autor véase: *Droit pénal classique et défense sociale*, en "Revue pénale suisse", 1965, fasc. 1.

(31) *Ob. cit.*, pág. 89.

(32) VERSELE, *Un code de protection contre le crime*, en "Revue internationale de défense sociale", 1957. Este proyecto, modificado, constituye una parte del nuevo Código sueco promulgado en 1962 para entrar en vigor el 1 de enero de 1965. Véanse: AGGE, *Das neue schwedische Strafgesetzbuch*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" 1964, fasc. 1; SÁNCHEZ OSÉS, *El Código penal sueco*, en "Anuario de D. P.", 1966, fascs. I y II.

proteger a la sociedad; protección realizada por una serie de medidas extrapenales, dando preferencia a la prevención individual sobre la colectiva y afirmando que la primera no puede desenvolverse más que por una humanización creciente. Y no será efecto de un movimiento sentimental, sino que se apoyará sólidamente sobre el conocimiento de la personalidad del delincuente (33). La defensa social, en su aspecto negativo, rechaza toda metafísica y apriorismo jurídico y, por consiguiente, el delincuente abstracto de los clásicos, concibiendo la justicia, no como distribución automática de penalidades legales, sino como acción social. Por otra parte, rechaza el determinismo positivista, tanto el fatalismo biológico de Lombroso como la necesidad social de Ferri (34) restaurando las nociones de libre albedrío y de responsabilidad, así como reintroduciendo en la política criminal una serie de valores morales que el positivismo intentó eliminar. En su aspecto positivo, se propone primeramente "desjuridizar" la Justicia penal; con lo cual no se trata de suprimir el legalismo y las garantías judiciales, sino de renunciar a ciertos apriorismos y ficciones jurídicas para atender a la realidad social. En segundo término, se caracteriza por una actitud nueva respecto al delincuente, que trae consigo: *a*) el estudio de su personalidad, lo cual exigirá una cierta modificación en el procedimiento criminal; *b*) una reorganización del sistema de las sanciones penales, basada en el reconocimiento de que no existe ni puede apenas existir diferenciación posible entre el modo de ejecución de la pena y el modo de ejecución de las medidas de seguridad de privación de libertad, de donde el impulso casi irresistible a favor de la sanción única de privación de libertad; *c*) una política de defensa social para los mayores inspirada por el espíritu caracterizante hoy del Derecho de los menores.

Hasta aquí no parece separarse mucho el pensamiento de Ancel del de Gramatica. Esta es la herencia forzosa que había de aceptarse so pena de romper abiertamente con el movimiento. Pero luego viene la moderación: no se rechaza absolutamente el elemento retributivo, necesario especialmente para cierto número de "delitos artificiales" (a un magistrado como Ancel no le podía escapar el extenso sector de delincuentes necesitados de advertencia o intimidación, pero no de reeducación); tampoco niega Ancel el efecto intimidante de la pena sobre delincuentes potenciales, pero cree se consigue éste no tanto por la sanción aplicada como por el simple hecho de la intervención estatal, pues actualmente, por la amplitud de indultos y amnistías, el delincuente y la opinión pública tienen conocimiento de la realmente disminuida aplicación de la pena. A mi parecer, es cierta la aflicción que va ya implicada en el simple proceso (punto éste tratado con insistencia por Carnelutti), principalmente sobre el delincuente primario, y siempre menor que la causada por la ejecución de la pena, y si ésta

(33) ANCEL, *ob. cit.*, págs. 35 a 37.

(34) ANCEL, *ob. cit.*, págs. 91 y sigs.

pierde fuerza por su abreviación debida al ejercicio abusivo del derecho de gracia aplicado de un modo general, el defecto se remediaría sustituyendo los indultos generales por los particulares, en virtud de la buena conducta y pronóstico individual. Finalmente, Ancel reconoce necesario, para instaurar una política criminal de defensa social, cierto clima moral; por lo que las ideas precedentes deben admitirse progresivamente (35).

El Consejo de dirección de la Sociedad Internacional de Defensa Social, rogó al vicepresidente Ancel que preparara una síntesis de los postulados mínima que pudieran suscribir todos los miembros de la Sociedad y, a partir de los cuales, pudiera registrarse una nueva adhesión. El proyecto fue redactado por el francés Ancel, el danés Hurwitz y el suco Strahl, ajustándose a las directrices aprobadas por el Consejo directivo en 1954. En él se declaraba ser fin de dicha entidad internacional proteger a la sociedad contra los criminales y también defender a los individuos del peligro de la reincidencia. A la vez, diciendo inspirarse en la tradición humanista de nuestra cultura, se afirmaba inviolable el principio de legalidad y era rechazada la metafísica como base del Derecho criminal.

Sería fatigoso y poco útil seguir paso a paso los del movimiento defensorista en esta segunda edad de su historia, que podríamos llamar francesa por la lengua en que escriben sus nuevos líderes y por haberse constituido órgano de aquél la citada revista de la nación gala (36). Pero aludiremos a las duodécimas jornadas de la defensa social, celebradas en París (año 1964) con motivo del segundo centenario de la inmortal obra de Beccaria; en las cuales se realizó una confrontación del Derecho penal neoclásico con la defensa social. Principal representante del nuevo neoclasicismo (así se dijo con manifiesta redundancia) fue el profesor francés Merle (37), quien, en su disertación sobre "el punto de vista doctrinal", preconizaba mantener el carácter retributivo de la condena penal; pero decía reunirse con la defensa social en el estadio, posterior al proceso, del tratamiento penitenciario, que

(35) De los adheridos a la posición de ANCEL, merecen especial mención: el suizo GRAVEN (*Droit pénal et défense sociale*, en "Revue penale suisse", 1955, fasc. 1) y el italiano NUVOLONE (*Le principe de la légalité et les principes de la défense sociale*, en "Revue de science criminelle et de droit pénal comparé", 1956). Este último define la defensa social como "el principio teórico y práctico en virtud del cual las instituciones y las normas de Derecho penal se orientan esencialmente, en su contenido como en el punto de vista procesal, hacia la recuperación moral y social del delincuente, sin repudiar necesariamente tal o cual característica tradicional de esta rama del Derecho".

(36) Véase la crónica de esas alternativas en P. BERISTAIN, *Estructura ideológica de la nueva defensa social*, Madrid, Separata del "Anuario de Derecho penal", y en REBHAN, *Franz von Liszt und die moderne défense sociale*, Hamburgo, 1963.

(37) "Revue de science criminelle et de droit pénal comparée", 1964, número 4, págs. 735 y sigs. La redundancia deriva de haber empleado SALEILLES (en su obra *La individualización de la pena*) el término neoclasicismo para designar algunas modificaciones de la doctrina tradicional, operadas a fines del siglo XIX.

reconoce habría de asentarse sobre el estudio de la personalidad del delincuente. En realidad esto no justifica un alarde de modernismo, pues la escuela clásica tradicional, si bien exigía la determinación de la pena en la ley y en la sentencia para mantener la proporcionalidad con el delito y respetar el derecho del reo a ser tratado igualmente que todo responsable de la misma infracción, admitió el objetivo correccional en la ejecución penitenciaria; aunque con escasa eficacia práctica a causa de los límites impuestos por la fijeza de las condenas. No obstante sus propósitos conciliadores, no podía Ancel retrasar la individualización al momento ejecutivo, en el cual las posibilidades de reeducación son ya muy restringidas si la pena no ha sido aplicada bajo el régimen de sentencia indeterminada (38). En cambio hizo concesiones en otros terrenos. Sobre la anterior expresión "desjuridificar", redujo las pretensiones del nuevo movimiento a librar a la Justicia criminal del "algebrismo"; en lo cual muchos estaremos conformes sin necesidad de adhesiones al defensismo. Y en lo más esencial, en la renuncia al anterior abandono del reproche social contenido e la condena, el giro pareció espectacular. Finalmente, no obstante la cortesía y voluntad de armonía, demostrada principalmente por Ancel y Levasseur (39), el balance de la confrontación no resultó muy favorable: hubo tolerancia con las ideas y una cierta reducción de distancias, si se quiere; pero pocas reales concesiones entre los partidarios de la retribución y quienes, bajo el nombre de la "defensa social", desarrollan una teoría de la prevención especial con sentido humanista en términos muy pronunciados.

Después de este resumen histórico, veamos cuales son las objeciones más importantes que se han podido hacer frente al movimiento, a lo largo de sus veinte años de existencia:

A) Se le acusa de ser un sistema utilitario, ajeno a todo fundamento ético; a lo cual han dado lugar los partidarios de la primera hora por sus afanes de separar la moral y el derecho, y la aspiración de fundar la justicia criminal sobre datos naturalísticos, como la escuela positiva. No han faltado en la segunda fase quienes han seguido dirección opuesta. Para Ancel, la defensa social significa la unión de los derechos del hombre, proclamados por la revolución francesa, con el cristianismo (40), y Graven remonta los orígenes hasta el derecho natural (41).

(38) "Revue de science criminelle et de d. p. c.", citada, págs. 801 y sigs.

(39) LEVASSEUR, *Rapport de synthèse*, en revista citada, págs. 785 y sigs.; ANCEL, *Compte rendu des discussions*, págs. 801 y sigs. de la misma revista. LEVASSEUR subrayó la adhesión a la defensa social del P. BERISTAIN (cuyo retribucionismo está declarado en sus trabajos: *Fines de la pena*, en "Revista general de legislación y jurisprudencia", 1962, y *Vers un oecufénisme historique en droit pénal, Reflexions sur la peine retributive chez les canonistes*, París, 1965; artículo publicado en "Revue de Sc. cr. et dr. pén. comp." núm. 3 del mismo año).

(40) ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, págs. 163 y sigs.

(41) GRAVEN, *Die Forderung der modernen Kriminologie und die Strafrecht-*

La acusación de amoralidad nace de un supuesto equivocado: que la retribución sea el único criterio capaz de justificar moralmente la pena. En verdad nadie sostiene hoy el talión al que llegaba Kant; habitualmente se sostiene para designar fórmulas muy amplias, en las que sólo se perciben como caracteres retributivos el ser la pena respuesta al delito y la proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la del delito; quedando entre tan amplios márgenes lugar suficiente para alojar un rico contenido de medios orientados a los fines preventivos, siempre presentes en la mente de los legisladores. Pero si bien es cierto que la idea de responder al mal con el mal forme parte de la moral social y, bajo diversas manifestaciones, es puesta habitualmente en práctica en las relaciones humanas, no es menos cierto que perdonar al enemigo y hasta protegerlo, es un postulado al cual no se puede negar valor ético en nuestra civilización cristiana. El flaco del movimiento de la defensa social está precisamente en haber adoptado un principio moral sin atender de modo suficiente las necesidades sociales. Han desempolvado sus secuaces los argumentos de Ferri contra la eficacia intimidante de la pena. De lo contrario nos han dado muestra: los regímenes autoritarios y las ocupaciones militares sostenidas sobre el terror; y también sabemos de las epidemias de la criminalidad en tiempos turbulentos, cuando cayeron en desuso las leyes penales para ciertos gravísimos delitos realizados por determinados sectores de la población.

B) Dorado Montero veía el fundamento de la garantía penal de legalidad en la naturaleza aflictiva de los castigos; si se convirtieran en una medida beneficiosa para el delincuente, no habría ya razón para desconfiar de los jueces, convertidos en una especie de médicos sociales (42). Por la nueva defensa social se hacen ciertamente protestas de legalismo; pero, en un régimen ajustado a sus principios, se daría siempre el riesgo de aflojar o suprimir las garantías legales con alegación de beneficiar al reo, engañosa por equivocación o insinceridad. De la realidad de tales peligros tenemos abundantes ejemplos en la aplicación y ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad, que, a pesar de su finalidad curativa o educadora, son sentidas como castigos, y no sólo por quienes las sufren sino también por quienes saben de su sufrimiento. En efecto, a veces se han cumplido en establecimientos penitenciarios y en régimen análogo al corriente para los penados. Y lo más inquietante es que los defensores son partidarios de la sanción preventiva, o sea del reconocimiento de la antisocialidad *ante factum* (43).

sreform, en "Internationales Colloquium über Kriminologie und Strafrechtsreform", 1958 (Friburgo), pág. 57.

(42) DORADO MONTERO, *Problemas de Derecho penal*, Madrid, 1895, y otras varias de sus publicaciones.

(43) Sobre la defensa social en relación con las garantías penales, véanse, entre lo escrito sobre la materia; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 3.ª ed., Buenos Aires, 1964, págs. 109 y sigs.. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Sig-nificado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad* (Sepa-

C) La defensa social propugna la extensión a los adultos de las medidas hoy adoptadas por el derecho protector de los menores. Para lo cual no parece momento propicio éste en que asciende considerablemente la criminalidad en los países más ricos y civilizados, especialmente la de los delinquentes juveniles, haciéndonos preguntar si en el proceso de humanización no se habrá ido demasiado lejos y conviene moderar la marcha. El problema es muy complejo y no puede ser resuelto con un simple endurecimiento de los castigos, mas también sería aventurado poner el remedio en la sustitución del derecho punitivo por otro protector de los delinquentes. Frey, experto en Criminología y partidario de extender el principio del autor —en lugar del hecho— al derecho juvenil de los mayores de 18 y menores de 20 años, o sea nada sospechoso de prejuicios conservadores, se opone, sin embargo, a la conversión del Derecho penal de los adultos en un puro derecho de autor, desligado de la sanción por el acto. Esto fracasaría, según Frey, desde el punto de vista de la política criminal, y no está fundado criminológicamente (44).

D) Finalmente, se ha negado la novedad del defensismo. En efecto, el monopolio de la prevención especial, el abandono o, por lo menos, el aflojamiento considerable de las garantías legales y la extensión a los adultos de las medidas actualmente reservadas para los menores, son postulados del positivismo criminológico en su fase humanitaria, o sea en aquella en que la idea de selección fue sustituida por la de readaptación social. El reproche ha sido formulado principalmente por los retribucionistas (45), aunque no ha faltado tampoco análoga observación en el campo opuesto (46).

Destaquemos particularmente en el del retribucionismo, el artículo de Quintano Ripollés en esta Revista, no sólo por la ocasión del homenaje rendido a su memoria, sino porque viene al hilo del discurso, en cuanto en el del insigne catedrático y magistrado se asigna el de-

rata de la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia". (1965). VASSALLI, *Limiti di diritto in un sistema di difesa sociale*, en "Rivista di difesa sociale", 1949. NUVOLONE, *Le principe de la légalité et les principes de défense sociale*, en "Revue de science criminelle et de d. p. comp", 1956. NUVOLONE cree que el principio *nullum crimen sine lege* debe ser mantenido; pero estima, frente a VASSALLI, que ya han sido abiertas largas brechas en el *nulla poena sine lege*, y admite, en un sistema de defensa social, implicada la abolición del límite mínimo y del máximo de la pena. En cuanto a la anterioridad *ante factum* cree posible NUVOLONE construir tipos objetivos. Pero ¿cómo describir una personalidad antisocial con la precisión con que puede definirse un hecho?

(44) FREY, *Strafrecht oder soziales Verteidigung*, en "Revue pénale suisse", 1953, fasc. 4.

(45) BETTIOL (*Sulla nuova difesa sociale considerata de un punto de vista cattolico*, en "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 1964) cree que la nueva fórmula no se aparta sustancialmente de la dirección italiana del positivismo criminológico. RODRÍGUEZ MOURULLO (*Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad*, Madrid, 1965) desde criterios retributivos hace una acerada crítica tanto de la primera defensa social como de la nueva.

(46) JIMÉNEZ DE ASÚA ve en la defensa social "un positivismo deshuesado" (*Tratado de Derecho penal*, II, 3.ª ed., Buenos Aires, 1966, págs. 109 y sigs.).

nominador común de modernismo a positivistas, correccionalistas y defensasistas, para combatir a tan numeroso enemigo con singular brio, poniendo a contribución su fino ingenio y amplia cultura en lo por él mismo llamado con humor, en la dedicatoria, “su pequeño desahogo tradicionalista”. Aún no participando en la totalidad de sus opiniones, admiro el valor y sinceridad con que dice lo que muchos piensan y no se atreven a declarar para no situarse fuera de la moda (47).

E) El mayor defecto no es tanto, a mi modo de ver, la identificación con una doctrina anterior, como la ausencia de precisión.

Las propuestas de la dirección genovesa fueron demasiado indeterminadas, excesivamente radicales y difíciles de llevar a la práctica. Las concesiones tributadas por la dirección parisien al neoclasicismo tampoco han aclarado la extensión de las rectificaciones, engendrando, por consiguiente, mayor confusión. Parece que la defensa social ha iniciado una operación de repliegue desde las posiciones más avanzadas hacia otras intermedias entre las primitivas tan radicales y lo que han llamado el nuevo neoclasicismo. Pero tales caminos habían sido hacia ya tiempo, como resultado de la controversia de las escuelas, encontrados por los eclécticos y unitarios. Y no únicamente en el terreno teórico sino que esa corriente media, a la cual habían sido arrastrados incluso los neoclásicos y los neopositivistas, han tenido representación en multitud de leyes y proyectos. Desgraciadamente, dice Mannheim, la defensa social ha hablado frecuentemente con diferentes voces: si las de los líderes más moderados —como Ancel y Graven— prevalecen en el porvenir, la fundación de una tercera escuela puede salir de la presente Babel” (48). Más que fundación —glosaremos— se tratará de continuar la corriente iniciada desde fines del pasado siglo.

Con las anteriores objeciones no queremos significar una valoración puramente negativa. El movimiento ha tenido empuje y expansión, lo cual es ya un mérito, puesto que las finalidades son humanas y de un alto valor ético. La simplicidad, ambigüedad y nobleza de la ideología defensora ha producido como resultado agnupar buen número de penalistas, profesionales o aficionados, a quienes, aquellas cualidades, unidas a la aparente novedad de la tendencia, produjo gran entusiasmo. Y la consagración de la Sociedad Internacional de la Defensa Social

(47) QUINTANO, *La evolución del Derecho penal moderno* (“contra corriente”), en “Anuario de Derecho penal y Ciencias penales”, t. X (1957), fasc. II. Este trabajo es traducción y refundición por el propio Quintano de su ponencia general en las *III Journées franco-espagnoles* de la Universidad de Toulouse en el mismo año. QUINTANO, tan meritorio en la dogmática, es de los pocos penalistas españoles de estos últimos tiempos que se ha preocupado también por el fundamento y fines de la pena, militando sin reservas entre los retribucionistas. Del mencionado artículo, véase, especialmente en la pág. 288, su desconfianza hacia la eficacia de *La défense sociale nouvelle* de MARC ANCEL en cuanto a sus propósitos sincretistas y declara su preferencia por las “posturas de combate”. Véase también QUINTANO, *Rieducazione e retribuzione*, en “Sur problema della rieducazione del condannato” (“II Convegno di diritto penale”, Bressanone. 1963, Padua, 1964), págs. 109 y sigs.

(48) MANNHEIM, *Pioneers in Criminologie*, Londres, 1960, pág. 35.

a procurar la reforma de las legislaciones penales, es probable contribuya a la empresa remozadora, que, en algunos países como el nuestro, es de la mayor urgencia. Esperemos que el movimiento defensivo, abandonando sus pruritos descubridores de mundos nuevos, se consagre, en colaboración con anteriores tendencias, al cultivo de lo ya descubierto por la que se llamó dirección moderna, y persevere en el esfuerzo para llevarlo a la legislación y a la práctica. La desviación utópica de sus inicios se produjo quizás como reacción contra el rigor de los Estados autoritarios. Pero si la utopía arrastra tras sí al numeroso grupo de los descontentos ante el estado actual, acrecido por el de las gentes enamoradas de las soluciones simples, resulta por otra parte muy perjudicial, en cuanto crea un ambiente de desconfianza, no solamente contra las proposiciones irrealizables, sino también frente a la ciencia donde han prosperado. Y, de este modo, al poner muy alta la meta, se dificulta la realización de los ideales más asequibles.

Un último reparo hemos de hacer al nombre. El nuevo movimiento, igual que en otro tiempo el positivismo criminológico, adoptó el rótulo de la defensa social para significar la discrepancia con la teoría retribucionista. Pero es arbitrario encubrir bajo tal denominación la prevención especial mediante la reeducación. Cuando el político, ajeno a la terminología técnica, oye hablar de la defensa social, puede creerse autorizado por la ciencia para los mayores rigores en persecución de una defensa social, que sea en rigor defensa política o de clase. Por algo el gran Carrara rogaba a todos los criminalistas que hubieran adoptado la fórmula *maledetta*, que usaran de ella lo menos posible y con las más cautas declaraciones, a diferencia de los que la usan en un sentido sustancialmente enemigo de la humanidad, de la moralidad y de la justicia.

IV

POSICIONES UNITARIAS

Mientras Petrocelli censuraba el eclecticismo^o del Código Rocco, Antolisei lo justifica. Frente a la tendencia de algunos autores a buscar soluciones simples, a erigir sistemas monolíticos, dominados por una sola idea (retribución, enmienda, defensa social), al llevarlos a las legislaciones ha sido inevitable el compromiso a causa de la complejidad inmensa del Derecho penal, de los fines a que sirve, de las limitaciones de naturaleza política o derivadas de las miras éticas de la comunidad social, de las posibilidades prácticas y especialmente de las financieras. Una ojeada a los mismos Códigos y proyectos presentados como manifestaciones de la escuela positiva (Proyecto Ferri de 1921, Código ruso de 1926, mejicano de 1931) demuestra la necesidad del compromiso, que no está ausente de dichos documentos legislativos.

Pero Antolisei encuentra el Código italiano demasiado complicado,

y propugna, por razones prácticas, soluciones más sencillas, como sería la fusión de la pena y la medida de seguridad en los casos de delitos cometidos por imputables peligrosos, a quienes ahora se aplican, además de las acciones punitivas, medidas de seguridad privativas de libertad, que empiezan a cumplirse una vez extinguida la condena penal. Con lo que la pena, ahora única, estaría destinada a dividirse en dos especies de finalidad y estructuras diversas: *a)* una pena intimidante, o, mejor, admonitiva; *b)* otra pena readaptadora, resultante de la fusión de la pena con la medida de seguridad, a la cual podría darse el nombre de pena correccional. La pena admonitiva tendría la función principal de intimidar al reo; la correccional sería destinada principalmente a reeducar al delincuente para hacerlo idóneo a la vida social. En relación a estas diversas funciones, la primera no podría dejar de conservar los caracteres de la pena tradicional. La segunda, en cambio, deberá ser necesariamente indeterminada para cesar solamente cuando disminuya la peligrosidad del reo; mas debiendo, por otro lado, conservar carácter represivo para servir también a los fines de carácter general, tal pena tendría un *minimum* fijo en relación con la gravedad del delito. Lo cual significa admitir, al lado de la pena ordinaria, o sea de la pena pura y simple, una pena indeterminada, y, más precisamente, una pena prorrogable sobre la base de un *minimum* establecido en la sentencia de condena. Además de las penas, quedarían subsistentes las actuales medidas de seguridad para los inimputables, y también una medida eliminatoria de relegación para los individuos refractarios para toda resocialización; aunque deba imponerse la máxima cautela antes de atribuir a un ser humano la calificación de incorregible (49).

Esta concepción de Antolisei, propuesta en su pequeño libro *Problemi penali odierni* —de gran éxito por su brillante exposición—, es demasiado general; pues, siendo varias las categorías de imputables peligrosos, vario ha de ser el tratamiento, manteniéndose para esta categoría un régimen propio con ciertas peculiaridades. En el *Manuale* nos ofrece una teoría más completa y realista (50). Función de la pena en la conminación legislativa no puede ser sino la prevención general de los delitos: “dudar de ello —dice Antolisei— es como poner en duda la existencia del sol”. Y la aplicación de la pena no puede ser sino la consecuencia necesaria; las dos fases forman un tono inescindible. Esto corresponde a la pena tradicional, puro y simple castigo. Mas “por obra de corrientes doctrinales de varios decenios, ha comenzado a sufrir una transformación bastante significativa”; se perfila la pena moderna, la cual conserva carácter afflictivo o mejor disuasivo, pero tiene también la función de combatir las causas individuales de

(49) ANTOLISEI, *Natura e trasformazione della pena*, en “Problema penali odierni”, Milán, 1940. Del mismo: *Pena e misure di sicurezza*; discurso publicado en “Rivista italiana di diritto penale”, recogido en el libro del mismo autor “Scritti di diritto penale”, Milán, 1955.

(50) ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 5.ª ed., Milán, 1963.

la criminalidad. Por lo que atañe a la unión de penas y medidas, separa Antolisei dos grupos entre los casos que actualmente las acumulan. En los delincuentes habituales, profesionales y por tendencia, la unión es tarea fácil porque las medidas hoy aplicables son semejantes en todo a la pena, de la cual no difieren sino en particularidades secundarias. Respecto a la responsabilidad disminuída por menor edad o semienfermedad de mente, la cosa es más ardua; pero no si se pone de relieve que la pena es un *quid compositum* que tiende a socializar al reo, por lo cual se debe adoptar una sola sanción con el fin principal de resocializar al reo, indeterminada en el máximo y con un mínimo preestablecido en razón a la gravedad del delito, siendo sufridas estas sanciones en establecimientos especiales (51).

Más concretas fueron las propuestas formuladas por Delitala en el Congreso de Jurisconsultos católicos italianos celebrado en 1950 (52).

Delitala cree que en cuanto católicos, todos pueden reconocer en la justicia el criterio informador del derecho. Pero como el derecho es actividad práctica, tiende, como toda actividad práctica, a un fin: a la consideración de la justicia debe acompañar la consideración de la utilidad; es más, si la norma jurídica no resultase idónea para asegurar una utilidad, no sería tampoco justa porque la ciudad está hecha para los hombres, no los hombres para la ciudad. La concepción retributiva y la preventiva, el *quia peccatum* y el *ne peccetur* no representan dos exigencias opuestas e inconciliables, sino la una la esencia, la otra el fin de la sanción punitiva. Conforme al criterio finalista del *ne peccetur*, el arbitrio del legislador no tendría límites y la exigencia de la justicia habría de ceder el paso a la ejemplaridad; conforme al principio retributivo, no atemperado por algún criterio utilitario, la justicia de los hombres se arrogaría la tarea de la justicia divina. En uno y otro caso se incurriría, por vías opuestas pero convergentes, en el mismo error: el de considerar al Estado como fin en sí mismo: allí negando la sujeción del Estado a Dios; aquí identificando el Estado con Dios.

Por tanto, reputa Delitala que se debe reaccionar enérgicamente contra la exasperación del principio retributivo. Decir que la pena se justifica por sí misma, que el hombre merece una pena o más bien que tenga derecho a la pena, independientemente de toda consideración finalista, equivale a negar el perdón o a desconocer que el delito, en cuanto hecho espiritual, no puede encontrar represión más que en otro hecho espiritual: el arrepentimiento. Por lo demás, Delitala opina que entre su modo de ver y el de los retribucionistas el contraste es más bien formal que sustancial. Estos no dejan de reconocer que la pena se dirige a la enmienda del reo, pero relegan dicho fin al momento ejecutivo, mientras el normativo se ordena a la reintegración del derecho. La distinción es sofística: si se establece la norma como un fin,

(51) ANTOLISEI, *ob. cit.*, págs. 604 y sigs.

(52) DELITALA, *Prevenzione e repressione nella riforma penale*, en "Riv. it. di diritto penale", 1950, núm. 6.

cuando se reafirma mediante la ejecución, no es posible sino reafirmarla por el mismo fin, a menos de sostener que se reafirma por un acto de coherencia formal.

A las exigencias de la prevención especial debe darse abierto y pleno reconocimiento. Delitala recuerda que de tal principio han sido los positivistas los primeros y más decisivos defensores. El disenso con los positivistas es, sin embargo, total y definitivo, pues el principio de responsabilidad, por ellos negado, está para los católicos inquebrantablemente unido a la base del derecho y de la sociedad. Pero esta oposición de principios no debe empujarnos a negar apriorísticamente todas sus instancias ni a contraponer a sus doctrinas un moralismo abstracto y formal, que es la negación de la verdadera moralidad. Como en el campo de la economía el marxismo ha impuesto a los políticos la cuestión social, así, en el campo de la reforma penal, el positivismo criminológico ha impuesto a los juristas el problema de la prevención especial. Corresponde a los católicos encontrar la solución católica de dichos problemas; pero que los problemas existen es imposible negarlo.

La pena impuesta al hombre moralmente responsable de las acciones que realiza, es el medio normal y más eficaz en la lucha contra el delito. Pero no debe ser groseramente concebida como una especie de talión, y no basta con un juicio de culpabilidad que se limite a establecer la existencia de la voluntad sin indagar la génesis. El delito es hecho del hombre y no puede ser entendido y valorado si no se valora al hombre. La exigencia de referir el hecho a la personalidad y estudiar ésta en todos sus componentes espirituales y naturales, se encuentra en el artículo 133 del Código italiano; pero es un reconocimiento demasiado tímido, y, en la práctica, quien tenga la más modesta experiencia de las cosas jurídicas sabe que dicha indagación no es realizada en el interrogatorio judicial del procesado; los jueces penales no están por lo regular preparados para la misión que les es conferida y no sienten su tremenda responsabilidad. Consecuencia de esta posición individualizadora es también que Delitala vea —como Carnelutti— en el problema penitenciario el problema central de la reforma penal para que sea eficaz el precepto de la Constitución italiana: “las penas deben tender a la educación del condenado”.

Respecto a los inimputables, rechaza Delitala la responsabilidad social proclamada por los positivistas, que es una noción naturalística desprovista de todo contenido ético. Y la medida de seguridad que les es aplicable no puede ser considerada —como por los positivistas lo es— mera reacción natural, porque también el inimputable es un hombre, un sujeto titular de derechos. Si representa un peligro, la sociedad puede defenderse, pero sin negarle la naturaleza de hombre: el enfermo debe ser curado, el extraviado debe ser educado. Por lo cual parece erróneo sostener que el fin de la medida de seguridad es solamente asegurar a la sociedad contra el peligro criminal; o, si éste es el fin, se debe reconocer después que el modo para conseguirlo debe informarse en una exigencia moral.

Mas como la culpa no excluye la peligrosidad, nos encontramos frente a la tercera categoría de los culpables y además peligrosos. Tampoco a Delitala satisface la acumulación de la pena y la medida de seguridad. Respecto a los jóvenes, cree que todos, incluso los retribucionistas, están conformes en dar a la pena, cumplida en los reformatorios, una función netamente correctiva, idéntica a la correspondiente a la medida. En los semienfermos mentales, la pena castigo debe ceder el paso al tratamiento curativo, mas para el caso en que el tratamiento determine la desaparición de la enfermedad en plazo más breve que la duración de la pena, se podrá establecer que el residuo sea cumplido en un establecimiento penal. En cuanto a los habituales y profesionales, se pregunta: ¿se trata en verdad de sujetos plenamente imputables? "Que el examen más atento de la personalidad del sujeto no consiga individualizar la responsabilidad, no prueba en definitiva gran cosa cuando se piensa en la espantosa dificultad de la indagación. ¿A qué fin castigarlos? Que esto no basta lo reconoce en definitiva también el Código al hacer seguir al tratamiento penal de tiempo determinado, un tratamiento de seguridad por su naturaleza indeterminado. Frente a las consideraciones formalistas y objetivas que se invocan para justificar el absurdo de este doble tratamiento, Delitala afirma, desde un punto de vista cristiano, que también el tratamiento de seguridad es una medida penal. En un sujeto imputable, el perdurar de la peligrosidad implica perdurar en la culpa, porque si la culpa cesa con el arrepentimiento, con el cesar de la culpa, cesa también la peligrosidad. Esto significa que en un ordenamiento penal cristianamente orientado, un sistema penal que pusiera verdaderamente su fundamento en el concepto de culpa correctamente entendido, debería hacer depender la duración de la pena del arrepentimiento, porque la culpa no está en el hecho sino en nosotros. Sabemos bien que al integral acogimiento de estos principios se oponen otras perentorias exigencias: el respeto a la libertad, la certeza de la sanción, etc. Pero cuando a una limitada categoría de sujetos, aquellas exigencias ya no subsisten, porque estamos todos de acuerdo en que la restricción de la libertad personal debe, para estos sujetos, prolongarse indefinidamente en el tiempo hasta saber que se ha realizado la enmienda, ¿por qué deberemos obstinarnos en mantener firme un dualismo si la naturaleza espiritual del hombre impone la unidad?"

La propuesta de Delitala, no obstante sus protestas de antipositivismo, fue acogida con alborozo por Grispigni, el sucesor de Ferri en la dirección de la escuela positiva (53). También en sentido unificador se manifestó Nuvolone (54). Y más recientemente Zuccalà, al modo

(53) GRISPIGNI, *Indici del futuro svolgimento del diritto penale*, en "Scuola Positiva", 1950, fasc. 3-4, págs. 364 y sigs.

(54) NUVOLONE, *Il problema dell'unificazione della pena e delle misure di sicurezza*, en "Rivista penale", 1954.

de Delitala, ve la ventaja del tratamiento unitario en el respeto a la unidad espiritual de la persona humana (55).

Este problema de la unificación de la pena y las medidas de seguridad para ciertos delincuentes se planteó en el VI Congreso de la Asociación Internacional del Derecho penal celebrado en Roma el año 1953. El relator general, Grispigni, no podía por menos de ser favorable (56), y también lo fueron muchos congresistas (57). Pero en Italia había dominado durante bastante tiempo la escuela de Rocco, mantenedor a ultranza de la dualidad, separación y acumulación de las sanciones, tal como está encarnada en el Código de 1930, y los elementos de este origen, apoyados por un grupo de alemanes, etc., sostuvieron el carácter ético social de la pena, que suponían en peligro al mezclarse con la medida, mientras el punto de vista del relator encontraba acogida en numerosos franceses, belgas, suizos y escandinavos. El Congreso adoptó por fin un voto favorable a la unificación, pero de un sentido muy vago, pronunciándose contra los diversos tratamientos sucesivos en la medida añadida a la pena, prefiriendo en su lugar un tratamiento en lo más posible unitario y adecuado a las diversas categorías de los sujetos.

En cuanto a estas diversas categorías de sujetos, solamente se tomaron acuerdos respecto a dos de ellas: para los menores de dieciséis años debe ser excluida cualquier aplicación de penas afflictivas; para los semienfermos mentales sería preferible la supresión de una norma a ello relativa, y, en cuanto esto no fuera acogido por las legislaciones, tales sujetos deberían ser en todo caso sometidos al tratamiento requerido por sus condiciones psíquicas. Como se ve, la primera declaración es obvia e insuficiente; la segunda nos deja en la mayor incertidumbre, y falta la previsión concreta de otras categorías de estado peligroso, entre ellas la de los habituales.

Han subsistido los escrúpulos teóricos de Petrocelli (58); pero a favor de la unificación conspiran los datos de la práctica, ya que en la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad, especialmente en las referidas a los habituales, las diferencias no son tan sensibles como para acreditar naturaleza radicalmente distinta en ambas consecuencias del delito (59). Con alcance más general, Paul Cornil ha

(55) ZUCCALÀ, *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano*, en "Riv. it. di dir. e proced. penale", 1964, pág. 419.

(56) Véase el comentario de GRISPIGNI a la cuestión propuesta en el temario del Congreso: *Le problème de l'unification de la peine et des mesures de sûreté*, en "Revue internationale de droit pénal", 1951.

(57) Los rapports presentados por ASÚA, CORNIL, PINATEL, SAUER, SCHRÖDER, etc., están publicados en la misma revista, año 1953, fasc. 3-4.

(58) PETROCELLI, *Ancora sulla tendenza unitarista nel diritto penale e sulle amplificazione del concetto de sanzione*, en "Saggi di diritto penale", 2.ª serie, Padua, 1965.

(59) GERMAIN, *Le traitement des récidivistes en France et la tendance vers l'unification des peines et des mesures de sûreté*, en "Scuola Positiva", 1954., fascs. 1-2, págs. 40 y sigs.

dado cuenta de las experiencias que puede recoger cualquier visitador de las prisiones de Merplax (Bélgica) donde están contiguos establecimientos penitenciarios y otros destinados a medidas de seguridad (60).

Finalmente ha habido otros penalistas italianos que, reconociendo pluralidad de funciones a la pena, acentúan más la inclinación al lado clásico, o sea a la restauración del derecho y a la prevención general, como Pannain (61), Vassalli (62) y Allegra (63); mas no me detengo en su comentario, porque, como dije al principio de este artículo, no me proponía hacer un catálogo detallado de autores, sino presentar las opiniones, a mi juicio, más significativas.

Comparando las posiciones unitarias expuestas, vemos cómo Antolisei pone por delante la prevención general. A continuación anota un hecho histórico: junto a la pena tradicional, "puro y simple castigo... se perfila la pena moderna, la cual conserva carácter disuasivo, pero tiene, además, la función de combatir las causas individuales de la criminalidad". Se trazan, pues, dos círculos coexistentes y separados. Delitala los integra enlazando el *quia peccatum* y el *ne peccetur*. La norma jurídica que no resultare idónea para asegurar la utilidad, no sería tampoco justa, "porque la ciudad está hecha para los hombres, no los hombres para la ciudad". Ambos propugnan respecto a los imputables peligrosos la unificación de penas y medidas en lugar de la actual sucesión de ambas en el Código italiano; pero mientras Antolisei cree fácil la tarea en los habituales porque las medidas hoy

(60) CORNIL, en las "Jornadas de Derecho penal" celebradas en Buenos Aires en 1962, dijo: "Afirmo, apoyándome nuevamente en mi experiencia penitenciaria, que no hay ni puede haber diferencia sustancial entre el régimen de la pena y el de las medidas de seguridad. Les invito a visitar nuestros establecimientos penitenciarios en Merxplax, que tienen 1.200 detenidos repartidos en categorías en diferentes secciones. Podrán recorrer el pabellón de los delincuentes anormales y también el de los vagabundos. Visitarán inmediatamente los talleres y observarán las brigadas de trabajadores agrícolas. En el trabajo, las diferentes categorías de detenidos están mezclados. Se les distingue según sus aptitudes y las necesidades del tratamiento que deben seguir. ¿Cuál es en este régimen la diferencia entre la pena y las medidas de seguridad?", pág. 100.

(61) Para PANNAIN (*Manuale di diritto penale*, I, Turín, 1962, págs. 21 y siguientes) la pena, teniendo por fin principal intimidar, esto es, la prevención general, debe ser formulada y entendida de manera más compleja. Si la amenaza penal persigue la intimidación, en la fase de irrogación tiene función de prevención especial física y psíquica, y es represión que mira al restablecimiento del orden externo de la sociedad. Los fines preventivos priman, pues, sobre los represivos; pero, dentro de la prevención, es primaria la general.

(62) VASSALLI (*Funzione e insufficienza della pena*, en "Riv. it. di dir. e proced. penale", año 1961), considera primordial, entre las funciones de la pena, la reafirmación del derecho objetivo violado, realizada mediante pública y solemne descalificación del delito. A su lado, e íntimamente ligado con ella, está el fin de prevención general, y, como tercera función fundamental, la prevención especial.

(63) ALLEGRA (*Fondamento, scopo e mezzo nella teoria della pena*, I, Novara, 1952) considera el principio ético como justificación y límite de la pena, y el utilitario como principio ejecutivo, resolviendo los dos en el concepto de necesidad social.

aplicables son semejantes en todo a la pena, Delitala, con mayor atisbo criminológico, se pregunta respecto a los habituales y profesionales: ¿Son en verdad plenamente imputables? En efecto, quien haya tenido ocasión de tratar a esta clase de delincuencia sabe que en una parte considerable, por lo menos, de ellos hay un fondo psicópata. Finalmente, el preclaro profesor italiano sostiene que todas las medidas de seguridad, tanto las destinadas a los imputables como las destinadas a los inimputables, tienen carácter ético y no son, por consiguiente, mera reacción natural fundada en la peligrosidad. Unos y otros son titulares de derechos: el enfermo tiene derecho a ser curado, el extraviado a ser educado.

A mi modo de ver, es oportuno aclarar la naturaleza de la prevención general, destacada por penalistas actuales como primer fin o como uno de los fines fundamentales de la pena. El positivismo criminológico había creado un ambiente de escepticismo sobre las posibilidades ejemplaristas de la pena, correspondiente a una época de paz y reducción de la criminalidad violenta, no obstante la mitigación de los castigos. Las generaciones actuales, en cambio, han podido observar la eficacia de la penalidad intimidante para el sostenimiento de regímenes de fuerza, internos o de ocupación militar; como también ha contemplado el desenfrenado aumento de la criminalidad, contemporánea a épocas en que la Justicia criminal vacó para amplios sectores de la población.

Esta prevención general no ha de identificarse con el terror. Son válidos todavía los argumentos formulados por los hombres de la Ilustración contra el Derecho penal del antiguo régimen: el endurecimiento de la criminalidad y el desprestigio del poder que pone en práctica un rigor desaprobado por las convicciones dominantes en la colectividad; a veces también la omisión de denuncias y el desuso de la legislación draconiana; o sea efectos contraproducentes, ya inmediatos, ya a la larga.

Según la concepción actual de la prevención general, ésta ha de perseguir la reafirmación de aquellos principios de la moral social que son necesarios para el mantenimiento y desarrollo de la sociedad. Un cierto número de estos preceptos encuentran su refuerzo en las conminaciones penales, mas para que la pena se mantenga ejemplar ha de estar limitada por la misma moral social que ha de tutelar. El primer límite está en la retribución, que humanizó el Derecho penal en el siglo XIX al precisar las conductas prohibidas en las leyes, proporcionando las penas a la importancia de los bienes jurídicos y a la culpabilidad. Sin embargo, la retribución no ha logrado nunca encontrar la ecuación entre el delito y la pena; ni siquiera en la época del talión, como ya demostró Aristóteles en oposición a los pitagóricos. La retribución es uno de los principios de valoración manejados constantemente en la vida de relación entre los hombres. Pero no es el único que ha de influir en la relación penal: el Estado social, conforme a la cultura cristiana, debe orientarla a la corrección del delincuente

en cuanto sea posible y necesario. En los delitos culposos y en otros muchos ocasionales no es necesario, por lo corriente, un tratamiento reeducador; basta la pena de intimidación individual, que al apartar al reo de la reincidencia por el temor al castigo, realiza una corrección, empleando esta palabra en su sentido más amplio. Son muchos los incrédulos en las posibilidades de la reeducación, pero creo que entre los delincuentes hay varias categorías en las cuales ésta es posible: así, en los jóvenes, en los refractarios al trabajo por falta de formación, en los psicópatas que mediante un tratamiento curativo pueden ser mejorados. *Besserungstheorie* llamaron Krause y Röder a la designada por los latinos teoría correccionalista, y si la meta es la mejora, como significa la palabra alemana *Besserung*, el concepto es muy amplio. En rigor no sabemos hasta dónde llega la corregibilidad, porque, como dijo Concepción Arenal en comunicación al Congreso Penitenciario de San Petersburgo, no hay delincuentes incorregibles, sino incorregidos. Incorregidos porque son incorregibles o porque no se han empleado con ellos los medios necesarios para la corrección.

Finalmente, habrá siempre infracciones graves respecto a las cuales el interés de ejemplaridad y la satisfacción del sentimiento público de sanción harán retroceder a segundo término el objetivo de la mejora, aunque nunca los límites impuestos por el marco retributivo (64).

(64) La opinión propia, mostrada ya en la crítica de las ajenas, se manifiesta con mayor extensión en mi discurso universitario: *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca, 1944.

Un Derecho Penal conciliador

ANTONIO BERISTAIN, S. J.

Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Deusto, Bilbao

Acepto muy gustoso la invitación —inmerecida, y por eso más vinculante— de mi Maestro, don Juan del Rosal, para colaborar en el tan justo homenaje al eminente penalista, recientemente fallecido, don Antonio Quintano Ripollés. Ante la imposibilidad de aportar un artículo digno del homenajeado, aprovecho la ocasión para enhebrar sencillamente un par de recuerdos que brotan de mi interior cuando, con frecuencia rememoro su personalidad amable y culta, o releo sus publicaciones.

Estos recuerdos, si logro exponerlos con fidelidad, podrán —por ser de Quintano Ripollés— introducir al lector en uno de los problemas más extensos e intensos, más reconfortantes o ruinosos (según sea la solución) del moderno Derecho penal.

Casi siempre que tuve la dicha de encontrarme con él en Madrid (en el Instituto de Estudios Jurídicos y en la Universidad) o en el extranjero (en Bolonia-Bressanone, con motivo del Symposium internacional Sul problema della rieducazione del condannato, en Frigurgo con motivo del Coloquio internacional sobre “los efectos internacionales de la sentencia penal”, en La Haya con motivo del IX Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho Penal...), disfruté con verdadera fruición de su amistad inteligente y bondadosa; saboreé con gozo su acogida abierta, alegre... y tentadora. Me incitaba con fuerza aquella su apertura a todos los campos y a todos los rumbos de la cultura; de literatura, de pintura, de arte y de otros muchos temas conversaba con casi mayor autoridad que de Derecho. Me incitaba a manifestarle abiertamente mis puntos de vista, aunque se opusieran frontalmente a los suyos. Discutíamos con frecuencia, y discutíamos apasionadamente. Al final de la discusión, unas veces cada uno seguía con su opinión, aunque más matizada; otras veces, yo tenía que reconocer la mayor fuerza, razón y experiencia de sus puntos de vista; sobre todo tenía yo las argumentaciones que seguían a los esmerosos repuestos de tabaco hasta el tope de su pipa...

Pero, siempre, siempre terminábamos más amigos que al comienzo de nuestra conversación y discusión.

En estas páginas quiero recordar —sólo recordar, no desarrollar— uno de los temas favoritos de nuestras discusiones; tema en el que él

amablemente me “motejaba” de conciliador. En realidad tal epíteto, en su mejor sentido, le correspondía a él como al *analogatum princeps*. De todas las lecciones que aprendí a su vera, ésta de la conciliación —conciliación de investigación y dinámica sintética, no de debilidad escéptica— destaca sobre todas las demás.

El presente: dos concepciones opuestas.

Quintano Ripollés fue un hombre conciliador y un penalista conciliador debido, en parte, a que conoció y experimentó el peligro del sectarismo orgulloso y organizado. Pero, por eso mismo, algunas de sus actuaciones y algunas de sus publicaciones pueden dar una primera impresión contraria. Comprobó y demostró con tal amplitud y claridad la pugna mortal entre los ejércitos de los hombres científicos enfrentados, entre las tendencias jurídico-penales contrapuestas, que, a veces, parece que considera imposible la concordancia, parece que profetiza una guerra irresoluble e interminable, o aniquiladora. Sobre todo en las épocas juveniles de su vida, en las que quizás vio y manifestó el peligro caótico más que la posibilidad de la conciliación, su pupila penetrante y perspicaz captó con evidencia la realidad del mundo científico actual seccionado sociológica y jurídicamente en dos bloques opuestos, mortalmente opuestos.

En esta verificación fenomenológica no vaciló nunca; con el transcurso del tiempo fue madurando y completando más el análisis y la comprensión de esta dicotomía intelectual. En sus estudios juveniles, como en los trabajos de recolección otoñal siempre denunció con amargo realismo que “en un siglo como el nuestro, que ha asistido y asiste cada día al derrumbamiento de los valores absolutos más sólidos, o tenidos por tales, incluso los de la Matemática y la Física, parecen la mayor de las petulancias seguir hablando de un Derecho natural único y perenne. Cada cultura, más o menos completa, tiene propiamente el suyo, con concepciones que unas veces coinciden pero que otras muchas pugnan, entre sí. Por no referirme a cuestiones exóticas baste aducir el ejemplo tan vivo e innegable de la visión filosófico-jurídica soviética, en abierta escisión con la cristiana-occidental, y responsable principalísima de la catastrófica especie de hemiplejía que adolece la comunidad internacional esterilizando los mejores proyectos. Más atrás se ha hecho mérito a la fragmentación de la Comunidad internacional y a la política e ideología de bloques y regionalismos, reducibles a la, al parecer, irresoluble pugna de Oriente y Occidente” (1).

En sus años de madurez, en 1963, escribirá uno de sus más característicos artículos sobre *Rieducazione e retribuzione* (2), cuyas ideas

(1) A. QUINTANO RIPOLLÉS, en *Derecho Penal Internacional* (Madrid, 1955, Instituto Francisco de Vitoria), I, 39 y ss.

(2) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Rieducazione e retribuzione*, en *Sul problema della Rieducazione del condannato*. (Padova, 1964, Cedam), 141-158.

había insinuado ya antes (3) y volverá a repetir después. Quintano deplorará con insistencia que actualmente se encuentran en lucha mortal dos concepciones opuestas del Derecho penal (la tradicional culpabilista-retribucionista, y la moderna defensora-reeducativa) tan opuestas que una de ellas pretende consciente o inconscientemente, con demolidoras piquetas, privar al Derecho penal de su contenido y de su fundamento —no antiguo ni moderno— sino esencial e insustituible. Estas dos concepciones opuestas ponen en marcha movimientos con ímpetu arrollador de tendencias iconoclastas, frente a las cuales él se cree obligado a adoptar posturas de combate para mantener valores capitales en trance de perecer ahogados, frente a los penalistas que, en suma, niegan la existencia del Derecho penal, o reclaman abiertamente su pronta desaparición... proclaman unos sistemas que resultan efectivamente intolerables, no sólo en el terreno de la lógica sino también en el del sentido común (4).

No parece necesario aducir más testimonios para mostrar al lector la postura de Quintano Ripollés. Esta postura a mí, como a multitud de penalistas, me satisface plenamente en cuanto descubre y manifiesta la situación real de oposición —de vida o muerte— entre las actuales cosmovisiones jurídico-penales. Únicamente no estoy de acuerdo en cuanto a ciertas valoraciones de cada una de esas tendencias.

Basta leer varias páginas de cualquiera de las obras de Quintano Ripollés para reconocer cuán ocupado y preocupado vivió siempre por la dicotomía que divide el mundo jurídico penal, y cuán íntimamente sintió su extrema gravedad.

La gravedad de esta tensión, de esta guerra fría intelectual, merece reflexiones serias y detenidas que no podemos hacer aquí. Ahora nos limitamos a una insinuación. En la actualidad se niegan y se rechazan frontalmente —con aplauso numeroso y decidido de primeras personalidades y amplios sectores de la opinión pública (5) los principios

(3) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *La evolución del Derecho penal moderno* (contra corriente), en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* (1957), 283-298.

(4) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Rieducazione e retribuzione*, en *Sul problema della rieducazione del condannato*. (Padova, 1964, Cedam), 147 y ss.

(5) La bibliografía sobre estos temas es inabarcable. Aquí espumamos, sin pretensión valorativa, algunos trabajos a modo de pequeña muestra inicial: M. PORZIO, *Il nuovo sistema punitivo sovietico e la critica al diritto penale occidentale*, en *Archivio penale* (1965), 219-257. FERNÁNDEZ ALBOR, *Aportación al estudio comparado de los sistemas penales europeos*, en *Anuario de Derecho penal* (Madrid, 1966), 39-65. JIMÉNEZ ASÚA, *Tendencias actuales del Derecho y de las legislaciones penales*, en el *Criminalista*, tomo VI, serie 2.ª (Buenos Aires, 1964, Zabala, Editor). JEMÉNEZ ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, tomo I, 3.ª edición (Buenos Aires, 1964), 551 y ss., tomo II, 3.ª edic. 163 y ss. H. CLAUDIO FRAGOSO, *El concepto del Delito en el Derecho soviético*, en *Criminalia* (1966), 548-554. A. BERISTAIN, *Fines de la pena*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1961), 595-622 (Reus, separata). A. BERISTAIN, *Análisis crítico de la Nueva Defensa Social*, en *Libro Homenaje al doctor Serrano* (vol. II, Estudios Varios, Valladolid, 1965), 93-106. A. BERISTAIN, *Vers un occuménisme historique en droit pénal*, en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* (1965), 559-582. M. ANCEL, *Introduction Comparative aux Codes Pe-*

fundamentales del Derecho penal tradicional —*nulla poena sine lege, nullum crimen sine culpa, suum cuique tribuere*—, los conceptos básicos de delito y pena, así como los métodos hasta hoy universalmente admitidos —derecho del inculpado al silencio y a la defensa, analogía, irretroactividad de la ley penal—, los fines de la sanción secularmente por todos reconocidos. En resumen, el Derecho penal padece una crisis mortal, honda y extensa, efecto (y parcialmente causa) de una crisis más amplia y profunda. Como atinadamente afirmaba Quintano, haciéndose eco de muchas eminentes personalidades del mundo científico y artístico, los valores que los hombres de autoridad han considerado sagrados durante milenios están siendo rechazados con decidida repulsa por un sector importante y voluminoso (mucho más voluminoso de lo que suele creerse) de la sociedad. Ante tal demolición de las bases y columnas de nuestra tradición parece natural que temblemos.

En este sentido se manifiesta también, entre otros muchos que tratan el tema, el director del Instituto de Derecho Penal de Friburgo, H. H. Jescheck, cuando concluye: “Todo esto muestra que la teoría jurídica del marxismo-leninismo se ha alejado muchísimo de la cultura jurídica europea, que viene determinada por la filosofía griega, el derecho romano y el cristianismo. La idea puramente instrumental del derecho como un medio de coacción siempre a mano para el detentador del poder, es el reverso de una teoría jurídica que se siente ligada a valores materiales de justicia... para un pueblo que ha crecido dentro de la cultura jurídica de Occidente, dos veces y media milenaria y que sus amos comunistas ni siquiera son capaces de comprender, el destino de ser dominado por un “derecho” de ritos marxistas-leninistas constituye una tragedia” (6).

nauX Européens, en *Les Codes Penaux Européens*, tomo I (París, s. av), 5-67. J. BELLÓN, *Droit pénal Soviétique et Droit pénal Occidental* (París, 1961, Edit. de Navarre). J. N. HAZARD, *Le Droit pénal soviétique et "l'Etat du peuple tout entier"*, en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* (1964), 293-305, 353-357. J. VERIN, *L'orientation actuelle du droit pénal soviétique*, en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* (1964), 341-351. N. MARIE, *Les perspectives de la recherche criminologique en U. R. S. S.*, en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* (1964), 341-351. N. *legalità nell' U. R. S. S.*, en *L'Est* (1965, junio, Milano). G. BETTIOL, *L'Odierno Problema del Bene Giuridico*, en *Revista de Diritto e Procedura Penale* (1959), 705-723. A. SANTORO, *Significato politico e valore tecnico del nuovo codice penale sovietico*, en *la Scuola Positiva* (1966), 3-24. H. H. JESCHECK, *Der strafrechtliche Staatsschutz im Ausland*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (1962), 339-359. They Lyon, *Der Verbrechensbegriff in der Strafrechtswissenschaft der DDR* (Bonn, 1960, Ludwig Röhrscheid), F. J. FELDRBRUGGE, *Soviet Criminal Law: Thea least six Years*, en *Criminal Law, and Police Science* (1963), 249-266. F. J. FELDRBRUGGE, *Soviet Criminal Law: The General Part* (Leyden, 1964, Sythoff). FU-SHUN LIN, *Communist China's Emerging Fundamentals of criminal Law*, en *American Journal of Corporative Law* (1964), 80-93.

(6) JESCHECK, *Delito y sanción en la Teoría y en la Realidad del Marxismo-Leninismo*, en *Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa* (Buenos Aires, 1964, Abeledo-Perrot), 87.

Tragedia semejante están sufriendo Alemania Oriental y muchos otros pueblos. Tantos, que ya constituyen, en cierto sentido, mayoría, y ya propagan sus ideologías como banderines libertadores. Entre la juventud reclutan millones de universitarios y no universitarios que se enrolan en sus cuadros con verdadera convicción o fanatismo (y sinceramente me parece que parte de su programa merece plausible aprobación, aprobación en la teoría y en la práctica; la aplicación del Derecho penal sobre la base del marxismo-leninismo para algunos pueblos puede resultar mejor que la corrupción y la arbitrariedad de una clase superior en estado de descomposición como han sido las que, muy frecuentemente, han constituido el escalón previo y la causa inmediata del vuelco al comunismo) (7).

Ahora sólo quiero añadir una consideración. Discrepo de los autores que llevados quizá por elegantes e inteligentes cosmovisiones o por realidades históricas pretéritas, presentan a los lectores oposiciones cosmopolitas, geográficamente distantes; creo que el enfrentamiento, por ejemplo, entre el Derecho penal liberal-cristiano y el Derecho penal marxista va infiltrándose y extendiéndose cada día más en todos los puntos del cosmos; tales avances pueden ser mal interpretados. Concretamente opino que, cuantos creemos que nuestro Derecho penal se opone al Derecho penal marxista y puede ser minado —o fortalecido— por él, debemos actualmente sentirnos más inseguros de lo que parece y aparece. Hoy, según los datos objetivos, la oposición de las dos tendencias se ha extendido geográficamente. En la medida que el muro de Berlín separa, desde el 13 de agosto de 1961, su sector oriental y su sector occidental, puede considerarse prolongado hasta el infinito, dividiendo también en dos sectores todas las grandes comunidades humanas.

Por eso mismo, porque va adquiriendo dimensiones universales opino que va resquebrajándose y dejando brechas abiertas para una superación sincretista; aumenta su extensión, pero disminuye su cohesión y su intensidad.

Pero esto merece párrafo aparte.

El futuro: unidad universal.

Aunque a primera vista parezca lo contrario, la progresiva y creciente expansión universal de las opuestas tendencias penales debe darnos a todos una gran esperanza de lograr —relativamente pronto— una mixtura, una síntesis que satisfaga las aspiraciones principales —sólo las principales— de ambos ejércitos en lucha académica.

Como antes indiqué, Quintano Ripollés me apellidaba el conciliador, y tal epíteto se debía a mis frecuentes manifestaciones sincretistas ex-

(7) JESCHECK, *Ibidem*, G. GIRALDI, *Marxismo e Cristianesimo* (Assisi, 1966, Cittadella edit.), 14 y ss. BERISTAIN, *La inhabilitación penal ayer, hoy y mañana* (Madrid, 1966 Reus), 5 41 y ss. cfr. Revista General de Legislación y Jurisprudencia (septiembre, 1966), 249 y ss.

puestas de palabra en mis conversaciones con él, y por escrito en algunas de mis reducidas publicaciones.

El Catedrático de la Universidad Central en sus exposiciones orales gustaba de subrayar, más si cabe que en sus escritos, la divergencia frontal entre sus colegas de todo el orbe. Siempre que le oí hablar de este tema, le manifesté mi parcial, pero importante—disconformidad valorativa. Yo estaba de acuerdo con su verificación de la pugna presente, no estaba de acuerdo con sus presagios pesimistas, trágicos, del futuro.

Con gran satisfacción he leído en una de sus postreras publicaciones.—su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, sobre el tema “El Derecho, valor de cultura” (8)—, elocuentes páginas en las que, después de exponer las descripciones ya clásicas en él de las dos cosmovisiones diametralmente opuestas (en este discurso el análisis se extiende apoyándose en amplísima y profunda erudición a decisivas facetas culturales iusnaturalismo-positivismo, judicialismo-legalismo, individualismo-socialismo, capitalismo-comunismo), aboga decididamente por la tarea conciliadora y expresa repetidamente su esperanza en un posible y futuro sincretismo.

Reconoce Quintano Ripollés —a la luz de uno de mis colegas del Claustro Deustense, Pablo Lucas Verdú— que hoy la labor asignada a la “intelligentsia” es de integración y de endopatía para compensar los desniveles en los planos intelectuales. Y añade, refiriéndose concretamente a la función asignada al Derecho penal, que los juristas debemos acelerar con paso seguro el sincretismo, que nos lleve a la unidad jurídica en direcciones de coincidencia o al menos de integración, atribuyendo al hombre un puesto unitario sobre la naturaleza cósmica y espiritual concebida cristianamente como “centro de los centros en Cristo” (9), atreviéndose a vislumbrar incipientes corrientes de concordia que puede desembocar en un sincretismo que resuelva las actuales contradicciones.

Aunque los existentes e innegables signos de ambigüedad pueden abocar en un caos internacional, sin embargo Quintano Ripollés, en el zénit de su existencia, los contempla como símbolo de optimismo que pueden interpretarse a modo de esperanzador acercamiento en concepciones opuestas (10).

Con nuestro llorado amigo, opino que nuestra milenaria cultura occidental posee en su seno potencialidad capaz de coordinar y superar la dicotomía actual. La lucha por esta conciliación debe espolear a todo intelectual y a todo hombre de buena voluntad para aunar nuestras energías en pro de una justicia internacional y universal que

(8) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *El Derecho, Valor de Cultura*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia (1966), 321-372 (Separata, Reus).

(9) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *El Derecho, Valor de Cultura*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia (1966), 346.

(10) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *El Derecho, Valor de Cultura*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia (1966) 370 y s.

continúe y perfeccionar las líneas diseñadas por nuestros clásicos. Claramente indican Suárez, Lugo, Covarrubias, etcétera, que las legislaciones humanas han de diversificarse por su origen, contenido, finalidad, etcétera (11), pero esto no obsta para suponer y exigir que contengan y conserven una cierta coincidencia universal, distinta de la ley natural, apoyada en la relativa (ni completa, ni absoluta, ni inmutable) semejanza de todas las personas y de la naturaleza de las cosas (12).

Miremos con realismo al presente; el sein, el ser de hoy entraña en su seno ideas trágicamente enfrentadas. Pero, miremos con entusiasmo e idealismo el futuro; el sollen, el deber ser de mañana encierra fuerzas germinales que pueden deparar una concordia en las líneas básicas de nuestra ideología, de nuestra justicia. La esperanza optimista se apoya en sólidas bases teóricas y empíricas. Recordemos en este sentido el reciente diálogo entre cristianos y marxistas celebrando en Marienbad, a finales de abril de este año 1967, en el que las principales figuras de ambos bloques han manifestado repetidamente su coincidencia ideológica y práctica en las coordenadas fundamentales (13).

Respecto a nuestra patria, el distinguido miembro del Partido Comunista español, M. Azcárate, ha expuesto su nuevo ideario capaz en lo fundamental de recibir el nihil obstat de los dirigentes cristianos, Aunque en los detalles sigamos divergentes, todos comprendemos que en lo esencial nos vamos acercando mutuamente. Pero al referirme a lo esencial toco un punto que corresponde al capítulo siguiente, en el que quiero delinear en esquema un puente que apoyándose en la esencia, en la naturaleza de las cosas, logre el encuentro de las hoy distantes orillas. Sólo podremos arribar a la cooperación universal si nos apoyamos todos sobre la esencia de las cosas. El título y el contenido de la obra de Zubiri (como actualizador de nuestros clásicos) puede prestarnos acertada orientación.

La ciencia sobre la esencia.

Lacerados todos por la distinción actual de tan divergentes concepciones jurídicas, la inmensa mayoría de los dedicados a la ciencia del Derecho penal buscamos afanosos la superación de las oposiciones. la elaboración de una dogmática y de una doctrina conciliadora en lo principal. En resumen, todos nos hemos fijado o buscamos una meta común. Pero, con frecuencia, mientras unos siguen una dirección, otros

(11) SUÁREZ, *Tractatus de legibus et legislatore Deo*, Lib. III, de lege positiva humana, Cap. II (Edic. Vives, tomo V, pág. 180 y ss.).

(12) SUÁREZ, *Ibidem*, págs. 8, 170 y ss.

(13) Respecto a los encuentros de años anteriores cfr. H. WULF, *Gespräch zwischen Christen und Marxisten*, en *Stimmen der Zeit* (1965), 228-231. ALVÁREZ BOLADO, *Las conversaciones de Salzburgo*, en *Razón y Fe* (1965), 83-102. ALVÁREZ BOLADO, *Marxistas y cristianos en la "Isla de los Hombres"*, en *Razón y Fe* (junio, 1966), 619-630 y (diciembre, 1966) 81-96. M. AGÚNDEZ, *Humanismo marxista y Humanistas cristiana*, en *Fomneto Social* (1966), 283-306.

andan la opuesta... Parece que muchos pretenden llegar a la unión por un camino errado, por la destrucción del adversario o, menos crudamente, por la observación y crítica de los aspectos negativos de su doctrina.

La solución debe buscarse en sentido contrario. No pretendamos —sería utópico— vencer a los que piensan distinto que nosotros; no pretendamos destruir violentamente el muro del Berlín. Empecemos por observar y criticar nuestra doctrina en sus muchos puntos débiles o equivocados, empecemos por aprovechar la doctrina de nuestros colegas de más allá del telón de acero en sus muchos aspectos acertados y sólidos. Los que piensan y practican un Derecho penal distinto del nuestro poseen también substancia gris en su cerebro y sangre generosa en su corazón que los hacen merecedores no sólo de tolerancia, sino también de respeto; no sólo de atención, sino también de imitación (en los niveles superficiales y en los profundos).

Tenemos que revisar seriamente nuestro Derecho penal anclado con muchas amarras en la concepción napoleónica, individualista, conceptual y capitalista (más o menos popular, pero capitalista). Nuestros Códigos y leyes especiales exigen una pronta y total reestructuración.

Reconozcamos, además, que para poder exigir —y deberemos exigir— ciertas concesiones importantes a los que piensan distinto que nosotros, no basta corregir nuestros anacronismos vetustos, sino que hemos de estar dispuestos nosotros también a hacerles concesiones importantes. Y por aquí debemos iniciar, aunque resulte dolorosa, nuestra marcha al encuentro.

Ello nos piden múltiples modificaciones capitales. Ahora voy a considerar sólo una concreta. Ellos nos piden que prescindamos de las concepciones filosóficas y religiosas que suponemos siempre (más o menos consciente) como base insustituible de nuestro *Ius punitivum*. En los congresos internacionales se observa esta dificultad al tratar cualquiera de los temas centrales dogmáticos y legislativos. Ulteriormente, por ejemplo, he palpado este obstáculo en el Symposium de Bressanone, de 1963, al tratar sobre la reeducación del condenado, en el Congreso de La Haya, de 1964, al estudiar los delitos contra la familia y las buenas costumbres, en el de Estocolmo, de 1965, al exponer las medidas de lucha contra la reincidencia (especialmente en relación con las condiciones adversas de la prisión preventiva y con la desigualdad en la administración de justicia), y en el Congreso de Uppsala, de 1966, al discutir las restricciones legales de las libertades individuales.

En cuanto dialogamos seriamente, en cuanto analizamos nuestras discrepancias, aflora muchas veces la misma raíz de la bifurcación: el diverso sistema filosófico, o el diverso credo religioso.

La dificultad es enorme para todos, y para algunos invencible. Hemos de reconocer que la dogmática penal necesita y refleja un ideario filosófico o religioso. La persona inteligente no puede contentarse

con un Derecho penal reducido a reglas policíacas de mera seguridad externa, sino que exige una dimensión ética (aunque debe evitar la tendencia moralizadora privada). El penalista no puede dejar de ser filosófico. El que prescinde de sistemas ontológicos, reconoce implícitamente que carece de cualidades indispensables en esta profesión.

La dificultad es todavía mayor para todos los que concebimos la religión como algo necesario —en libertad, no por imposición— al hombre y a la sociedad. ¿Podremos nosotros lograr una coincidencia jurídico-penal con quienes detestan la religión como opio del pueblo?

La dificultad puede solucionarse. No se soluciona prescindiendo de la filosofía ni de la religión, sino prescindiendo de ciertas metodologías y de ciertos dogmas. No puede mantenerse un Derecho penal que conculque derechos tan importantes del hombre (derecho a pensar y manifestar unas ideas, derecho a relacionarse comunitariamente con el Supremo) reconocidos en tantas declaraciones nacionales e internacionales.

La solución puede encontrarse buscando alguna conformidad elemental —dentro del pluralismo— en el campo filosófico y religioso. Para esto, todos —nosotros y ellos— habremos de hacer concesiones sangrantes, pero fecundas.

El jurista, en cuanto tal, ha de prescindir de los dogmas filosóficos y religiosos, en cuanto dogmas revelados. Ha de limitarse a aceptar una faceta de la religión apoyada en razones naturales, y reducida a su misión de cooperar al bien común, dentro de los límites de todo Estado de Derecho. Hace ya varios siglos, Suárez reconocía, en cierto sentido, que la legislación estatal puede apartarse en muchos aspectos de las normas religiosas, y corre por órbitas distintas (14). La misión del Estado no es la de inmiscuirse en pedagogías religiosas, ni la de aprovecharse de la religión como arma política, sino únicamente la de per-

(14) SUÁREZ, *Tractatus de legibus et legislatore Deo*, Lib. I, cap. IX "... Haec autem proportio (entre la religión y las leyes positivas) non in alio consistit, nisi in hoc quod non praecipiat quae lex divina prohibet, nec prohibeat quae illa praecipit, et sic etiam idem est esse congruetem religioni, quod esse honestam... Potest enim haec conditio et positive et negative explicari: et licet in quibusdam legibus, prior modus inveniat, in aliis sufficit posterior, scilicet, ut religioni verae non repugnent..." Ed. Vives, pág. 40. Algunas veces se ha olvidado este criterio suareciano y se ha caído en el defecto denunciado por BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza* (Milano, 1963, Giufrè), de moralizar la legislación y correlativa aunque involuntariamente juridizar la moral. Yo, con los autores aquí indicados, desearía mantener o restaurar la autonomía de la religión. A la clásica separación de actividades ejecutiva, legislativa y judicial se debe añadir una cuarta: la religión. Los encargos de los oficios y de las funciones de la iglesia, deben mantenerse independientes de los otros tres poderes. Esta independencia debe extenderse también —y tocamos un punto sumamente importante de nuestra materia— a los capellanes de las prisiones que nunca, por ningún motivo, pueden informar acerca de sus feligreses a las autoridades no religiosas. Lo contrario sería profanar el sacramento del orden y cerrar, en cierto sentido, la puerta de las instituciones penitenciarias a los sacerdotes de las religiones diversas a las autoridades políticas.

mitir el desarrollo libre de sus miembros —individuos y grupos— en todas sus facetas (también la religiosa).

Limitada así la pretensión religiosa, nadie la repudiará como opio del pueblo. Al menos, nadie rechazará el diálogo acerca de este problema. Así se ha demostrado evidentemente en los recientes diálogos de Marienbad (15).

Respecto al fundamento filosófico subyacente en las construcciones de la justicia, podemos también lograr el mutuo entendimiento, si buscamos una sistemática filosofía, una concepción del hombre, que se apoye no en dogmas intocables (revelados o heredados), sino en datos y criterios objetivos constatables fenomenológicamente, y discutibles en plano de igualdad.

La reestructuración universal del Derecho penal —sin prejuicio alguno dogmático— nos impone a los científicos una tarea ardua e ingente. Pero, con la cooperación de todos (legisladores, criminólogos, biólogos, médicos, antropólogos, sociólogos...) podemos aunar sobre bases racionales una común concepción del hombre y del binomio delito-pena como centro del Ius criminale.

A modo de anteproyecto indicaré ahora por dónde pueden avanzar los estudios programáticos previos para la superación de los actuales conflictos.

Beneméritos especialistas de la ciencia penal y de las ciencias auxiliares (sociología, criminología, penitenciaria...) ofrecen ya hoy —y cada día ofrecerán más— valiosos estudios científicos, que prescindiendo de preconcepciones dogmáticas metafísicas, aportan varios datos importantes para el trazado de la imagen del hombre que ha de colocarse en la base del futuro derecho penal conciliador.

La escuela positiva logró colocar en el centro de nuestro Derecho penal al hombre, pero, en la base, seguía todavía el Derecho natural (con su sentido metajurídico). Las escuelas modernas deben procurar sustituir ese Derecho natural por una sociología (16) apoyada en la persona y la naturaleza de las cosas.

Para lograrlo puede ayudar que bosquejemos ahora algunos aspectos fundamentales sobre lo que puede constituirse la imagen del hombre, base y centro del Derecho penal, prescindente de todo preconcepción indiscutible filosófico y religioso.

La ciencia actual puede admitir —al menos como tesis de estudio— cuatro puntos cardinales de la antropología científica. Podemos resumirlos así:

1.º El hombre es un ser *personal*. Debemos considerarlo siempre

(15) Véase también la conversación del P. J. M. González Ruiz y Manuel Azcárate, en *Realidad* (noviembre 1965), 43 y ss.

(16) J. LECLERCQ, *Du droit naturel a la sociologie* (Paris, 1960, Spes.), especialmente, t. II, 107 y ss. En otro sentido, E. SERRANO VILLAFANE, *La aportación del derecho natural al derecho positivo*, en VII Congreso Internacional de Derecho Comparado (Barcelona, 1966), 52-72.

como ser-en-sí y ser-para-sí, como sujeto absoluto, al cual no se debe —por ningún motivo— mediatizar ni cosificar.

2.º El hombre es un ser *comunitario*. Debemos considerarlo siempre como ser-en-otro- y ser-para-otro. Debemos estudiarlo siempre en su biología que es sociología.

3.º El hombre es un ser *libre*. La libertad, y su correlativa responsabilidad, es la esencia de la persona, no una supererogación caprichosa de la autoridad.

4.º El hombre es un ser *transcendente*. La dinamicidad endógena y exógena de la persona coloca su perfección en el servicio horizontal a los demás, y en la apertura vertical al Ser Supremo (17).

De estas cuatro dimensiones del hombre brotan (al menos en germen) los tres conceptos capitales en nuestra ciencia, cuyos rasgos esenciales podemos formular sinópticamente así:

— El delito es la alineación de la persona por la utilidad, la desviación del falso atajo a la posesión egocéntrica.

— La pena es la liberación de la persona por la sociedad, el perdón activo de la víctima, la merma positiva de la reeducación adulta.

— La justicia es el histórico desarrollo recreador del grupo social a través de prevenciones y reconstrucciones interpersonales.

Si los penalistas dialogamos y discutimos acerca de estos conceptos fundamentales con la apertura y seriedad científicas características de Quintano Ripollés, aprovecharemos las tensiones actuales como fermento fecundo para extender sobre todas las fronteras un Derecho penal pluralista conciliador.

(17) Esta faceta última de la transcendencia supone los anteriores. Por eso se han ocupado de ella algunos eminentes penalistas: WELZEL: *Von Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, Hamburgo, 1966, (Elwert), 16. GALLAS: *Der Schutz der Persönlichkeit im Entwurf eines Strafgesetzbuches* (E. 1963), en *Probleme der Strafrechtsreform* (Stuttgart, 1963, Deutsche Verlag-Anstalt) 163. K. RAHNER: *Schuld-Verantwortung-Strafe in der Sicht der kath. Theologie*, en *Schuld-Verantwortung-Strafe*, hgb. von FREY (Zurich, 1964, Schulthess), 151 y ss. En sentido más amplio: J. DEL ROSAL, *Esquema de un anteproyecto de Código penal Español* (Madrid, 1964), 43 y ss. E. CHAVAZ, *La conception biblique et chrétienne de la responsabilité et de la punition*, en *Revue internationale de Criminologie et de police techniques* (1964), 187-191. En sentido aún más amplio han tratado también el tema Garaudy y Luporini en las últimas reuniones internacionales de Marienbad. También se estudio este punto el año 1965, en Salzbrug, cfr. WULF, en *Stimmen der Zeit* (1965), 228 y ss.

Delitos contra la libertad

Dr. ANTONIO CAMAÑO ROSA

Fiscal del Crimen (Uruguay)

SUMARIO: PRIMERA PARTE.—I. *Historia*: 1. Dificultades.—2. Reseña.—3. Evolución moderna.—II. *Derecho comparado*: A) En general.—4. Plan.—5. Ubicación.—6. Contenido.—7. Libertad política.—8. Religión.—9. Trabajo.—10. Reunión y prensa.—B) En particular: 11. Código Español 1870.—12. Códigos Uruguayo e Italiano 1889.—13. Código Argentino 1921.—14. Código Italiano 1930.—15. Código Uruguayo 1933.—III. *El bien jurídico protegido y su disponibilidad*: 16. Determinación del concepto. 17. Consentimiento.—IV. *Generalidades*: 18. Funcionarios públicos.—19. Concepto de arma.—20. Forma de persecución.—21. Extradición.—22. Imprenta.—23. Prevención sin prisión.

SEGUNDA PARTE.—I. *Delitos contra la libertad individual*: 24. Clasificación. A) Contra el estado individual de libertad: 25. Reducción a esclavitud, etcétera.—B) Contra la libertad física: a) Cometidos por los particulares: 26. Privación de libertad.—27. Circunstancias.—28. Sustracción o retención de menores.—b) Abusos de los funcionarios públicos: 28. Atentado a la libertad.—30. Abuso de autoridad.—31. Pesquisa.—C) Contra la libertad síquica: 32. Generalidades.—33. Amenazas.—34. Violencia privada.—35. Agravantes.—36. Incapacidad compulsiva.—II. *Delitos contra la inviolabilidad del domicilio*: 37. Violación de domicilio.—38. Agravantes.—III. *Delitos contra la inviolabilidad del secreto*: 39. Clasificación.—A) Relativos a la correspondencia: 40. Objeto material.—a) Intromisión: 41. Violación de correspondencia escrita.—42. Interpretación de noticia.—b) Revelación: 43. Del secreto de la correspondencia.—44. Agravantes.—B) Relativos a otros documentos o situaciones: 45. Objeto material. a) Otros documentos: 46. Conocimiento.—47. Revelación.—b) Otras situaciones: 48. Revelación del secreto profesional.—IV. *Delitos contra la libertad política*: 49. Objeto material.—50. Atentados políticos.—V. *Delitos contra la libertad de cultos y el sentimiento religioso*: 51. Clasificación.—A) Relativos a la libertad de cultos: 52. Generalidades.—53. a) Sobre los actos.—54. b) Sobre las cosas.—55. c) Sobre las personas.—B) Relativos a la piedad de los difuntos: a) Con propósito de vilipendio: 56. De cadáveres.—57. De sepulcros.—b) Sin propósito de vilipendio: 58. De cadáveres.

PRIMERA PARTE

I. HISTORIA

I. *Dificultades*.—En la historia del Derecho, más que una simple contribución o un auxilio, se debe reconocer un indispensable criterio explicativo o interpretativo tanto desde el punto de vista evolutivo como bajo el aspecto actual. También son evidentes las relacio-

nes entre la historia civil y política y el Derecho penal: entre las vicisitudes del Derecho y las vicisitudes sociales y políticas hay un estrecho y constante paralelismo (MANZINI).

La dificultad de sistematizar los delitos contra la libertad deriva precisamente de dos circunstancias, una de naturaleza histórica y otra de carácter teórico, como bien señala SOLER, cuyas atinadas conclusiones nos limitamos a resumir.

Históricamente, aunque muchas figuras tengan una dilatada tradición, su autonomía y sistema es obra moderna, dependiente de una serie de presupuestos políticos y sociológicos desarrollados en el curso del siglo pasado. Así veremos cómo en Roma no hay propiamente un sistema, sino equivalentes dispersos de las figuras actuales; ciertos agrupamientos pertenecen más bien a los glosadores.

Teóricamente, la dificultad se explica por la naturaleza proteiforme de la libertad, presupuesto necesario de otros bienes jurídicos, pero posible bien jurídico en sí mismo. Este último concepto se afirma tardíamente en la historia, cuando la libertad fue concebida como un atributo esencial de la persona humana.

Una breve reseña histórica —espigada a través de FLORIÁN y otros autores— nos ayudará a comprender la evolución sufrida.

2. *Reseña.*—En el Derecho romano todos los atentados contra la libertad quedan incluidos en la amplísima noción del *crimen vis*, cuyo concepto esencial se refiere a la violencia o a la prepotencia, distinguiéndose después dos formas: *vis publica*, para reprimir coacciones de ese carácter, como la sedición; *vis privata*, donde quedan comprendidas la cárcel y la violencia privadas. Fue particularmente considerada la figura de amenazas simbólicas o *escopelismo*.

En esta categoría puede ubicarse el delito de *plagium*, con que al principio se castigó cualquier ejercicio indebido del poder del señor sobre los esclavos ajenos, como ofensa a la propiedad, para luego reprimir la sujeción del hombre libre al estado servil, como ofensa a la libertad.

La violación de domicilio se castigaba como injuria real (*domum introire*), o bien era alcanzada como una forma de *furtum*.

La violación del secreto epistolar se persiguió también con las acciones de injurias o de hurto, pero luego muchos hechos quedaron comprendidos en el *crimen falsi* (falsedades).

Entre los delitos políticos figuraba el *ambitus* (de andar, pasearse), que reprimía no sólo la corrupción, sino también otros atentados contra la libertad electoral.

Los delitos contra la religión se confundían con los delitos contra el Estado, y eran castigados como *crimen maiestatis*, correspondiendo al período de intolerancia, negativo de la libertad de conciencia y de culto. La violación de tumbas fue elevada a delito bajo el Imperio (*crimen violati sepulchri*).

El Derecho germánico también castigó el plagio y la violencia pri-

vada, incluyendo en la noción general de turbación de la paz la violación de domicilio (*Hausfriedenbruch*).

El Derecho medieval siguió al romano, acusando la influencia germánica y canónica. Sobre todo, se destacaron los delitos de religión (hechicería, blasfemia, herejía) y los relativos al trabajo (coaliciones, ruptura del contrato de trabajo, acaparamiento), debido a las nuevas condiciones espirituales y económicas, cuyos residuos encontramos todavía en algunas legislaciones modernas. Sin embargo, subsistieron las antiguas acriminaciones referentes a la libertad, aunque en forma dispersa y con sentido diferente al actual. Ni siquiera un verdadero Código, como la *Carolina* (siglo XVI) llegó a sistematizar la materia.

Es notable la decadencia de la libertad bajo los regímenes despóticos, siendo un triste ejemplo de arbitrariedad las famosas *lettres de cachet* francesas.

3. *Evolución moderna*.—Los primeros gérmenes de la libertad surgieron con los filósofos del derecho natural (GROZIO, PUFFENDORF, BLACKSTONE, SPEDALIERI); los primeros gérmenes de una tutela penal especial de los bienes de libertad, con los penalistas reformadores (MONTESQUIEU, BECCARIA, FILANGIERI). El intento inicial clasificatorio, típicamente moderno, corresponde a los juristas alemanes, entre ellos FEUERBACH. Pero el progreso máximo de la materia estaba reservado a CARRARA, que para individualizar un delito como ofensa a la libertad se vale de un doble criterio: debe tratarse positivamente de un impedimento a la libertad; mas negativamente se excluyen los hechos en los cuales dicha lesión no constituye sino un medio para otra lesión ulterior.

Las llamadas *declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano*, proclamadas en el siglo XVIII en Francia y en América del Norte, dieron un potente impulso al concepto de libertad como bien jurídico penalmente protegido y como posible objeto de delito, consagrando las doctrinas del derecho natural y del iluminismo. Justo es destacar que esto tiene una larga tradición histórica en Inglaterra, que arranca de la *Carta Magna* (1212), pasando por la *Petition of Right* (1628), el acta de *Habeas Corpus* (1679) y el *Bill of Rights* (1689).

Las normas del pasado se fueron unificando, más o menos completamente. El ejemplo de Francia fue seguido por otros países, que proclamaron genéricamente en sus Constituciones el derecho de libertad y sus aspectos. A su vez, los Códigos penales de los siglos XIX y XX sancionaron específicamente tales manifestaciones, como derivadas de la Constitución o simplemente del derecho natural. Las figuras autónomas del pasado se fueron unificando, más o menos completamente, bajo un rubro común, para sufrir después, en algunos Códigos, un nuevo fraccionamiento; como veremos a continuación.

II. DERECHO COMPARADO

A) *En general.*

4. *Plan.*—La inclusión de esta clase de delitos en la legislación moderna es una consecuencia lógica de la elevación de la libertad a bien jurídico fundamental en la civilización contemporánea. Pero es muy variable el concepto, ubicación y contenido de la materia. Haremos una síntesis de ese panorama, para exponer luego concretamente el sistema de los Códigos más familiares.

5. *En cuanto a su ubicación.*—Generalmente falta una rúbrica que agrupe todos los delitos contra la libertad. Como excepciones cita FLORIÁN los Códigos Chileno 1874 y Brasileño 1890; podemos agregar Códigos Italiano 1889, Argentino 1921 y Uruguayos 1889 y 1933. Pero a veces encontramos reunidos los delitos que tienen por objeto algunas especies de libertad. Así, los Códigos Belga 1867, Húngaro 1878, Español 1870 e Italiano 1930.

6. *En cuanto a su contenido.*—La discrepancia mayor se encuentra entre los Códigos que sólo se refieren a la libertad civil y los que contemplan en la rúbrica la libertad política; también existe discrepancia en cuanto a la inclusión de la libertad de cultos, de trabajo, de reunión y de prensa. Trataremos por separado estos aspectos, para mencionar uno en que casi todos los Códigos coinciden, o sea el referente a la *libertad individual o personal*.

Fuera de esta coincidencia de objeto, renacen las discrepancias. Algunos Códigos de tipo francés, como el Chileno y Español, consideran esta libertad como un derecho derivado de la Constitución o reconocido por el Estado; otros Códigos por ejemplo el Italiano antiguo, seguido por los nuestros, reciben el concepto germánico y la consideran como un derecho congénito y natural del hombre, igual que la vida, la salud, el honor.

La tendencia actual es la de considerar la libertad como un bien o interés jurídico, digno de ser protegido penalmente en sus diversas manifestaciones. De todos modos, esta clase de delitos es la única que tiene por objeto directamente la libertad y se encuentra, como dijimos, en casi todos los Códigos, aún los más antiindividualistas, como el Italiano vigente.

El contenido es variable. Quedan comprendidos casi siempre los delitos referentes a la libertad física; a veces el plagio o esclavitud de hecho; pero los referentes a la libertad moral, la inviolabilidad del domicilio y del secreto; unas veces están comprendidos, otras pasan a rúbricas diversas. Cuando el sujeto activo es un funcionario público, algunos viejos Códigos, como el Francés 1810, Español 1870 y Alemán 1871, tratan por separado estos delitos en forma autónoma; pero la mayoría consideran esta calidad como una circunstancia agravante

7. *Los delitos contra la libertad política.*—Generalmente están

previstos, comprendiendo principalmente los llamados electorales, o estableciendo una disposición supletoria. Es corriente ubicarlos entre los delitos contra el Estado o a continuación, bajo la rúbrica de "delitos contra los derechos políticos o cívicos del ciudadano" (Código Francés, Chileno, Italiano vigente). Pero a veces figuran como un capítulo de los delitos contra la libertad (Códigos Italiano antiguo, Uruguayos). Por último, algunos Códigos no contienen estas acriminaciones, prefiriendo dejarlas a las leyes especiales, dado su carácter variable (Códigos Español 1870, Argentino 1921).

8. *Los delitos relativos a la religión.*—Dependen de los regímenes político, pudiendo reconocerse los períodos de intolerancia, tolerancia e indiferencia. Es así como el Estado, que empezó por proteger la religión contra la libertad de conciencia y de culto, ha concluido por proteger la libertad de culto y de conciencia, de todos los credos y de todas las religiones (IRURETA GOYENA). Salvo raras excepciones, como el controvertido delito de blasfemia, hoy no existen propiamente delitos de religión, sino contra la religión o la libertad de cultos. Así, algunos Códigos dispensan una protección especial a la religión del Estado, y menos vigorosa a los cultos admitidos o tolerados (Códigos Españoles 1822, 1848, 1928, 1944; Italiano 1930); otros protegen igualmente la libertad de todos los cultos admitidos o tolerados (Códigos Españoles 1870, 1932; Italiano 1889; Uruguayos). Pero hay Códigos que no se ocupan especialmente de estos delitos, como el Argentino, y legislaciones de tipo anti-religioso, como la rusa.

La ubicación de estos delitos es variable: unas veces entre los delitos contra la libertad (Códigos Italiano 1889, Uruguayos), otras con título independiente (Código Italiano 1930). Su contenido también es variable. La mayoría extienden la protección a ciertos delitos cometidos sobre cadáveres y en los cementerios, que tienen un fondo religioso, como expresión de un sentimiento universal de piedad hacia los difuntos, sin distinción de creencias o de carencia de las mismas.

9. *Los delitos relativos al trabajo* también dependen de los regímenes políticos, liberales o autoritarios, aunque influyen, además, las condiciones históricas. Existen varios criterios: *a)* punición de las coaliciones y de las huelgas, sistema antiguo angloamericano, que reflejan los Códigos españoles 1822 y 1870, y renace en los modernos países totalitarios, como Italia y Rusia; *b)* impunidad de tales delitos, sea por disposición expresa de la ley, como la española de 1909, sea por silencio de la ley, como sucedía bajo nuestro Código antiguo; *c)* castigo especial de los delitos contra la libertad de trabajo, como en los Códigos argentino e italiano antiguo; *d)* aplicación del derecho común de la violencia privada, sistema seguido por la mayoría de los Códigos, incluso el nuestro vigente (sin perjuicio de castigar, entre los delitos contra la administración pública, formas delictuosas de la huelga, muy discutidas).

10. *Los delitos relativos a la libertad de reunión, y de prensa,*

generalmente, son dejados a la legislación especial, sin perjuicio de la aplicación del derecho común. Constituye una excepción el Código argentino.

B) *En particular.*

11. El Código penal español de 1870 fraccionó estos delitos, presentando particularidades notables. Algunos derechos individuales derivan francamente de la Constitución. Así, bajo el título II, "Delitos contra la Constitución", encontramos el capítulo II, "De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución". Aquí están comprendidos en dos secciones:

I) dichos delitos en cuanto son cometidos por particulares; pero se refieren solamente al abuso de los derechos de reunión, asociación y prensa, que no pertenecen a la materia que estudiamos;

II) dichos delitos en cuanto son cometidos por funcionarios públicos: penas arbitrariamente impuestas (arts. 204 a 209), detención arbitraria (arts. 210 a 214), violación de domicilio y de correspondencia (arts. 215 a 220) y otros (arts. 221 a 235).

La sección III, "Delitos relativos al libre ejercicio de los cultos" (arts. 236 a 241), aparece modificada en el Código 1944, bajo el rubro de "Delitos contra la Religión Católica". La blasfemia, que era una falta, también aparece como delito.

En lugar distinto y nada apropiado figuran otros delitos de carácter religioso y sanitario, bajo el título V, "De las infracciones de las leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos contra la salud pública" (arts. 349 a 350, 355).

Más adelante, entre los delitos que se refieren a la persona, bajo el título XII, "De los delitos contra la libertad y seguridad", encontramos los que principalmente nos interesan. Comprende siete capítulos: I) detenciones ilegales (arts. 495 a 497); II) sustracción de menores (arts. 498 a 500); III) abandono de niños (arts. 501 y 502); IV) disposición común (art. 503); V) allanamiento de morada (artículos 504 a 506); VI) amenazas y coacciones (arts. 507 a 511); VII) descubrimiento y revelación de secretos (arts. 512 a 514). El capítulo III estaría mejor ubicado entre los delitos contra la vida. Por no encontrar otro lugar adecuado, el Código vigente colocó allí también el nuevo delito de abandono de familia (art. 487), considerando que tenía alguna semejanza con el abandono de niños.

Finalmente, bajo el título XIII, "De los delitos contra la propiedad", capítulo V, "De las maquinaciones para alterar el precio de las cosas", este Código castigaba a "los que se coaligaren con el fin de encarecer a abaratar abusivamente el precio del trabajo o regular sus condiciones" (art. 556), siguiendo el viejo método francés. Pero este artículo fue derogado por la Ley de 27 abril 1909, que

admite el derecho de coalición y de huelga, y castiga cierta coacción a la huelga, cuando no constituye delito mayor. En sustancia, se adoptó el concepto del atentado contra la libertad de trabajo.

El texto refundido de 1944 reprodujo el sistema de 1870, con las escasas modificaciones que hemos anotado.

12. Los Códigos penales uruguayo e italiano de 1889 unificaban la materia bajo el mismo título II, "De los delitos contra la libertad", estructurándolos en forma muy semejante. La razón es obvia, pues el proyecto ZANARDELLI de 1883 constituyó la fuente común de ambas legislaciones. La relación ministerial señalaba los tres criterios básicos que fueron adoptado:

"1.º El concepto fundamental a que se amolda el nuevo Código es el de referir genéricamente al derecho natural de la libertad disposiciones que el Código de 1859 refería a las garantías establecidas por la Constitución. Si esta alta tutela conferida al derecho de libertad por la carta constitucional y su considerable importancia en las relaciones civiles y políticas aconsejan clasificar los delitos que lo atacan, inmediatamente después de los que comprometen la seguridad del Estado, no por eso puede la tutela misma quitarle a aquel derecho su esencia íntima, que lo hace derivar, no de una oración política, sino de una prerrogativa natural del hombre. Y así como el carácter de ciudadano se completa con el ejercicio de los derechos políticos y administrativos, por medio de los cuales concurre al ejercicio de la soberanía, de la misma manera el título concerniente a los delitos contra la libertad se completa con las sanciones que reprimen los atentados contra los derechos mencionados. E igualmente, desde el punto de vista de una lesión a la libertad, deben ser considerados los ataques al derecho de profesar la fe religiosa que más se avenga con los sentimientos y las convicciones de cada uno. La moderna dirección de la cultura y el estado de la ciencia y de la opinión pública no permiten mantener los titulados delitos de religión, pero imponen al legislador el deber de una mayor solicitud para asegurar el libre desarrollo del sentimiento religioso y su libre manifestación."

"2.º) De acuerdo con estas ideas, el proyecto de 1883 reúne bajo un solo título, y contempla sucesivamente los delitos contra las prerrogativas políticas, la libertad de conciencia y de culto, la libertad personal y la inviolabilidad del domicilio; y el proyecto moderno agrega los delitos contra la inviolabilidad del secreto epistolar, tan afines a los que ofenden el domicilio, y los hechos que se dirigen a alterar y trastornar violentamente las relaciones comerciales e industriales, que podrían denominarse bien delitos contra la libertad de trabajo."

"3.º) La garantía más eficaz de la libertad cívica deriva en gran parte del freno puesto a los empleados públicos para impedir que puedan ofenderla. A ello proveen, por un lado, los Códigos procesales y las leyes que establecen las precauciones que deben ser observadas por los funcionarios públicos siempre que desempeñen actos que puedan

atacar dicha libertad; y, por otro lado, debe también proveer la ley penal, reprimiendo los abusos que puedan cometer en daño de la libertad al desempeñar sus funciones. Por eso es natural que se prevean y castiguen en el título que trata de los delitos contra la libertad, los abusos preindicados, considerándose la calidad oficial del culpable como una circunstancia agravante.”

El sistema concordante de ambos Códigos es el siguiente:

I, “De los delitos contra la libertad política”: atentados políticos no previstos por la ley (arts. 146 uruguayo; 139 italiano).

II, “De los delitos contra la libertad de cultos”: a) propiamente dicha (arts. 147 a 149 uruguayo; 140 a 142 italiano); b) relativos a la piedad de los difuntos (arts. 150, 151 uruguayo; 143, 144 italiano).

III. “De los delitos contra la libertad individual”: a) física: privación de libertad y agravantes (arts. 152, 153 uruguayo; 146, 147 italiano); sustracción de menores (art. 154 uruguayo; 148 italiano); delitos especiales cometidos por los funcionarios (arts. 155 a 158 uruguayo; 149 a 152 italiano); b) moral: violencia privada y amenazas (arts. 159 a 161 uruguayo; 154, 156 italiano).

IV, “De los delitos contra la inviolabilidad del domicilio”: violación de domicilio (art. 162 uruguayo; 157 italiano), por funcionario público (art. 163 uruguayo; 158 italiano).

V, “De los delitos contra la inviolabilidad de la correspondencia o del secreto”: violación de correspondencia (art. 164 uruguayo; 159, 160 italiano), por empleado o adscripto al servicio (art. 166 uruguayo; 162 italiano).

Ambos Códigos subordinaban la persecución de los delitos de amenaza, violación de domicilio y de correspondencia a la querrela de parte (arts. 160, 162, 164 uruguayo; 156, 157, 164 italiano), aunque el concepto de “querrela” era distinto, resultando equivalente a partir de 1916, cuando la “instancia del ofendido” vino a sustituir nuestra antigua acción privada (Ley 5.508, art. 1.º).

Uruguayo; 156, 157, 164 italiano), aunque el concepto de “querrela” era distinto, resultando equivalente a partir de 1916, cuando la “instancia del ofendido” vino a sustituir nuestra antigua acción privada (Ley 5.508, art. 1.º).

Sin embargo, existen algunas discrepancias. El Código uruguayo contenía, además, una justificante (art. 165) y establecía expresamente el carácter supletorio de estos delitos (art. 167). El Código italiano agregaba un capítulo VI, “De los delitos contra la libertad de trabajo” (arts. 165 a 167), contemplando así un aspecto especial de los delitos contra la libertad moral. Además, consideraba la libertad individual también como estado, conteniendo el delito de plagio (art. 145); suministraba el concepto de arma (art. 155); contemplaba también la revelación del secreto (arts. 161 a 163).

13. El Código Penal Argentino de 1821 presenta ciertas particularidades. Suprime los delitos siguientes: a) amenazas y coacciones,

que pasan inexplicablemente a formar el contenido del Título VI, "Delitos contra la propiedad", Capítulo III, "Extorsión" (arts. 168 y ss.); b) contra la libertad política, dejados por su carácter variable a la legislación especial; además, porque muchos de ellos afectan la soberanía del Estado; c) contra la libertad de cultos, absorbidos por los delitos contra la libertad de reunión; sólo prevé como daño y extorsión los delitos cometidos sobre tumbas y cadáveres (arts. 171, 184, incluso 5.º).

Bajo el Título V, "Delitos contra la libertad", agrega en los tres últimos capítulos los delitos siguientes: IV) "contra la libertad de trabajo y asociación"; compulsión a la huelga, boycott, lock-out y contra la libre asociación (art. 158), concurrencia desleal (art. 159); V) "contra la libertad de reunión" (art. 160), referido a la turbación de toda reunión lícita, incluso las de carácter religioso; IV) "contra la libertad de prensa" (art. 161), consistente en impedir o estorbar la libre circulación.

Con estas aclaraciones, encontramos que el Código Argentino unifica bajo el Título V los delitos en estudio, en los tres primeros Capítulos: I) "contra la libertad individual"; plagio (arts. 140, 145), privación de libertad (art. 141), abusos de los funcionarios (art. 143), sustracción y ocultación de menores (arts. 146, 147), inducción a la fuga y ocultación de fuga (arts. 148, 149), todos ellos con varias formas y agravantes (arts. 142, 144); II) "violación de domicilio"; propiamente dicha (art. 150), allanamiento irregular por funcionarios (art. 151), excusa especial (art. 152); III) "violación de secretos": simple y desvío de correspondencia (art. 153), calificada por la función (art. 154), publicación de correspondencia (art. 155), violación del secreto profesional (art. 156) y oficial (art. 157)

Los delitos previstos en los arts. 143 inc. 9.º, 157 y 159 afectan más bien otros bienes jurídicos, como la administración pública y la economía.

Según este Código, son de acción privada los delitos de violación de secretos y concurrencia desleal (art. 73, incs. 3.º y 4.º).

14. El Código Penal Italiano de 1930 fracciona estos delitos. Aquí conviene discriminar lo científico de lo político. Científicamente, sistematiza la materia y construye las diversas figuras con acabado tecnicismo. Políticamente, es de inspiración totalitaria. Protege con gran vigor la autoridad del Estado, así como ciertos valores religiosos, familiares y económicos, en armonía con las orientaciones del fascismo. Esto supone una distinta apreciación de los bienes tutelados. Sin embargo, la reacción autoritaria respetó el pasado liberal de la ciencia, en cuanto a las acriminaciones de índole exquisitamente individual.

Ante todo, el nuevo legislador quiso considerar la libertad, no como una abstracción, sino en sus manifestaciones, para lo que tuvo que descomponer la heterogénea categoría anterior. Así el Código contiene

las manifestaciones principales del mencionado bien jurídico, como un subaspecto de la personalidad, bajo el Título XII, Capítulo III, Secciones I a V. Pero aún dentro de esta clase, segrega algún delito, como la sustracción de menores e incapaces, para colocarlo bajo el Título XI, Capítulo IV (familia). Suprime los delitos contra la libertad de trabajo, para encararlos con nuevo criterio bajo el Título VIII (economía). Coloca los delitos contra la libertad política pabo el Título I, Capítulo III (Estado). En forma autónoma, y también con nuevo criterio, bajo el Título IV (religión), ubica los antiguos delitos contra la libertad de cultos o afines. En los casos excluidos del Título XII pues, estima prevalentes las ofensas al Estado, la religión del Estado, la familia o la economía pública, sobre las ofensas puramente individuales. En orden correlativo, este sistema es el siguiente:

Título I, "De los delitos contra la personalidad del Estado, Capítulo III, "contra los derechos políticos del ciudadano": atentados (art. 294).

Título IV, "De los delitos contra el sentimiento religioso y contra el respeto a los difuntos", que comprende dos Capítulos: I) "contra la religión del Estado y los cultos admitidos": vilipendio de la religión (art. 402), ofensa en cuanto a las perosnas (art. 403), las cosas (art. 404) y los actos (art. 405), con disminución de pena cuando se trata de los cultos admitidos (art. 406); II) "contra el respeto a los difuntos": violación de sepulcros (art. 407), vilipendio de tumbas (artículo 408) y de cadáveres (art. 410), perturbación de funeral (artículo 409), destrucción, etc. (arts. 411, 412) y uso ilegítimo de cadáveres (art. 413).

Título VIII, "De los delitos contra la economía pública, la industria y el comercio", que comprende dos Capítulos, de donde citaremos algunas disposiciones: I) "contra la economía pública": paros, huelgas y boicoteo (arts. 502 a 507), ocupación de empresas, sabotaje e inoservancia de normas sobre el trabajo (arts. 508, 509), agravantes y penas especiales (arts. 510 a 512); II) "contra la industria y el comercio": perturbación de la libertad (art. 513).

Título XI, "De los delitos contra la familia", Capítulo IV, "contra la asistencia familiar": sustracción consensual de menores (artículo 573) y de personas incapaces (art. 574).

Título XII, "De los delitos contra la persona", Capítulo III, "contra la libertad individual", que comprende cinco Secciones: I) "contra la personalidad individual": esclavitud y plagio (arts. 600 a 604); II) "contra la libertad personal": secuestro (art. 605), abusos de los funcionarios públicos (arts. 606 a 609); III) "contra la libertad moral": violencia privada (arts. 610, 611), amenazas (artículo 612), incapacidad procurada (art. 613); IV) "contra la inviolabilidad del domicilio": violación de domicilio (art. 614), por funcionario público (art. 615); V) "contra la inviolabilidad de los secretos": conocimiento y revelación de correspondencia (arts. 616, 618), de

comunicaciones (art. 617), por empleados (arts. 619, 620); revelación de documentos (art. 621), del secreto profesional (art. 622), científico e industrial (art. 623).

Título XIII, "De los delitos contra el patrimonio", Capítulo I, "mediante violencia": daño sobre edificios destinados al ejercicio de algún culto (art. 635, inc. 3.º).

Este Código subordina la persecución de los delitos de sustracción de menores e incapaces, amenazas, violación de domicilio simple y de secretos, a la querrela del ofendido (arts. 573, 574, 612, 614, 616 a 618, 621 a 623). En el art. 585 fin suministra el concepto de "armas" a los efectos de la ley penal.

Fue modificado, a partir de 1944, por varias leyes de Italia Libre, y actualmente se encara una reforma que representa un retorno a los criterios del Código antiguo de 1889.

15. El Código Penal Uruguayo de 1933 unifica la materia bajo el Título XI, "Delitos contra la libertad". Comprende cinco capítulos:

I) "contra la libertad individual": esclavitud (art. 280), privación de libertad (art. 281), sustracción de menores (art. 283), abusos de los funcionarios públicos (arts. 285 a 287), violencia privada (artículo 288), amenazas (art. 290); todos con sus agravantes y atenuantes (arts. 282, 284, 289) y medida de seguridad para las amenazas (art. 290); suministrando aquí el concepto de arma (art. 293).

II) "contra la inviolabilidad del domicilio": violación de domicilio (art. 294), agravantes (art. 295).

III) "contra la inviolabilidad del secreto": intromisión en la correspondencia (art. 296), las conversaciones (art. 297) y los documentos (art. 300); revelación del secreto de la correspondencia (artículos 298, 299), de documentos (art. 301) y profesional (art. 302).

IV) "contra la libertad política": atentados no previstos (artículo 303).

V) "contra la libertad de cultos y el sentimiento religioso": ofensa al culto en cuanto a los actos (art. 304), las cosas (art. 305) y las personas (art. 306); vilipendio de cadáveres (art. 307) y de sepulcros (art. 308); sustracción de cadáveres o restos (art. 309).

Como puede apreciarse, nuestro Código vigente, si bien ha seguido aquí la orientación política y sistemática de los Códigos Uruguayo e Italiano de 1889, en cuanto a la orientación científica y estructura de los delitos es tributario del Código Italiano de 1930. Y la razón también es obvia, pues el Proyecto ROCCO de 1927 constituyó la fuente común de ambas legislaciones.

Antes, estos delitos se agrupaban en orden inverso, empezando por los atentados contra la libertad política y de cultos, para seguir con los otros. Las innovaciones más importantes se refieren al secreto, como veremos oportunamente. En el Capítulo V se corrige la defectuosa articulación de los delitos que afectan la reverencia pública hacia los difuntos. El nuevo Título revela en general un acabado tec-

nicismo. El sistema guarda cierta semejanza con el argentino, de filiación italo-española, de formulación breve y sencilla. En cambio, fuera de la similitud de materia, poco de común tiene con el español, cuya pesada casuística y falta de técnica le restan mucha importancia. Esto explica la preferencia que daremos a la doctrina italiana en estos comentarios.

III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y SU DISPONIBILIDAD

16. *Determinación del concepto.*—El concepto de libertad es por sí mismo amplísimo, relativo e indeterminado. Pero lo que interesa establecer aquí es el concepto de la libertad dentro de la ley penal, como objeto de tutela.

En primer lugar, la ley penal considera la libertad individual bajo sus dos aspectos: uno amplio, de *estado*, que se refiere a la propia personalidad individual, como requisito esencial e inalienable del hombre; otro restringido, de *facultad*, que se refiere a ciertas manifestaciones de la libertad.

Como facultad es la que compete a todo hombre de ejercer en su provecho sus propias actividades, en cuanto no afecte el orden público ni el derecho ajeno. Se trata pues, de libertad *civil*, por oposición a libertad natural, es decir, libertad bajo el derecho, reglada.

Los derechos inherentes a la personalidad humana están consagrados en la Sección II, "Derechos, deberes y garantías", de la Constitución de 1952. Nuestra Carta Fundamental, netamente democrática, no concede tales derechos, sino que los reconoce. Tampoco son ilimitados: la Constitución deja a las leyes la reglamentación de su ejercicio. Así el art. 7 establece: "Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, *libertad*, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general". Comprende no sólo lo que está regulado como lícito, sino también lo no regulado, de acuerdo con el art. 10: "Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la Ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

En segundo lugar, conviene distinguir la libertad civil de la libertad *cívica* o *política*, también garantizada por la Constitución (arts. 54 y 58). Esta última es la facultad de intervenir en el ejercicio de la soberanía. Los delitos que la ofenden tienen, pues, carácter político, pero nuestro Código los ha colocado bajo el rubro común de la libertad, cuando su ubicación estaría mejor entre los delitos contra el orden político interno del Estado.

En tercer lugar, nosotros debemos considerar la libertad como objeto de delito sólo en cuanto sea sujeto de ella una persona *física*.

Esta es una condición necesaria en el sentido de que las lesiones al derecho de libertad, en cuanto pertenezcan al Estado o a sus órganos inmediatos o a los entes autónomos, no entran en el sistema de esta clase de delitos; además, es una condición suficiente, en el sentido de que la protección penal se ejercita con relación a la persona física, cualquiera sea el sexo, la raza, la edad, la condición social, etc.

Por último, en el Título XI del Código Penal se configuran todos aquellos hechos delictuosos que en algún momento hayan impedido el ejercicio de la libertad ajena, sin tener por fin o llevar consigo la violación de algún otros derecho, cuya ofensa constituya una figura especial. Son pues, delitos *suplementarios*, lo que antes se aclaraba expresamente (arts. 146 inc. 3.º, 149 inc. 1.º, 167 C. Uruguayo antiguo).

Así, la violencia o amenaza pueden ser un *medio* para cometer los delitos de atentado, evasión, rapto, violación, atentado al pudor, proxenetismo, aborto, rapiña, extorsión, daño; la violencia, para los de justicia privada, usurpaciones; la privación de libertad, para el secuestro; la violación de domicilio, para el de hurto; la violación de correspondencia, para los de hurto o estafa. En todos estos casos el delito fin absorbe el delito medio. El medio puede ser una circunstancia inherente al delito o una agravante especial. En cambio, en las figuras previstas por este Título, los medios constituyen en sí mismos delitos independientes.

17. *Consentimiento*.—Es muy discutido el problema de la eficacia del consentimiento, sobre todo por la ausencia de una norma reguladora, como la contenida en el art. 50 C. Italiano. Indudablemente, el consentimiento debe recaer sobre un derecho *disponible*. Esta es la condición más importante, pero también la más incierta.

En cuanto al bien jurídico de la libertad, de acuerdo con nuestro sistema, debe considerarse indisponible: *a*) cuando se trate del estado de libertad (art. 280 CP); *b*) cuando también resulta afectada la administración pública (arts. 285 a 287 CP). En cambio, puede considerarse disponible: *a*) cuando el consentimiento tipifica el delito por disposición expresa de la ley (arts. 291, 294 CP); *b*) cuando se trata de una mera facultad; *c*) cuando no están comprometidos otros bienes de interés público.

El consentimiento debe ser prestado por el titular del bien jurídico protegido o por su representante legal (art. 283 CP). Debe provenir de una persona capaz de derecho penal. Aparte de la salud mental, se requiere cierta edad. Al respecto, hemos sostenido que la incapacidad penal pasiva no debe regirse por el criterio civil de la impubertad (art. 1.279 CC), ni por el criterio de la incapacidad penal activa o inimputabilidad (art. 34 CP). Entendemos que deben considerarse incapaces de consentir penalmente a los menores de quince años. Esta edad corresponde al período de inmadurez absoluta, dentro de la minoría de edad penal (argumento de los arts. 267, 272 inc. 1.º, 284

inciso 2.º CP). El consentimiento debe ser válido, es decir, no viciado por coacción o error. En principio, la forma de prestarlo es indiferente. Debe intervenir con anterioridad, o a lo sumo simultáneamente, a la acción descrita como punible. El estudio de cada figura es particular debe integrarse con estas aclaraciones.

IV. GENERALIDADES

18. *Funcionarios públicos*.—La mayoría de los delitos contra la libertad pueden ser cometidos por y contra cualquiera. A veces constituye una circunstancia agravante que el delito fuera cometido “por persona adscripta al servicio postal, telegráfico o telefónico”, sea o no funcionario público, como en el caso de revelación del secreto de la correspondencia epistolar, telegráfica o telefónica (art. 299 inc. 1º CP). Ciertas personas están amparadas especialmente, como los Jefes de Estado extranjero o sus representantes diplomáticos y los Consejeros Nacionales de Gobierno (arts. 138, 140 CP). Pero existe una categoría de delitos que sólo pueden ser cometidos por funcionarios públicos: en general, como la pesquisa (art. 287 CP); especiales, “encargados de la administración de una cárcel”, como en los abusos previstos por los arts. 285 y 286 CP. Además, existen otros delitos en que la calidad de funcionario público constituye una circunstancia agravante: sea sujeto activo o pasivo, en la privación de libertad (artículo 282 inc. 1º CP); tratándose del sujeto activo, en la violación de domicilio (art. 285 inc. 4º CP).

El art. 173 CP establece: “A los efectos de este Código, se reputan funcionarios a todos los que ejercen un cargo o desempeñan una función retribuida o gratuita, permanente o temporaria, de carácter legislativo, administrativo o judicial, en el Estado, en el Municipio o en cualquier ente público”. Esta definición es similar a las contenidas en los arts. 77 C. Argentino y 416 C. Español, pero difiere del sistema seguido en la materia por los C. Italianos, antiguo (art. 207) y vigente (arts. 357 a 359).

Puede suceder que un delito se cometa por o contra un funcionario público no sólo mientras inviste la función pública, sino también después de haber cesado en su desempeño. Está claro que el daño o el peligro derivados de la calidad personal del funcionario subsiste con independencia de tales circunstancias. Nuestro Código antiguo no preveía el caso. Pero el Código vigente dispone en el artículo 176: “Cuando la ley considera la calidad de funcionario público como elemento constitutivo o como circunstancia agravante de un delito, no influye en el hecho la inexistencia de esa calidad en el momento en que se cometa el delito, cuando éste reconoce dicha circunstancia como causa.” Dicho texto se ajusta más al artículo 208 C. italiano antiguo que al artículo 360 C. italiano vigente.

19. *Concepto de arma*.—Constituyen circunstancias agravantes de

algunos de estos delitos que “se cometan con armas”, como en la violencia privada y las amenazas (arts. 289, 290 inc. 2.º CP), o “con armas ostensibles”, como en la violación de domicilio (art. 3.º inc. 3.º CP).

El artículo 293 CP establece: “Se entiende por arma, a los efectos de la ley penal y siempre que en ella no se disponga otra cosa, tanto las propias como las impropias. Son armas propias aquellas que tienen por objeto el ataque o la defensa, las sustancias explosivas o corrosivas, y los gases asfixiantes o corrosivos. Son armas impropias todos los instrumentos aptos para dañar, cuando se lleven en forma de infundir temor.” Esta definición es similar a las contenidas en los C. italianos, antiguo (art. 155) y vigente (art. 385 fin).

Los decretos de 27 marzo 1919 y 30 junio 1931 establecen cuáles son las armas sometidas a previo permiso y cuáles son las permitidas, cayendo las primeras dentro de la noción de apropiadas (las de fuego y todo utensilio punzante, cortante o contundente).

A los efectos de estas circunstancias, es indiferente que el sujeto activo esté o no facultado para usar armas, porque la agravante se funda en el medio usado. Si no está facultado, concurrirá la falta de uso ilícito de armas (art. 365 incl. 12.º CP).

El artículo 293 CP asimila a las armas propias las sustancias y los gases corrosivos. Sustancias corrosivas son las que desorganizan los tejidos, cauterizándolos e inflamándolos violentamente. Pueden ser sólidas, líquidas o gaseosas. También asimila a las armas propias las sustancias explosivas y los gases asfixiantes. “Se entiende por explosivo todo cuerpo capaz de transformarse en gas a alta temperatura, produciendo, como consecuencia de su descomposición, efectos mecánicos o pirotécnicos de consideración” (decreto de 7 octubre 1943, art. 6) Este artículo no comprende todos los tipos de agresivos químicos, sino los gases asfixiantes o corrosivos, pues hay gases lacrimógenos, estornutatorios, etc.

20. *Forma de persecución.*—Actualmente todos los delitos contra la libertad son de acción pública y perseguibles de oficio (núm. 12).

Una evolución curiosa sufren los delitos de amenazas con armas y de acometimiento con arma apropiada. En efecto, las amenazas se persiguen, sucesivamente, a querrela de parte, instancia del ofendido y de oficio; en el acometimiento con arma apropiada, se procede, sucesivamente, de oficio y a instancia del ofendido. Mucho más lógico resultaba el Código, tal como lo elaboró IRURETA GOYENA, con tendencia inquisitiva, estableciendo la oficialidad en ambos casos. No se percibe, en realidad, el fundamento político de la diferencia, encarado diversamente por dos legislaciones penales, pues el escaso interés público en la represión es común a las dos hipótesis.

En cuanto al delito de violación de domicilio, MACEDO observó que debía perseguirse a instancia del ofendido. “Acaso ello quebranta la economía del título XI, donde todos los delitos contra la libertad

se persiguen de oficio. Pero hay dos razones que justifican la reforma: a) la falta de denuncia podría responder a que el presunto agente obró con el consentimiento tácito del dueño del domicilio; b) en la práctica se advierte que la actividad que a primera vista parece configurar una violación de domicilio, sólo constituye la vía de hecho tendiente a la consumación de típicos delitos de acción privada (violación, estupro), sobre lo que habría que incidir—aun sin denuncia—con el objeto de investigar la existencia del dolo.” Contestó IRURETA GOYENA: “Dejaría el artículo como está; pero si se quiere establecer que el delito sólo es perseguible mediante denuncia, me rindo a la mayoría. Los Códigos no constituyen una fuente segura de información, porque mientras unos exigen la denuncia, otros prescinden de ella. Yo me inclino al *statu quo*, porque el domicilio debe ser algo sagrado y una de las maneras de imprimirle ese carácter es que la ley admita la ingerencia del ministerio público aun sin querrela” (RC núm. 7. páginas 122-123).

21. *Extradición*.—Al respecto hemos de limitarnos al Tratado de Montevideo de 1889, por ser el más casuista y referirse a países sudamericanos. En cuanto a los delincuentes, admite la extradición del nacional (art. 20). En cuanto a los delitos, la extradición se limita a los más graves, “sujetos a una pena privativa de libertad no menor de dos años” (art. 21 inc. 1.º). Entre los delitos contra la libertad sólo se encuentra en este caso el de reducción a la esclavitud, etc. (artículo 280 CP). Por otra parte, tampoco se admite la extradición tratándose de delitos contra los cultos y políticos (arts. 22 y 23).

22. *Imprenta*.—La ley 9.480 establece: (Constituye delito grave de imprenta la ejecución en impresos divulgados en el público, de un hecho calificado como delito en el Código Penal o por leyes especiales, siempre que la infracción quede consumada en el escrito mismo” (art. 20 proemio). Muchos delitos contra la libertad pueden cometerse por medio de la prensa: violencia privada y amenazas (arts. 288, 290 CP), revelación de secretos (arts. 298, 301, 302 CP), atentados políticos (art. 303 CP), ofensas a cualquier culto (art. 306 CP).

A demás, la mencionada ley establece: “Cometen delitos leves de imprenta, considerando el hecho objetivamente y con prescindencia de las diversas personas que colaboren en su preparación y ejecución:

Los que publiquen actuaciones, documentos o sentencias relativos a casos de filiación ilegítima, impugnación o contestación del estado civil de padres a hijos y viceversa, de adulterio u otras causales de divorcio, o de procesos relacionados con delitos contra el pudor y la decencia, particularmente los reprimidos por el libro II título X del Código penal, salvo que el Juez considere que se ha incurrido en alguno de los delitos previstos por los artículos 301 ó 334 del mencionado Código (revelación de documentos secretos o injuria). No constituyen el delito definido en el presente inciso las publicaciones de índole científica, despojadas de toda referencia concreta que per-

mita individualizar a las personas comprometidas en las causas, actuaciones o documentos a que se hace referencia en dicho inciso" (art. 21).

Esta disposición proviene del artículo 407, inciso 3.º CIC "y configura *no un delito grave* de los que tratamos, sino uno *leve de imprenta* (o propiamente dicho), pues no importa una lesión de la gravedad de la difamación o injuria, por estar atenuada por la verdad del hecho divulgado, comprobada en los documentos publicados" (*Dic-tamen de la Comisión*, p. 116). Resulta, pues, equivocada la observación de IRURETA GOYENA al artículo 299 CP, que dice así: "Ver la ley de imprenta. Debe suprimirse el inciso 3.º, porque el hecho constituye abuso de la libertad de escribir en virtud de la ley posterior de imprenta, artículo 20" (RC, núm. 14, p. 159).

En cuanto a las sanciones, los delitos graves de imprenta serán castigados de acuerdo con las disposiciones del Código penal o de las leyes especiales, considerándose como agravante la circunstancia de ejecutarse por ese medio (art. 26, modificado por Ley 9.774); los delitos leves serán castigados con multa de cien a mil pesos o prisión equivalente (art. 28).

23. *Prevención sin prisión*.—La Ley de 29 diciembre 1959 establece: "En las causas penales comunes no se dispondrá la prisión preventiva ni se mantendrá el arresto del inculpado, cuando se trate: ... B) De delitos sancionados con penas de destierro, suspensión o multa" (art. 1). La razón es obvia, porque, como ya decíamos en el proyecto madre de 1949 fundando este caso, la prisión preventiva resulta incompatible con la naturaleza de estas penas (ver ampliamente: LJU, t. 19, sec. II, p. 47; t. 40, sec. II, p. 73; t. 41, sec. II, p. 1).

Atento a sus sanciones, muchos delitos contra la libertad quedan comprendidos en el ámbito de la ley citada: amenazas (art. 290 CP); violación de correspondencia escrita (art. 296 CP), interceptación de noticia (art. 297 CP), revelación del secreto de la correspondencia (art. 308 CP); conocimiento fraudulento de documentos secretos (artículo 300 CP), revelación del secreto profesional (art. 302 CP), atentados políticos (art. 303 CP). Por el mecanismo de las penas derivadas, procederá igualmente el beneficio cuando se trate del encubrimiento de los mencionados delitos (art. 197 CP).

SEGUNDA PARTE

I. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL

24. *Clasificación*.—Este grupo de delitos puede clasificarse de la manera siguiente: A) contra el estado individual de libertad (artículo 280 CP); B) contra la libertad física: a) cometidos por particula-

res (arts. 281 a 284 CP); b) abusos de los funcionarios públicos (artículos 285 a 287 CP); C) contra la libertad síquica (arts. 288 a 291 CP).

A) *Contra el estado individual de libertad.*

25. *Reducción a esclavitud, etc.*—Nuestras Constituciones de 1830 y 1918 establecían: “En el territorio de la República nadie nacerá esclavo; queda prohibido para siempre su tráfico e introducción al país” (arts. 131 y 147, respectivamente), disposición que las posteriores consideraron inútil reproducir. El artículo 1.836 CC establece: “Nadie puede obligar sus servicios personales, sino temporalmente o para obra determinada”.

Consecuente con dichos principios, el artículo 280 CP dispone: “*El que redujere a esclavitud o a otra condición análoga a una persona, el que adquiera o transfiera esclavos y el que trafique con ellos, será castigado con dos a seis años de penitenciaría.*” Aglutina todas las formas contenidas en los artículos 600 a 603 C. italiano. Concuerta con los artículos 145 C. italiano antiguo y 140 C. argentino.

Corresponde al plagio civil de los romanos, pues los prácticos también reconocieron un plagio político (enrolamiento militar violento) y otro literario (aprovechamiento de bienes incorporales). Sujetos activo o pasivo pueden ser cualesquiera. Resulta indiferente el consentimiento, porque el estado de libertad es un bien indisponible (núm. 17).

Comprende varias formas: a) reducción a la esclavitud, como estado de derecho; b) reducción a otra condición análoga o sojuzgamiento, como estado de hecho; c) adquisición, transferencia y tráfico de esclavos, como actividades afines.

“Esclavitud” es el estado y condición de un individuo sobre el cual se ejercen las atribuciones del derecho de propiedad o alguna de ellas (Convención de Ginebra de 25 septiembre 1926). Abolida la esclavitud, la primera forma, o sea la de reducción, sólo podría concebirse cuando fuera cometida en territorio extranjero en perjuicio de un uruguayo. Pero la figura resultaría inaplicable, dadas las condiciones exigidas por el artículo 10, inciso 6.º CP, si la esclavitud fuera admitida en el extranjero. Y también sería inaplicable, para caer en las siguientes, allí donde la institución estuviere abolida.

“Otra condición análoga”: comprende todas aquellas en que una persona se encuentra como consecuencia de una relación de servicio, gratuito o retribuido, diferente del arrendamiento voluntario debido o legítimo. Es indiferente el medio empleado para someter la persona al propio poder. No se requiere llevarla de un sitio a otro; basta que se reduzca a la víctima a un estado total de sujeción, en la que se diferencia de la simple privación de libertad.

“Adquiera o transfiera esclavos o trafique con ellos”: se refiere a

los que reciben en tal condición a la persona para mantenerla en ella o lucrar con ella. Propiamente la trata de negros. La llamada trata de blancas, situación de ciertas mujeres con relación a los lenones, está regulada por pactos internacionales en su aspecto externo, y prevista por la Ley 8.080, en el interno.

El delito se consuma tan pronto como ha sido creado el estado de sujeción, o se ha perfeccionado el contrato. Su nota característica es la permanencia. Es posible la tentativa. Tratándose de las actividades afines, se requiere un fin de lucro; en las demás formas, basta con el dolo genérico.

B) *Contra la libertad física.*

a) *Cometidos por los particulares.*

26. *Privación de libertad.*—La Constitución establece: “Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal” (art. 12): “nadie puede ser preso sino infranganti delito o habiendo semiplena prueba de él, por orden escrita del Juez competente (artículo 15); “la seguridad individual no podrá suspenderse sino con anuencia de la Asamblea General o de la Comisión Permanente, estando aquélla en receso, y en el caso extraordinario de traición o conspiración contra la patria; y entonces sólo será para la aprehensión de los delincuentes, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 17.º del artículo 168” (art. 31).

A su vez, el artículo 281 CP dispone: “*El que, de cualquier manera, privare a otro de su libertad personal, será castigado con un año de prisión a seis años de penitenciaria.*” Está previsto de manera análoga por los C. italianos (art. 146 antiguo, art. 605 vigente) y por el artículo 141 C. argentino. En cambio, el artículo 152 C. uruguayo antiguo acriminaba al que “arrestare, detuviere o secuestrare a una persona”, significando la progresión del ataque: momentáneo o prolongado, público o clandestino: Y aclaraba pleonásticamente: “fuera de los casos previstos por la ley”. El nuevo texto suprimió este requisito implícito y la casuística, que también aparece en el artículo 495 C. español.

Agente puede ser cualquiera; si es un funcionario público, la responsabilidad se agrava. Sujeto pasivo puede ser cualquiera, incluso un menor (fuera de los casos previstos en el art. 283 CP), un demente, un paralítico, una prostituta, un religioso. Cabe dentro de una privación legítima, porque siempre queda un margen de libertad. Si es un funcionario público, la responsabilidad se agrava, o puede constituir un delito especial (arts. 138, 140 CP). El consentimiento válido del sujeto pasivo excluye el delito, salvo que la duración, el modo o el fin lesionen principios de derecho público (núm. 25).

La acción consiste en privar a otro de su libertad personal, en el

sentido restringido de libertad de locomoción, de permanecer en un sitio o de trasladarse. Los medios pueden ser directos, como la coacción física, la amenaza y el engaño; o indirectos (hacer encerrar a uno por loco). Así, el conductor que se niega a detener la marcha contra la voluntad de los pasajeros (LJU: 2.919). También es medio indirecto la calumnia, pero entonces se aplicará el artículo 179 CP. El modo y la duración determinan circunstancias agravantes.

Obviamente, la privación de libertad debe ser ilegítima, ya que en ciertos casos está justificada (arts. 380 CIC; 261, 477 CC; 382 904 CPC; 44 a 46 Tratado de Montevideo). Se consuma apenas efectuada la privación de libertad personal. Es delito permanente. Admite la tentativa. Requiere el dolo. Así, no lo comete el policía que aprehende a un supuesto requerido (LJU: 2.296). Ciertos móviles agravan el delito. Con fin libidinoso, tratándose de una mujer, habrá rapto; para obtener rescate, caerá en el secuestro.

27. *Circunstancias*.—El artículo 282 CP establece varias circunstancias. Algunas están previstas en los artículos 152 y 153 C. uruguayo antiguo, 146 C. italiano antiguo, 605, inciso 2.º C. italiano, 142, incisos 1.º y 5.º C. argentino, 495 fin y 496 C. español. Acertadamente, dichos Códigos prevén por separado el “arresto ilegal”, porque el abuso de una facultad legítima es indudablemente un hecho menos grave que la privación de libertad con fines privados.

Son circunstancias agravantes especiales, que el delito de privación de libertad se cometa:

“1.º) *Por un funcionario público, o contra un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con motivo de haberlas ejercido.*”—Sobre el concepto de “funcionario público”, ver número 18. Se funda en que existe también una ofensa para la administración pública. Así, el que arresta ilegal y arbitrariamente a una persona (JAS Sup: 154). Si el funcionario lo cometiera con fin de lucro, fuera del caso previsto en el inciso 3.º, habrá cohecho calificado. No constituye abuso la prisión preventiva decretada regularmente (JAS 3.003), ni la detención en averiguaciones policiales (art. 420 CIC; decretos de 23 agosto 1939 y 24 octubre 1945).

“2.º) *Con amenazas o sevicias.*”—Sobre el concepto de amenazas, ver número 33. “Sevicia” significa crueldad excesiva, maltratamiento de orden físico. Puede concurrir formalmente con lesiones.

“3.º) *Por espíritu de venganza o con propósito de lucro, para utilizar coercitivamente los servicios del secuestrado.*”—La venganza puede ser directa o transversal. El lucro depende de la continuación del atentado, en lo que se diferencia también del secuestro, donde el lucro se obtiene por el cese del atentado.

“4.º) *Con una privación de libertad superior a treinta días.*”

“*Constituye una circunstancia atenuante especial: La devolución de su libertad al secuestrado, antes de que el Fiscal haya solicitado el arresto del autor del delito.*”—Con el fin de estimular el arrepenti-

miento, favoreciendo a la víctima. Antes se exigían otras condiciones más severas.

28. *Sustracción, o retención de menores.*—El artículo 283 CP establece: “*El que sustrajere una persona menor de dieciocho años, del poder de sus padres, tutores o curadores, o de quienes ejerzan su guarda, aunque fuera momentáneamente, o la retuviere contra la voluntad de éstos, será castigado con tres a veinticuatro meses de prisión.*” Según el artículo 284 CP: “*Constituyen circunstancias atenuantes especiales, que el delito se haya cometido: 1.º Por el padre o la madre, que no tuviere la guarda; 2.º Con consentimiento del menor, que tuviere más de quince años; 3.º Que el menor haya sido devuelto al guardador antes de que el Fiscal haya solicitado el arresto del autor del hecho.*” Conuerdan con los artículos 154 C. uruguayo antiguo, 148 C. italiano antiguo, 146 C. argentino y 498 C. español. Estos dos últimos Códigos prevén otras formas más leves, como la inducción a la fuga, que castiga nuestro artículo 248 CN. En cambio, los artículos 573 y 574 C. italiano lo encaran diversamente como un delito contra la familia.

Agente puede ser cualquiera; si lo fuera “el padre o la madre, que no tuviere la guarda”, como en los casos de divorcio, la responsabilidad disminuye. Puede concurrir con el desacato, cuando el agente se niega a entregar al hijo, mediante orden judicial. Sujeto pasivo es el menor, varón o mujer, como titular del derecho de libertad. Los padres, tutores, curadores o guardadores son los representantes legales de los menores y, como tales, según la opinión dominante, su consentimiento desvanece el delito, salvo las responsabilidades civiles. Hasta los quince años no es válido el consentimiento del menor; de quince a dieciocho años constituye una atenuante. Corresponden a los periodos penales de inmadurez absoluta y relativa (núm. 17).

El elemento material puede asumir dos formas: a) propia, cuando falta expresa o presuntivamente el consentimiento del menor, lo que importa una verdadera ofensa a la libertad; b) impropia o consensual, que más bien ofende los derechos de familia. Ambas pueden cometerse mediante sustracción o retención ilegítima. La “sustracción” consiste en el traslado del menor, separándolo de la esfera de la autoridad doméstica o tutelar. Implica siempre una acción material y no puramente moral, como lo sería la inducción a la fuga. La “retención” supone que al menor, ya en poder del agente, se le impida de manera indebida recuperar su libertad. La devolución oportuna atenúa el delito.

Se consuma apenas se efectúa la sustracción o retención, en cuyo último caso el delito tiene carácter necesariamente permanente. Admite la tentativa. Requiere el dolo. Con fin libidinoso, tratándose de una mujer, habrá raptó; para obtener rescate, caerá en el secuestro. El error de hecho sobre la edad de la víctima puede transformar o desvanecer el delito.

b) *Abusos de los funcionarios públicos.*

29. *Atentado a la libertad.*—El artículo 285 CP establece: “*El funcionario público encargado de la administración de una cárcel, que recibiere en ésta alguna persona sin orden de la autoridad competente, o que rehusare obedecer la orden de excarcelación emanada de la misma, será castigado con tres a dieciocho meses de prisión.*” Sigue el artículo 150 C. italiano antiguo, a través del artículo 156 C. uruguayo antiguo. Ambos Códigos preveían una forma indirecta de este delito, relativa al funcionario que, teniendo conocimiento de una detención ilegal, omitiere intervenir o denunciarla, absorbida actualmente por los arts. 164 y 177 CP. Concuerta también con los artículos 607 C. italiano, 143 incs. 6.º y 7.º C. argentino, 211 y 213 incisos 1.º a 3.º C. español.

Agente sólo puede ser un funcionario público especial (núm. 18), “civil o militar, cualquiera que sea su grado y categoría” —como se aclaraba antes—, encargado de la administración de una cárcel civil en sentido amplio (penitenciaria, preventiva, alcaldía). Se diferencia de la privación de libertad agravada en que la iniciativa no parte del funcionario. Sujeto pasivo sólo puede ser un preso en una cárcel. Quedan excluidos los internados en otros establecimientos, como manicomios y reformatorios (art. 128 CN). También queda afectada mediatamente la administración pública, y por eso es indiferente el consentimiento (núm. 17).

La acción consiste en: a) recibir a una persona sin orden —en sentido formal— de la autoridad competente; b) rehusar obedecer la orden de excarcelación emanada de la misma, exigiendo una negativa expresa; si se trata de una desobediencia pasiva, puede caer en omisión contumacial de los deberes del cargo.

Se consuma, en el primer caso, apenas el agente recibe indebidamente a alguno; en el segundo, desde que el preso debió ser excarcelado. Es delito permanente. En el segundo caso no se concibe la tentativa, por tratarse de un delito de omisión propia. Requiere el dolo.

30. *Abuso de autoridad.*—El artículo 286 CP establece: “*Con la misma pena será castigado el funcionario público encargado de la administración de una cárcel, de la custodia o del traslado de una persona arrestada o condenada, que cometiere con ella actos arbitrarios o la sometiere a rigores no permitidos por los reglamentos.*” Sigue el artículo 152 C. italiano antiguo, a través del artículo 158 C. uruguayo antiguo. Concuerta también con los artículos 608 C. italiano, 143, incisos 5.º y 8.º C. argentino; 213, incisos 5.º y 6.º C. español.

Sobre el agente ver número 29. También puede serlo el encargado “de la custodia o del traslado”. La calidad de los sujetos diferencia este delito del abuso genérico de funciones (JAS: 2.406). Sujeto pasivo sólo puede ser una persona arrestada o condenada. Sobre el consentimiento, ver número 29.

La acción consiste en: a) cometer actos arbitrarios, hipótesis de abu-

sos que no se refieren estrictamente a la libertad personal, suprimida del texto italiano vigente, por desbordar el contenido específico de este delito; b) someter a rigores no permitidos por los reglamentos. "Rigores" son los hechos que modifican, empeorándola, la restricción de libertad a que ya está sujeto legítimamente el arrestado o condenado. Así, el guardia de cárcel (JAS: 745), o el policía que castigan a un preso (JAS: 1935, 2.378); salvo que esté justificado por el cumplimiento del deber (LJU: 1.595) o la legítima defensa, en casos extremos (JAS: 12.708). Puede concurrir con lesiones u otros delitos. Se trata de una norma parcialmente en blanco, que deja a los reglamentos la apreciación de lo no permitido.

Se consuma desde que el agente comete los actos mencionados. Puede ser eventualmente permanente. Admite la tentativa. Requiere el dolo.

31. *Pesquisa*.—El artículo 287 CP establece: "*El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescritas por la ley, ordenare o ejecutare una inspección o registro personal, será castigado con tres a doce meses de prisión.*" Su fuente es el artículo 609 C. italiano, de redacción más simple. La rúbrica española empleada, para ponerlo de acuerdo con el artículo 22 Constitución, que declara "abolidas las pesquisas secretas", tiene un valor exegético relativo y no puede servir para extender el alcance del texto, como pretendía SALVAGNO CAMPOS en sus lecciones de clase. El artículo 155 C. uruguayo antiguo decía "pesquisa" en el texto, traduciendo mal el artículo 149 C. italiano antiguo, que se refería a "perquisizione", en el sentido de registro personal y no de averiguación.

Agente sólo puede ser el funcionario público (núm. 18), policial o judicial, que ordenare o ejecutare el acto abusivo. La hipótesis de la orden cae en los principios generales y por eso fue suprimida del texto italiano vigente. Sujeto pasivo puede ser cualquier persona inspeccionada o registrada abusivamente. Sobre el consentimiento, ver número 29.

Presupuesto común es el abuso de funciones: uso ilegítimo de facultades, toda conducta sustancial o formalmente contraria a los deberes del cargo. El giro "o sin las formalidades prescritas por la ley" es redundante, y por eso fue suprimido de los textos italianos. La acción consiste en: a) inspeccionar o reconocer a una persona, para comprobar si está herida, violada, tatuada, etc.; b) registrar o revisar a una persona o sus ropas, para buscar determinados objetos. La inspección domiciliaria abusiva está prevista por separado (núm. 38).

Se consuma desde que el agente comete los actos mencionados. Admite la tentativa. Requiere el dolo.

C) *Contra la libertad síquica.*

32. *Generalidades*.—El bien jurídico común de este grupo de delitos es la libre determinación de la voluntad, protegida contra los

actos que puedan intranquilizarla, coaccionarla o perturbarla, obrando sobre la síquis del paciente. La violencia puede ser simple (art. 290 CP) o conminatoria (art. 288 CP). En el primer caso, se trata de un ataque indirecto contra la libertad, que constituye un delito autónomo. En el segundo caso, se trata de un ataque directo y calificado. Separadamente, se prevé como delito la supresión, aun momentánea, de la libertad de autodeterminarse (art. 291 CP). Por razones lógicas seguiremos este orden. El sujeto pasivo siempre es un particular; si se tratara de auto-ridades, podrían configurarse otros delitos.

33. *Amenazas*.—El inc. 1.º del art. 290 CP establece: “*El que fuera de los casos previstos en el artículo 288 amenazar a otro con un daño injusto, será castigado con multa de cien a a dos mil pesos.*” Sigue la fórmula sencilla de los artículos 156 C. italiano antiguo y 612 C. italino vigente. Difiere de los artículos 160 C. uruguayo antiguo, 505 y 508 C. español.—El artículo 292 CP establece: “*Además de las penas establecidas en la ley, respecto del delito previsto en el artículo 290, podrá el juez condenar al autor a dar caución de no ofender.*” Medidas análogas contenían los artículos 161 C. uruguayo antiguo y 156 C. italiano antiguo (ver art. 101 CP).

Agente puede ser cualquiera. Sujeto pasivo sólo puede ser una persona física determinada, capaz de percibir la amenaza.

La acción consiste en amenazar (violencia moral). La amenaza es el anuncio de un mal, la representación de un peligro. Puede ser verbal, real o simbólica, según consista en palabras, actos o signos. Debe ser idónea o seria, subjetivamente considerada (así lo es en apariencia la que se efectúa con un revólver descargado). Es indiferente la presencia o ausencia del amenazado (así por teléfono o carta): que sea simple o esté subordinada a una condición (si pierdo el pleito, incendio tu casa); directa o indirecta (contra parientes, amigos).

El contenido de la amenaza debe ser un “daño injusto”, de acuerdo con la nueva redacción, para comprender hechos que no constituyen delitos, sino abusos. Es justo el daño amenazado en ejercicio de un derecho, en cumplimiento de un deber o en situación de legítima defensa.

Además, el daño debe ser: *a)* posible, aunque fuera indeterminado, debiendo atenderse sobre todo a su idoneidad para atemorizar; *b)* dependiente de la voluntad del agente, quedando excluidas la simple predicción o la expresión de un deseo (ojalá mueras asesinado); *c)* futuro o inminente. El daño puede ser personal o patrimonial. Su entidad funciona como agravante.

Se consuma desde que el sujeto pasivo tiene noticia de la amenaza, aunque no haya sido efectivamente intimidado. Como delito formal no admite la tentativa, salvo en el caso de amenaza escrita. Requiere el dolo específico, o sea la voluntad de amenazar a otro con un daño que se sabe injusto, con el fin de intimidarlo.

34. *Violencia privada*.—El artículo 288 CP establece: “*El que*

usare violencia o amenazas para obligar a alguno a hacer, tolerar o dejar de hacer alguna cosa, será castigado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría.” Sigue los artículos 159 C. uruguayo antiguo y 154 C. italiano antiguo. Difiere del artículo 610 C. italiano, que dice “obliga a otro”, en vez de “para lograr a alguno”, cambiando el momento consumativo. Y por la misma razón difiere del artículo 510 C. español.

Sobre los sujetos, ver núm. 33. La acción consiste en usar violencia o amenazas (queda excluido el engaño). Violencia es todo medio físico idóneo para coaccionar y que no sea simplemente amenaza, incluso la sugestión hipnótica. El exceso de violencia puede determinar un concurso con el delito de lesiones. El concepto de amenazas es el mismo del artículo 290 CP, salvo en cuanto al requisito de que el daño amenazado sea “injusto” (discutido).

Se consuma con el empleo de la violencia física o moral, aunque no se logre el propósito. Como delito formal no admite tentativa, salvo el caso de amenaza escrita. Requiere el dolo específico, o sea la voluntad de imponer a otro una conducta determinada y la conciencia de la ilegitimidad del acto. Por eso antes se aclaraba: “contra su propio derecho”, giro que se mantiene en la extorsión. Impedir un delito, un suicidio y otros casos legítimos de violencia conminatoria, son causas de justificación. El fin de ejercitar un derecho o impedir un acto meramente artijurídico, cae en la justicia privada. Fuera de ello, es indiferente que la cosa (fin mediato) sea justa o injusta, moral o inmoral, social o antisocial. Así, el beso violento, aunque sea con miras honestas (RDJA: 37-119; LJU: 589).

El boicot primario (contra el patrón) es lícito, el secundario (contra la clientela) es, generalmente, ilícito; el territorio (contra el público) es siempre ilícito. Así, configuran este delito las comunicaciones o intimaciones que los premios organizados dirigen a la clientela del industrial boicoteado (RDJA: 31-475; RCED: 3-463; JAS Sup: 358); pero no las exhortaciones hechas en un periódico gremial (RDJA: 34-43), ni el bloqueo patronal de determinadas farmacias que abaten los precios fijados (LJU: 5.311; RDPP: 37-112). También lo comete el que pega (JAS: 3.123) o insulta (JAS: 5.216) a los compañeros para compelarlos a tomar parte en una huelga.

35. *Agravantes.*—Los artículos 289 y 290, inc. 2.º, CP establecen varias circunstancias agravantes de estos delitos. Sus fuentes son los C. italianos, antiguo (arts. 154, 156) y vigente (arts. 339, 610, 611). En este último, la violencia privada para obligar a cometer un delito constituye una figura autónoma. Difiere parcialmente del sistema contenido en los artículos 159 y 160 C. uruguayo antiguo.

Son agravantes de ambos delitos, en función de los sujetos activos o de los medios empleados, que las violencias o amenazas se cometan: “*Con armas*”. Sobre el concepto de “armas”, ver núm. 199. No basta que la persona esté armada, es necesario, por lo menos, que haya

ostentado el arma, por vía intimidante, aunque sin llegar al acometimiento (LJU: 2.910).

“O *por personas disfrazadas*.” Debió estar en singular (SALVAGNO CAMPOS, RC, núm. 14, p. 159). Disfraz es toda alteración del aspecto exterior que dificulte el reconocimiento (máscara, caracterizaciones, etcétera). No queda incluida la alteración de la personalidad social y jurídica (nombre falso).

“O *por varias personas*.” Debe entenderse “reunidas”, o sea simultáneamente presentes, como se decía antes y se dice en el artículo 295, inc. 3.º, CP. Basta con dos personas, comprendiendo el ejecutor principal. Esta circunstancia excluye la aplicación de la general establecida por la ley 11.824. No requiere concierto previo.

“O *con escritos anónimos*.” Sólo la ocultación configura la agravante; antes bastaba que fuera “por escrito”. Anónimo es el escrito autógrafa o mecanografiado, sin nombre del autor u otra indicación que sirva para identificarlo. Queda equiparado el seudónimo.

“O *en forma simbólica*.”—Cualquier representación material de la amenaza, excluidas las palabras y los gestos. Se refiere solamente a la amenaza, porque la violencia no puede ser simbólica.

“O *valiéndose de la fuerza intimidante derivada de asociaciones secretas, existentes o supuestas*.”—Se refiere a las asociaciones clandestinas, sean o no delictuosas.

Es agravante especial de las amenazas, “*la gran importancia del daño con que se amenazare*”, permitiendo clasificarlas en leyes y graves, en función de su contenido, fuera de los modos ya enumerados.

Es agravante especial de la violencia privada que se efectúe “*para obligar a cometer un delito*”. Basta con dicha finalidad para configurar la agravante, pero si el sujeto pasivo de la violencia comienza la ejecución del delito o lo consuma, el coaccionante responderá también de ese delito, quedando excluida la culpabilidad del coacto.

36. *Incapacidad compulsiva*.—El art. 291 CP establece: “*El que, por cualquier medio, sin motivo legítimo, colocare a otro, sin su consentimiento, en un estado letárgico, o de hipnosis, o que importara la supresión de la inteligencia o de la voluntad, será castigado con tres a veinticuatro años de prisión*”.—Su fuente es el art. 613, C. italiano, cuya redacción se modifica, planteando problemas interpretativos al suprimir, además, lo relativo al consentimiento inválido y las agravantes.

Agente puede ser cualquiera. Sujeto pasivo sólo puede ser una persona que goce de inteligencia y de voluntad (capaz de entender y de querer), y que no consienta o no pueda consentir válidamente. En efecto, si el paciente ya estuviera privado de dichas facultades el delito sería imposible. Y mediando su consentimiento válido, únicamente podría subsistir la falta del art. 365 inc. 16.º CP, “cuando del hecho pueda derivarse un daño para el paciente”. Sobre el problema de la validez del consentimiento, ver núm. 17.

La acción consiste en colocar a otro en un estado que importara la supresión de la inteligencia o de la voluntad (o de ambas a la vez). Es indiferente que ese estado sea momentáneo o prolongado. Los medios pueden consistir en la sugestión hipnótica o en el suministro de sustancias alcohólicas o estupefacientes, como especifica el texto italiano y surge del nuestro.

Se consuma desde que el sujeto pasivo ha sido colocado en estado letárgico, de hipnosis u en otro estado de inconciencia o abulia similar. No es preciso que se derive ningún daño personal, basta con la situación de peligro insita en el hecho. Pero si del mismo se deriva, como consecuencia no querida, la muerte o lesión del sujeto pasivo, habría que encarar un concurso, respondiendo el agente por el resultado suplementario a título de culpa. En efecto, el hecho ultraintencional sólo es punible en los casos determinados por la ley (artículos 19, 319 CP), y nuestro Código no prevé expresamente, como el artículo 586 C. italiano, el caso de muerte o lesiones no queridas derivadas de un delito doloso cualquiera.

Requiere el dolo genérico. Si tiene por fin imponer determinada conducta al sujeto pasivo u obligarlo a cometer un delito, habrá violencia privada, simple u agravaða, según los casos, con las consecuencias ya indicadas. El texto italiano establece como agravantes que “la persona hecha incapaz cometiére, en ese estado, un hecho previsto por la ley como delito”, aunque el agente no se hubiera propuesto ese fin. Para nosotros, la hipótesis queda absorbida en la extensión de la penalidad, no respondiendo ninguno de los sujetos del delito cometido. El motivo legítimo justifica el hecho; así cuando se comete por un médico con fines científicos o terapéuticos.

II. DELITOS CONTRA LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO.

37. *Violación de domicilio.*—La Constitución establece: “El hogar es un sagrado inviolable. De noche nadie podrá entrar en él sin consentimiento de su jefe, y de día, sólo de orden expresa del Juez competente, por escrito y en los casos determinados por la ley” (artículo 11).

Consecuente con dicho principio, el artículo 294 CP dispone: “*El que se introdujera en morada ajena, o en sus dependencias, contra la voluntad expresa o tácita del dueño o del que hiciera sus veces, o penetrare en ella, clandestinamente o con engaño, será castigado con tres a veinticuatro meses de prisión. La misma pena se aplicará al que se mantuviere en morada ajena, contra la voluntad expresa del dueño o de quien hiciera sus veces, o clandestinamente con engaño*”. Sigue el art. 614 C. italiano, semejante al art. 157 C. italiano antiguo. Difiere de los arts. 162 C. uruguayo antiguo, 150 C. argentino y 504 C. español, sobre todo en cuanto estos Códigos no contemplan el hecho de mantenerse.

El bien jurídico protegido es con preferencia la paz doméstica, como una de las manifestaciones inseparables de la libertad individual. Agente puede ser cualquiera que no tenga algún derecho de habitación o cohabitación en los lugares indicados. Si es un funcionario público, la responsabilidad se agrava. Sujeto pasivo es el dueño o el que hiciera sus veces, en el sentido de morador actual a cualquier título, sea propietario, inquilino o tenga otra calidad. Tratándose de una convivencia jerarquizada (familia, colegio), el titular del derecho de admisión o de exclusión es el jefe, director o quienes lo representen. Así, la esposa que, en ausencia del marido, franquea la entrada a la policía (JAS: 2.671). El consentimiento del sujeto pasivo excluye el delito (núm. 17).

Los lugares protegidos son:

a) La "morada ajena".—Lugar destinado a habitación privada de una o más personas; cerrado o abierto, estable o móvil de uso permanente o transitorio; presente o ausente el morador, urbano o rural. Cuando se trate de un edificio deshabitado o de un fondo no destinado a habitación, sólo pueden cometerse los delitos de usurpación o de penetración ilegítima en fundo ajeno.

b) Las "dependencias".—Lugares mediata o inmediatamente accesorios a la morada que, sin formar parte integrante del ambiente, están destinados a su servicio o complemento y participan de su naturaleza.

El elemento material puede asumir dos formas:

a) Introducirse o sea entrar efectivamente en los lugares indicados; no asomarse, subir al tejado, etc., aunque estos hechos pueden configurar tentativa.

b) Mantenerse en dichos lugares, lo que significa tanto quedarse después de haberse introducido arbitrariamente, como negarse a salir cuando se entró legítimamente (RDJA: 41-111; LJU: 3.319).

La introducción o permanencia en los lugares indicados debe efectuarse:

a) Contra la voluntad expresa (o tácita tratándose de introducción) de quien tiene derecho a impedirlos.

b) Clandestinamente o con engaño.

Ahora no se requiere, en la primera forma, una prohibición expresa, basta que sea presumible la falta de permiso de acuerdo con las circunstancias. Así, el amante que penetra invitado por la hija o la criada (LJU: 2.379), aunque también cae en la clandestinidad. Cuando media ocultación o fraude, el hecho se presume cometido contra la voluntad del morador, mientras no se pruebe lo contrario (LJU: 1.444).

Se consuma apenas el agente se introduce o permanece en morada ajena, contra la voluntad del titular, clandestinamente o con engaño. Es delito eventualmente permanente. Admite la tentativa. Requiere el dolo. El motivo legítimo justifica el hecho; así cuando se comete para apagar un incendio, auxiliar a una persona, etc.

38. *Agravantes*.—El art. 295 CP establece varias circunstancias agravantes especiales de este delito. Algunas estaban previstas en los artículos 162 C. uruguayo antiguo, 157 C. italiano antiguo, 614 C. italiano y 504 C. español. Pero la referente a la calidad de funcionario público en el sujeto activo, constituye un delito autónomo: contra la libertad, según los arts. 163 C. uruguayo antiguo, 158 C. italiano antiguo, 151 C. argentino y 615 C. italiano; contra la Constitución, según los arts. 215 inc. 1.º y 216 C. español.

Son agravantes, en función de los sujetos activos o de los medios empleádos, que la violación de domicilio se cometa:

“1.º) *Una hora antes o una hora después de la salida o puesta del sol*”.—Suministra el concepto legal de noche, a diferencia de otros Códigos que han preferido dejarlo al criterio judicial, dada su relatividad físico-social. Debe entenderse durante el lapso comprendido entre una hora después de la puesta del sol hasta una hora antes de la salida (art. 152, Proyecto ZANARDELLI), lo que puede controlarse con los almanques solares. Correlativamente, configura un caso de legítima defensa presunta para el sujeto pasivo (art. 26 inc. 1.º fin CP). SALVAGNO CAMPOS propuso que el art. 47 inc. 12.º CP se redactará de acuerdo con este inciso (RC. núm. 14, p. 159).

“2.º) *Con violencia en la persona del morador o de sus familiares*”.—Puesto que la ley no distingue, la violencia puede ser tanto física como moral (núm. 33 y 34). Y puede ser tanto una modalidad del delito como un medio para cometerlo.

“3.º) *Con armas ostensibles o por varias personas reunidas*”.—Sobre estos conceptos ver núm. 19 y 35.

“4.º) *Por funcionario público, sin las condiciones y formalidades prescritas por las leyes*”.—Sobre el concepto de funcionario público y fundamento de esta agravante ver núm. 18 y 27. Omite mencionar el abuso de funciones —como lo hace el art. 287 CP— hecho mucho más grave que la simple falta de formalidades (núm. 31). Estos abusos sustanciales o formales sustituyen las condiciones de arbitrariedad y y disentimiento típicas del delito. Aquí la prohibición surge de la ley misma. Se refiere a las formalidades del allanamiento o inspección domiciliaria contenidas en los arts. 284 a 292 CIC. Antes la violación de domicilio cometida por funcionario público se agravaba si además “hiciera pesquisas”. En tal caso, si la pesquisa fuera personal, ahora determinaría un concurso con el delito previsto en el art. 287 CP; si fuera domiciliaria quedaría absorbida.

III. DELITOS CONTRA LA INVOLABILIDAD DEL SECRETO

39. *Clasificación*.—El bien jurídico protegido por este grupo de delitos es el secreto privado, pero en cuanto a los que afectan la libertad de correspondencia, es más bien la esfera de intimidad personal que constituye un aspecto de los derechos individuales. En cuanto a

los demás, se protege propiamente el secreto contenido en los documentos o llegado a conocimiento de terceros. Secreto en sentido literal, es lo que está oculto o debe ocultarse. En sentido jurídico, es todo lo que, por su propia naturaleza, no es ni puede ser razonablemente conocido por cualquiera. En otros lugares se protege el secreto político (art. 132 inc. 3.º CP) y administrativo (art. 163 CP).

Siguiendo el criterio combinado del objeto material y de la forma de comisión, el grupo de delitos que se refiere al secreto privado puede clasificarse de la manera siguiente: A) relativos a la correspondencia: a) intromisión (arts. 296, 297 CP); b) revelación (arts. 298, 299 CP); B) relativos a otros documentos o situaciones: a) otros documentos, intromisión (art. 300 CP) y revelación (art. 301 CP); b) otras situaciones, revelación del secreto profesional (art. 302 CP).

A) *Relativos a la correspondencia*

40. *Objeto material.*—Correspondencia, en general, es toda comunicación entre personas lejanas y determinadas por medios idóneos para transmitir el pensamiento. Puede ser escrita u oral. La escrita a su vez puede ser: epistolar (pliego, carta, tarjeta postal), telegráfica (hoja que contiene el despacho, escrito por el remitente, copiado por el empleado o impreso mecánicamente), o telefónica (fonograma, escrito por el remitente o por el empleado para ser transmitido). La oral se refiere a las comunicaciones o conversaciones telegráficas o telefónicas.

La Constitución establece: “Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier especie, son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general” (art. 28). Los delitos que vamos a tratar son una lógica consecuencia de estos principios.

a) *Intromisión.*

41. *Violación de correspondencia escrita.*—El art. 296 CP establece: “Comete el delito de violación de correspondencia el que, con la intención de informarse de su contenido, abre un pliego epistolar, telefónico o telegráfico, cerrado, que no le estuviera destinado, y el que, con el mismo fin, se apropia apodera, oculta o destruye, total o parcialmente, un pliego de igual carácter, cerrado o abierto. Este delito se castiga con 100 a 2.000 pesos de multa”.—Es semejante al artículo 616 inc. 1.º C. italiano. Concuera con los arts. 164 C. uruguayo antiguo, 159 y 160 C. italiano antiguo, 153 inc. 1.º C. argentino.

Agente puede ser cualquiera a quien no estuviero dirigida la correspondencia. Sujetos pasivos pueden ser tanto el remitente como el destinatario. El elemento material puede asumir dos formas:

a) Abrir la correspondencia cerrada, alterando con violencia o destreza la clausura (no una faja). Basta con abrir aunque no se lea. En cambio, no basta con leer al trasluz si no se abre.

b) Apropriarse, apoderarse, ocultar o destruir, total o parcialmente, correspondencia abierta o cerrada. Se consuma con las acciones indicadas, aunque no se logre el propósito. Es delito formal. Admite la tentativa. Requiere el dolo específico, o sea la voluntad conciente de cometer las acciones indicadas con el fin de informarse del contenido de la correspondencia. El motivo legítimo justifica el hecho (art. 28 CP, 417 CPM, 1.583 inc. 3.º y 1.587 CCom; 983 CPC); en cuestiones relativas al estado civil de las personas puede solicitarse testimonio de correspondencia telegráfica a Radio Comunicaciones (LJU: 2.406); el marido no tiene tal derecho sobre las cartas de su mujer (Ley 10.783, art. 1).

42. *Intercepción de noticia.*—El art. 297 CPRC establece: “*El que, valiéndose de artificios, intercepta una comunicación telegráfica o telefónica, la impide o la interrumpe, será castigado con multa de 100 a 1.000 pesos*”.—Su fuente es el art. 617, inc. 1.º C. italiano.

Agente puede ser cualquiera a quien no estuviera dirigida la comunicación. Sujetos pasivos pueden ser tanto el que hace la comunicación como el que la recibe. La acción consiste en interceptar, impedir o interrumpir una comunicación o conversación telegráfica o telefónica. En todos los casos debe ser por medios fraudulentos, no basta con aprovecharse de una situación. Se consuma desde que el agente comete las acciones indicadas. Requiere el dolo genérico (ver art. 217 CP). El motivo legítimo justifica el hecho (Leyes 8.938, art. 12: 9.575, artículos 12 y 15).

b) *Revelación*

43. *Del secreto de la correspondencia, etc.*—El art. 298 CP establece: “*Comete el delito de revelación de correspondencia epistolar, telegráfica o telefónica, siempre que causare perjuicio: 1.º) El que, sin justa causa, comunica a los demás lo que ha llegado a su conocimiento por alguno de los medios especificados en los artículos anteriores. 2.º) El que, sin justa causa, publica el contenido de una correspondencia, epistolar telegráfica o telefónica que le estuviera dirigida y que, por su propia naturaleza debiera permanecer secreta. Este delito será castigado con 100 a 1.000 pesos de multa*”.—Sus fuentes con los artículos 161 C. italiano antiguo, 630 y 631 Proyecto Rocco. Concuera con los arts. 153 inc. 2.º y 155 C. argentino. El inc. 1.º concuerda con los artículos 615 inc. 2.º y 617 inc. 2.º C. italiano.

Primera hipótesis.—Agente puede ser cualquiera a quien no va dirigida la correspondencia o la comunicación, conocidas dolosamente. Si fuera una persona adscripta al servicio, la responsabilidad se agrava. Sujetos pasivos pueden ser tanto el remitente como el destinatario, tanto el que hace la comunicación como el que la recibe. La acción

consiste en comunicar el contenido que se obtuvo dolosamente, o sea revelarlo a una o varias personas determinadas. La responsabilidad se agrava en función del objeto o del delito.

Segunda hipótesis.—Agente sólo puede ser el destinatario de la correspondencia, porque viola el derecho del remitente. Sujeto pasivo es el remitente. Objeto material es una correspondencia que, por su propia naturaleza (familiar, privada, inédita, confidencial), debiera permanecer secreta. La acción consiste en publicar el contenido, o sea difundirlo por cualquier medio idóneo para que llegue a conocimiento de un número indeterminado de personas. La responsabilidad se agrava también en función del objeto o del medio.

Elementos comunes.—Condición objetiva de punibilidad, en ambas hipótesis, es el daño real (no potencial), público o privado, económico o moral, en relación de causalidad material con la comunicación o publicación. Se consuman cuando el perjuicio se verifica. Requieren el dolo, o sea la voluntad conciente de cometer las acciones indicadas sin justa causa. Justa causa es la prevista por las leyes, el consentimiento del interesado, la defensa del derecho propio o ajeno, la razonablemente creída justa, etc.

44. *Agravantes.*—El art. 299 CP establece varias circunstancias agravantes “de este delito”, pareciendo referirse únicamente al artículo 298 CP. La primera constituye un delito autónomo: contra la libertad, según los arts. 166 C. uruguayo antiguo, 162 C. italiano antiguo, 619 y 620 C. italiano, 154 C. argentino; contra la Constitución, según los arts. 218 a 220 C. español, Las demás no tienen concordancia.

En función de los sujetos activos, el objeto o los medios, son agravantes de este delito:

“1.º) *El que fuera cometido por persona adscripta al servicio postal, telegráfico o telefónico*”.—Esta fórmula amplia comprende a todos los que intervienen en el ciclo postal, sean o no empleados de correos, y a los concesionarios. Se funda en que también existe una violación de los deberes del cargo.

“2.º) *Que se tratase de correspondencia oficial*”.—Se refiere al carácter de la correspondencia (público) y no al medio de remitirla (correo).

“3.º) *Que la revelación se efectuare por medio de la prensa*”.—Por su permanencia y difusión este medio puede aumentar el perjuicio causado (núm. 22).

B) *Relativos a otros documentos o situaciones*

45. *Objeto material.*—Son los documentos públicos o privados que, por su propia naturaleza, debieran permanecer secretos (núm. 43) y que no constituyan correspondencia (núm. 40), para contemplar la referencia constitucional a los “papeles de los particulares” (art. 28).

Y también el secreto advertido por terceros o confiado a ellos en diversas situaciones de necesidad.

a) *Otros documentos*

46. *Conocimiento*.—El art. 300 CP establece: “*El que, por medios fraudulentos, se enterare del contenido de documentos públicos o privados, que por su propia naturaleza debieran permanecer secretos, y que no constituyeran correspondencia, será castigado, siempre que del hecho resultaren perjuicios, con multa de 100 a 1.000 pesos*”.— Su fuente es el art. 634 Proyecto Rocco.

Agente puede ser cualquiera que se haya enterado por medios fraudulentos, particular o funcionario, e incluso el legítimo depositario. Sujeto pasivo puede ser cualquier persona física o jurídica que tenga legítimo interés en la conservación del secreto documental. La acción consiste en enterarse del contenido por medios fraudulentos, no basta la simple falta de delicadeza. El perjuicio es condición objetiva de punibilidad (núm. 43). Se consuma cuando el perjuicio se verifica. Requiere el dolo.

47. *Revelación*.—El artículo 301 CP establece: “*El que, sin justa causa, revelare el contenido de los documento que se mencionan en el artículo precedente, que hubieren llegado a su conocimiento por los medios en él establecidos o en otra forma delictuosa, será castigado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría*.” Su fuente es el artículo 621 C. italiano.

Sujetos activo y pasivo son los mismos del artículo anterior. La acción consiste en revelar el contenido, que se conoció por medios fraudulentos o en otra forma delictuosa. Si fue por medios lícitos, tratándose de un funcionario público, podría haber revelación del secreto administrativo. La Ley 10.293, artículo 72, castiga con las penas del artículo 301 CP a los que violaren el secreto de los datos estadísticos o utilizaren los datos recogidos en provecho propio o ajeno. Omite mencionar la condición del perjuicio que exigen el artículo anterior y la fuente italiana del presente. Requiere el dolo, o sea la voluntad consciente de cometer la acción indicada sin justa causa (núm. 43).

b) *Otras situaciones*.

48. *Revelación del secreto profesional*.—El artículo 302 CP establece: “*El que, sin justa causa, revelare secretos que hubieran llegado a su conocimiento en virtud de su profesión, empleo o comisión, será castigado, cuando el hecho causare perjuicio, con multa de cien a dos mil pesos*.” Sus fuentes son los artículos 163 C. italiano antiguo y 156 C. argentino. Presenta diferencias con los artículos 622 y 623 C. italiano, 513 y 514 C. español. El artículo 210, inciso 1.º, C. uruguayo antiguo sólo contemplaba como una forma de prevaricato.

Agente sólo puede ser el que ejerce una profesión, empleo o comisión. Profesión es toda actividad intelectual o manual ejercida en servicio de otros, principalmente con fines de lucro. Empleo es todo ejercicio de actividades privadas o públicas, salvo las inherentes a una función pública propiamente dicha. Comisión es el encargo dado a otra persona para ocuparse de un asunto determinado. Sujeto pasivo puede ser cualquier persona física o jurídica que tenga legítimo interés en el mantenimiento del secreto. Objeto material es el secreto (número 39), que puede referirse tanto a la persona física como moral, a las relaciones familiares, políticas, religiosas, económicas, comerciales, e incluso a los procedimientos industriales (JAS: 13.000). No requiere confidencia, basta que sea advertido; ni pedido de reserva.

La acción consiste en revelar de cualquier manera el secreto profesional en sentido amplio. Condición objetiva de punibilidad es el daño real. Se consume cuando el perjuicio se verifica. Requiere el dolo, o sea la voluntad consciente de cometer la acción inculcada sin justa causa. Sobre todas estas nociones, ver número 43.

La obligación de reserva no es absoluta y a veces puede entrar en conflicto con la obligación de denunciar, problema que el codificador no puede resolver caso por caso (RC, núm. 10, p. 117, 132). Así, ciertas normas imponen el secreto (arts. 227, inc. 2.º, CIC; 340, inc. 3.º, 4.º, 5.º, y 407 CPM; 150 CPC; 40, 129 CN), mientras que otras obligan a denunciar los hechos delictuosos, con ciertas condiciones (artículo 360, inc. 10.º CP; Ley 9.763, art. 3.º), o dispensan del secreto (art. CCom). Hay justa causa cuando el médico relata la enfermedad del paciente en el juicio por cobro de honorarios (LJU: 1.573); el secreto bancario tiene sus límites (LJU: 4.056) y, pese a lo dispuesto por la Ley 11.924, artículo 79, no ampara las cuentas impersonales cuando median razones de orden público (LJU: 5.042).

IV. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD POLÍTICA

49. *Objeto material.*—Derechos políticos son no sólo los electorales activos y pasivos a que se refiere el artículo 79 CP, sino todos aquellos mediante los cuales el ciudadano concurre al ejercicio de la soberanía, como los de petición, referéndum e iniciativas. Pero el objeto material del artículo supletorio contenido en este capítulo es cualquier derecho político que “no se hallare previsto por disposiciones especiales”, es decir, con excepción de los derechos electorales previstos por las Leyes 7.690 de Registro Cívico y 7.812 de Elecciones. Los atentados contra el libre ejercicio de las funciones públicas son castigadas por otras disposiciones (arts. 142, 143, inc. 2.º, 171 CP).

50. *Atentados políticos.*—El artículo 303 CP establece: “*El que con violencia o amenazas, impidiere o coartare el ejercicio de cualquier derecho político, cuando el hecho no se hallare previsto por disposiciones especiales, será castigado con destierro de dos a seis años.*”

Su fuente es el artículo 139 C. italiano antiguo. Difiere del artículo 146 C. uruguayo antiguo en cuanto éste era una disposición transitoria (JAS Sup: 259) y consideraba agravante especial la calidad de funcionario público. Difiere también del artículo 294 C. italiano. SALVAGNO CAMPOS acepta la indicación de rebajar el mínimo de la pena (RC, núm. 14, p. 159).

Agente puede ser cualquiera; si es funcionario público se aplica la agravante general. Sujeto pasivo puede ser cualquier particular que ejercite un derecho político. La acción consiste en impedir o coartar, o sea impedir total o parcialmente el ejercicio de un derecho político no exceptuado. El impedimento puede ser transitorio o permanente. No basta la simple perturbación. No está contemplada la hipótesis de determinar a ejercer un derecho político en sentido contrario a la voluntad del titular, que cae en la violencia privada, incongruencia salvada por el nuevo texto italiano. Los medios empleados tienen que ser taxativamente la violencia o la amenaza (núms. 33 y 34). No se prevé el engaño, como lo hace más racionalmente el C. italiano. Se consuma al impedir o coartar el mencionado ejercicio. Admite la tentativa. Requiere el dolo específico, o sea la voluntad consciente de cometer la acción indicada, fin que lo distingue de la violencia privada.

V. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE CULTOS Y EL SENTIMIENTO RELIGIOSO

51. *Clasificación.*—Este grupo de delitos puede clasificarse de la manera siguiente: A) relativos a la libertad de cultos: a) sobre los actos (art. 304 CP); b) sobre las cosas (art. 305 CP); c) sobre las personas (art. 306 CP); B) relativos a la piedad de los difuntos: a) con propósito de vilipendio (arts. 307, 308 CP); b) sin propósitos de vilipendio (art. 309 CP).

a) *Relativos a la libertad de cultos*

52. *Generalidades.*—La Constitución establece: “Todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay. El Estado no sostiene religión alguna...” (art. 5). Consecuente con dichos principios, esta parte del capítulo protege las libres manifestaciones de la religión, en cuanto a los actos, las cosas y las personas. Culto es el complejo de actos rituales mediante los que una religión se desarrolla y exterioriza. Religión es el conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, de normas de conducta y de prácticas para darle culto. La ley se refiere a los “cultos tolerados”, en el sentido de legítimos, cuando no son contrarios al orden público ni a las buenas costumbres, sin necesidad de previo permiso. La ofensa al culto puede recaer:

53. a) *Sobre los actos.*— El artículo 304 CP establece: “*El que impidiere o perturbare, de cualquier manera, una ceremonia religiosa,*

el cumplimiento de un rito o un acto cualquiera de alguno de los cultos tolerados en el país, en los templos, en los lugares abiertos al público, o en privado, pero en este último caso con la asistencia de un ministro del culto, será castigado con tres a dieciocho meses de prisión." Su fuente es el artículo 405 C. italiano. Concuerta con los artículos 147 C. uruguayo antiguo, 140 C. italiano antiguo, 237, 238, inciso 2.º, 240, inciso 2.º y 241 C. español.

Agente puede ser cualquiera, pero siendo más de cuatro habrá asonada. Sujetos pasivos son los fieles en general. Objeto material son los actos constitutivos del culto, funciones o "ritos" (misa); complementarios o "ceremonias" (funeral); o de otra índole (peregrinación). Los lugares protegidos son tanto públicos como privados, pero en este último caso tiene que ser "con la asistencia", o sea la intervención, de un ministro del culto. "Templo" es todo lugar destinado al ejercicio de un culto (iglesia, atrio, sacristía). "Lugares abiertos al público" son los que tienen este destino (teatros). No se requiere publicidad actual y efectiva. La acción puede consistir tanto en impedir (obstaculizar al comienzo o determinar el cese), como en perturbar (trastornar el desarrollo) los actos indicados. Los medios son indiferentes. Se consuma apenas se verifica el impedimento o la perturbación. Admite la tentativa. Requiere el *color* (en lo que se diferencia de la falta del art. 360, inc. 1.º, CP), pero no el fin específico de ofender al culto.

54. b) *Sobre las cosas.*—El artículo 305 CP establece: "*El que, de cualquier manera, con palabras o con actos, incluso el deterioro o la destrucción, ofendiere alguna de las religiones toleradas en el país, ultrajando las cosas que son objeto de culto, o que sirven para su ejercicio, en los lugares destinados al culto, siempre que la ofensa se efectuare públicamente o revistiese por su notoriedad un carácter público, será castigado con seis a veinticuatro meses de prisión.*" Aglutina las formas contenidas en los artículos 148, 149, incisos 1.º y 3.º C. uruguayo antiguo. Concuerta parcialmente con los artículos 142 y 143 C. italiano antiguo, 404 C. italiano, 240, incisos 3.º y 4.º C. español.

Sujetos activo y pasivo son los mismos del delito anterior. Objeto material son las "cosas" a las que se tributa culto (imágenes), o "que sirven para su ejercicio" ritual (cálices). Los lugares protegidos son los "destinados al culto", sean públicos o privados (oratorio). IRURETA GOYENA observó que en el original existe la expresión "o los lugares mismos", después de "en los lugares destinados al culto". Conviene restablecerla, pues la ofensa al culto puede llevarse a cabo por el ultraje a los lugares en sí mismos, sin ultraje a los objetos del culto (RC, núm. 14, p. 159). La acción consiste en ofender alguna de las religiones toleradas en el país, a través de los objetos indicados. Los medios son indiferentes (palabras, actos), "incluso el deterioro o la destrucción, salvo que, por falta de otros requisitos, sólo configure

daño. El modo debe ser público o notorio. Se consuma apenas se verifica la ofensa. Admite la tentativa. Se quiere el dolo específico.

55. c) *Sobre las personas.*—El artículo 306 CP establece: “*El que, de cualquier manera, ofendiere alguno de los cultos tolerados en el país, ultrajando públicamente a sus ministros o a las personas que profesan dicho culto, será castigado con tres a doce meses de prisión.*” Su fuente es el artículo 403 C. italiano. Concuere con los artículos 149, inciso 2.º C. uruguayo antiguo, 141 y 142 C. italiano antiguo, 240, inc. 1.º C. español.

Agente puede ser cualquiera. Sujetos pasivos pueden ser: a) los “ministros”, o sean los que ejercen funciones esenciales del culto en una asociación religiosa (sacerdotes); b) uno o varios fieles determinados. La acción consiste en ofender alguno de los cultos tolerados en el país, a través de las personas. Los medios son indiferentes. El modo debe ser público. Se consuma apenas se verifica la ofensa. Admite la tentativa. Requiere el dolo.

B) *Relativos a la piedad de los difuntos*

a) *Con propósito de vilipendio*

56. *De cadáveres.*—El artículo 307 CP establece: “*El que vilipendiere un cadáver, o sus cenizas, de cualquiera manera, con palabras o con hechos, será castigado con seis meses de prisión o cuatro años de penitenciaría. Son circunstancias agravantes especiales de este delito que el vilipendio se realice por exhumación, deformación, mutilación del cadáver, sustracción u ocultación del cadáver o de sus cenizas y también por profanación sexual del cadáver.*” Aglutina las formas contenidas en los artículos 410 a 412 C. italiano, pero requiriendo en todos el ánimo de vilipendio. Concuere con los artículos 150, inciso 1.º C. uruguayo antiguo y 144, inciso 1.º C. italiano antiguo.

Agente puede ser cualquiera. Sujeto pasivo es la sociedad. Objeto material es “un cadáver o sus cenizas”. Por cadáver se entiende el cuerpo de una persona muerta o nacida sin vida, aunque le falte alguno de sus miembros (no feto, esqueleto, pieza anatómica, momia), sepultalo o no y cualquiera sea el lugar en que se encuentre. Cenizas son los restos humanos o el producto de su combustión. La acción consiste en vilipendiar los objetos indicados, es decir, algo más que ofender, demostrar que se tiene la cosa por vil. Los medios son indiferentes (palabras, hechos). Pero si las palabras no son pronunciadas en presencia de los objetos, sino “contra la memoria de un muerto”, habrá difamación o injuria y los ofendidos serán el cónyuge o los parientes próximos. Ciertos modos, como la exhumación, etc., constituyen circunstancias agravantes especiales. Se consuma al cometer los actos vilipendiosos. Admite la tentativa. Requiere el dolo específico,

o sea el propósito de vilipendiar. En consecuencia, no corresponde imputar este delito en concurso real con el de homicidio o infanticidio, cuando el agente oculta el cadáver con el fin de asegurar su impunidad (RDJA: 52-63; RDPP: 27-161). La inhumación contrariando disposiciones sanitarias constituye la falta del artículo 364, inciso 1.º CP.

57. *De sepulcros.*—El art. 308 CP establece: “*El que ejecutare actos de vilipendio, sobre una tumba, o sobre una urna, o sobre las cosas destinadas a su defensa u ornato, o al culto de los muertos, menoscabando la integridad o la estética de los miembros, o mediante su violación o con leyendas e inscripciones injuriosas, será castigado con seis meses de prisión a cinco años de penitenciaría*”.—Aglutina las formas contenidas en los arts. 407 y 408 C. italiano, pero requiriendo en todas el ánimo de vilipendio. Concuerta con los arts. 151 C. uruguayo antiguo y 143 C. italiano antiguo.

Sujetos son los mismos del artículo anterior. Objeto material son las “tumbas” o sepulcros, “las cosas destinadas a su defensa o culto” (verjas, estatutos, lápidas, vasos, cruce), etén o no en los cementerios. La acción consiste en ejecutar actos de vilipendio sobre los objetos indicados. Los medios son diferentes, pero los modos han de ser el menoscabo, la violencia o la inscripción injuriosa. Requiere también el dolo específico.

b) *Sin propósito de vilipendio*

58. *De cadáveres.*—El art. 309 CP establece: “*La sustracción, mutilación o exhumación de un cadáver, la exhumación o sustracción de sus cenizas, determinadas por móviles de piedad, de veneración, de amor, de investigación científica, serán castigadas con tres a dieciocho meses de prisión. La pena será elevada al doble, cuando tales hechos se efectuaran con fines de lucro*”.—Su fuente es el art. 413 C. italiano, pero contempla además otros móviles. Concuerta con los arts. 150 inciso 2.º C. uruguayo antiguo y 144 inc. 2.º C. italiano antiguo.

Sujetos son los mismos de los artículos anteriores. Objeto material es el mismo del art. 307 CP. La acción consiste en sustraer, mutilar o exhumar los objetos indicados. Se consuma con dichos usos ilegítimos. Admite la tentativa. Requiere el dolo específico, o sean los móviles de piedad, veneración, amor, investigación (forma simple), o lucro (forma calificada), que distingue este delito del vilipendio de cadáveres.

A B R E V I A T U R A S

CP: Código Penal Uruguayo de 1933.

CPM: Código Penal Militar.

CIC: Código de Instrucción Criminal.

CC: Código Civil.

CCom: Código de Comercio.

CN: Código del Niño.

CPC: Código de Procedimiento Civil.

C. Uruguayo antiguo: Código Penal Uruguayo de 1889.

C. Italiano antiguo: Código Penal Italiano de 1889.

C. Italiano: Código Penal Italiano de 1930.

C. Español: Código Penal Español de 1870.

C. Argentino: Código Penal Argentino de 1921.

JAS: Jurisprudencia Abadie-Santos.

LJU: La Justicia Uruguaya.

RC: Revista de Criminología.

RCER: Revista del Centro Estudiantes de Derecho.

RDJA: La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración.

RDPP: Revista de Derecho Público y Privado.

La revisión penal

(Anteproyecto de reforma)

FEDERICO CASTEJON
Magistrado y Catedrático jubilado

El grave problema de la revisión penal se considera en las líneas que siguen como instituto procesal con relieve social y, en cierto modo, político y con el alcance de reforma legislativa que se propugna.

También ha sido estudiado por el autor de este trabajo como remedio al llamado "error judicial", tema propuesto por el Comité de Cultura del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. El resumen de las intervenciones de los profesores y abogados señores Mosquete, Barrera, Puig Peña y Del Rosal se publicó en el "Boletín" de dicho Ilustre Colegio, número abril-junio 1962, pág. 123, con el título "Comité de Cultura. Sesión celebrada por la Comisión designada para redactar un proyecto de ponencia acerca del "error judicial", bajo la presidencia del autor de estas líneas, entonces Magistrado del Tribunal Supremo" (1).

Falta acometer, y así se propone hacerlo el autor del presente estudio, en tiempo próximo, el examen del recurso extraordinario de revisión penal, con nueva naturaleza de recurso "ordinario" y con

(1) La bibliografía sobre el error judicial es extensísima, tanto en lo jurídico como en lo literario. En aquel campo se limita esta cita al artículo mencionado y a las obras de Bernard, Carrara, Labra, Lailler, London, Jiménez de Asúa, Pescatore y otros; la conferencia de von Weber sobre "El error judicial en el derecho alemán" (Instituto de Estudios Jurídicos de Madrid, 1953); las opiniones de Asau, Cossio, Ure y Mons. G. Franceschi en "Revista Penal de La Habana", VIII, 1957, pág. 125; la conferencia del profesor Amadeo sobre "Revisión" en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1957, número enero-abril, pág. 252; y los artículos de "Nueva Enciclopedia jurídica Española", tomo VIII, pág. 689 (de Jiménez Asenjo) y del "Novissimo Digesto italiano", tomo VI, vocablo "Errore giudiziario". Véase también en Castejón, "Proyecto de Tribunal penal internacional" (Madrid, 1960), el art. 52 del proyecto y su nota.

Cons., además, RANIERI (*Manuale de diritto processuale penale*, Padova, 1956, pág. 409); JANNITTI PIROMALLO, *La revisione dei giudicati penali Roma* (S. a.); BERENINI, en su art. "Revisione" del *Nuovo Digesto italiano* (Torino, 1939, tomo 11, pág. 526); SCHWINGE, *Grundlagen des Revisionsrechts* (Bonn, 1935), y las opiniones de PRIETO CASTRO, *Manual de Derecho civil*, Madrid, 1959, tomo I, pág. 354; GUASP, en *Derecho procesal civil* (Madrid, 1956, página 1617), y VIADA, *Curso de Derecho procesal penal*, Madrid, 1964, III, 289.

carácter de único en el proceso, pero ejercitable repetidamente en el mismo asunto, contra la resolución del juez instructor dictada en forma provisional y ejecutable "ipso facto", en todos los procedimientos sobre accidentes de circulación o tránsito, salvo si el autor del hecho auxilió a la víctima o la indemnizó en cantidad previamente señalada de modo oficial. Con ello se pretende hacer frente al enjuiciamiento y decisión de la ingente masa de "casos" que desbordan las posibilidades de actuación de los Tribunales de lo criminal en todo el mundo y, singularmente de la casación penal, que debe emprender la vía de la "interpretación preventiva", que comienza a abrirse paso, sobre todo en Europa.

La justicia penal, en su realización práctica, comprende tres elementos de diferente categoría, y respecto a cada uno de ellos exige, como garantía del justiciable, un distinto medio de impugnación.

Primero. La Ley penal aplicada, que debe ser materia de la casación penal, una vez liberada ésta de la nefasta influencia de la casación civil, por ser invalorable los bienes entregados a aquélla (honor, libertad y vida) frente a los intereses, en su mayoría económicos, que ésta discute. Abstracción hecha de las tendencias de limitar la casación penal a la interpretación "preventiva" e incluso de propugnar su desaparición, por adoptarse los principios de peligrosidad en lo sustantivo y de medida de seguridad reformable en lo penitenciario.

Segundo. El procedimiento, cuyas faltas se relegan a un recurso de nulidad ante la Audiencia, con apelación escrita ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, siguiendo los artículos 224 y 763 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

Tercero. El hecho, de importancia capital para el justiciable, por lo que se somete a un recurso de revisión, que puede repetirse y que modera el dogma civilístico de la cosa juzgada que, en lo privado, pone fin al debate para aquietar a los litigantes y hasta para dar comodidad al juzgador. Pero en lo penal se admite, aun después de muerto el conderado, para rehabilitar su memoria (arts. 854 y 961 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y art. 976 del Código de Justicia Militar).

Otros fines de la reforma son:

Realzar la dignidad de la casación penal, limitándola a su estricta misión de defensa de la Ley y del texto y del espíritu de la misma.

Permitir la revisión del hecho, de acuerdo con los progresos de las ciencias criminológicas y el respeto debido al justiciable, que hoy no puede impugnar el hecho probado por su intangibilidad.

* * *

La tractación práctica del error judicial, en relación con la reforma del recurso de revisión en el derecho actual de España, se presenta como innovación dirigida a remover la intangibilidad del fallo, basado:

en autoridad de cosa juzgada, pero en el derecho futuro, en un Código penal basado en la peligrosidad y las medidas de seguridad y en un procedimiento a base de acuerdos provisionales y revisables periódicamente, el error, si tiene cabida, será muy escaso y siempre remediabile.

La tractación teórica del problema del error judicial obliga a enfocarlo en diferentes aspectos.

El error judicial es una clase del error profesional genéricamente considerado, que, por derivar de las actividades oficiales en el ejercicio del poder del Estado y producirse en la vida pública, se le atribuye una trascendencia mayor que a otros errores de carácter profesional que causan igualmente daño o sufrimiento a los individuos.

Como toda actuación humana con reflejos sociales, hay que considerar causa y remedio y, por darse específicamente en un proceso, debe estudiarse también el procedimiento para restablecer la exactitud histórica o material que exige todo procedimiento ante los Tribunales y que, en este caso, se concreta a la jurisdicción criminal.

Entre estos distintos aspectos en que debe ser considerado el error judicial, puede comprender los siguientes:

En lo conceptual, según las enseñanzas de la filosofía y de la lógica.

En lo real, o sea en cuanto al hecho, la historia, por lo que se refiere a tiempos pasados, y la sociología, en lo que se refiere a lo actual.

Como problema técnico, debe estudiarse el Derecho sustantivo atinente al error judicial, y el derecho procesal que afecta al procedimiento tanto rescindente como rescindible.

Y, por último, la finalidad que guía en el examen del tema, sea positiva, sea crítica, sea constructiva, que es la deseable, con examen de causas del error judicial, remedios del mismo y procedimiento para llevar estos remedios a la práctica.

Como formulación práctica de los principios que se sostienen en las líneas anteriores se presenta la siguiente:

Propuesta de Ley de reforma del título segundo del libro 5.º de la Ley de Enjuiciamiento criminal vigente. (Comprende los artículos 944 a 961.)

Nota. El articulado que se inserta lleva la mención de (Nuevo) si no tiene precedentes en la Ley actual o (entre paréntesis) la referencia de los artículos actualmente en vigor. Para distinguir la parte modificada de la parte que sigue vigente figuran en mayúsculas los conceptos o vocablos nuevos que se introducen como reforma en el texto actual.

El paréntesis en blanco () en el texto de los artículos significa que se ha suprimido una o más palabras que, en ese lugar, consigna la Ley de Enjuiciamiento criminal en vigencia.

Título II.

Del recurso de Revisión.

Art. 944 (Nuevo). PODRA FUNDARSE LA REVISION EN LA RECTIFICACION DE PRUEBA YA PRACTICADA, EN LA APORTACION DE CUALQUIER MEDIO DE PRUEBA NO UTILIZADO ANTERIORMENTE O EN PRUEBA DE INDICIOS SOBRE ELEMENTOS NO ADUCIDOS CON ANTERIORIDAD.

Art. 955 (Nuevo). NO SERA NECESARIO PARA LA ADMISION A TRAMITE DEL RECURSO DE REVISION QUE SE HAYAN AGOTADO LOS RECURSOS ORDINARIOS CONTRA LA RESOLUCION DE QUE SE TRATA.

Art. 946 (Nuevo). NO SE ADMITIRA RECURSO DE REVISION POR NINGUN MOTIVO SI EL INTERESADO EN LA REVISION HUBIERE ENTABLADO RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA DICTADA EN LA CAUSA DE QUE SE TRATE.

Este artículo de tanta gravedad como importancia, tiende a restituir a cada recurso su verdadero sentido. O se discute el hecho, y entonces es revisión pura, o se debate sobre el derecho aplicado, y entonces se trata de casación estricta. En manos del interesado está seguir uno u otro camino. Pero ha de tener en cuenta que si ha seguido el de la casación, la sentencia pronunciada no será posteriormente modificada, o sea que quedará irrevocable. Porque la casación sólo debe fundarse en un hecho tenido por cierto, incluso por la propia parte reclamante.

Art. 947 (955 y 961). El recurso de revisión podrá promoverse por los penados y por sus cónyuges, descendientes, ascendientes y hermanos (), aun cuando haya fallecido el CONDENADO (), con objeto de rehabilitar su memoria ().

Art. 948 (Nuevo). EL RECURSO DE REVISION SE PLANTEARA ANTE EL TRIBUNAL INMEDIATO SUPERIOR AL QUE DICTO LA RESOLUCION QUE SE TRATA DE REVISAR.

Art. 949 (Nuevo). SERAN COMPETENTES PARA TRAMITAR Y RESOLVER EL RECURSO DE REVISION:

EL JUEZ DE INSTRUCCION PARA LOS ASUNTOS PROCEDENTES DE LOS JUZGADOS DE PAZ, COMARCALES Y MUNICIPALES DE SU PARTIDO.

LA AUDIENCIA PROVINCIAL PARA LOS DE LOS JUZGADOS DE INSTRUCCION DE LA RESPECTIVA PROVINCIA.

LA AUDIENCIA TERRITORIAL PARA LOS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE SU DISTRITO.

EL PLENO DE MAGISTRADOS DE LA SALA SEGUNDA PARA LOS DE LA MISMA SALA.

Art. 950 (Nuevo). LA REVISION SE FORMULARA EN ESCRITO FIRMADO POR LETRADO Y PROCURADOR, EN EL QUE SE EXPONDRAN LOS HECHOS EN QUE SE FUNDO LA RESOLUCION REVISABLE, LA FUNDAMENTACION Y FALLO DE ESTA, LOS MOTIVOS DE IMPUGNACION Y LAS PRUEBAS ADUCIDAS COMO NUEVAS, ASI COMO LA PETICION CORRESPONDIENTE.

Art. 951 (Nuevo). AL ESCRITO DE QUE SE HABLA EN EL ARTICULO ANTERIOR SE ACOMPAÑARA DEPOSITO DE CUANTIA IGUAL A LA EXIGIDA PARA EL DE CASACION SI SE PRESENTA AL TRIBUNAL SUPREMO, LA MITAD EN LA AUDIENCIA TERRITORIAL LA CUARTA PARTE EN LA AUDIENCIA PROVINCIAL Y LA OCTAVA PARTE EN EL JUZGADO DE INSTRUCCION.

TAMBIEN SE ACOMPAÑARAN TANTAS COPIAS COMO PARTES INTERVINIERON EN EL PROCEDIMIENTO ANTERIOR.

Art. 952 (Nuevo). DEL ESCRITO DE INTERPOSICION SE CONFERIRA TRASLADO POR PLAZO DE QUINCE DIAS, PARA ALEGACIONES Y PROPOSICIONES DE PRUEBAS O REMISION A LAS PRACTICADAS ANTERIORMENTE EXPRESANDO QUE SE ESTIMA NECESARIO O NO QUE SEAN PRACTICADAS DE NUEVO.

Art. 953 (Nuevo). CON ESCRITO DE LAS PARTES O SIN ELLOS, EL TRIBUNAL SUPREMO RESOLVERA SOBRE LA ADMISION INTENTADA Y DE LOS MEDIOS DE PRUEBA QUE, SIN LIMITACION ALGUNA, SE HAYAN PROPUESTO, Y DISPONDRA LO NECESARIO PARA QUE LA PRUEBA ADMITIDA SEA PRACTICADA CON ANTERIORIDAD AL DIA SEÑALADO PARA LA CELEBRACION DEL JUICIO, SI FUERE DE TEMER QUE NO PUEDA PRACTICARSE EN ESTE.

Art. 954 (Nuevo). EL JUICIO DE REVISION SE CELEBRARA COMO EL JUICIO ORAL, SIN NECESIDAD DE REPRODUCIR LAS PRUEBAS ANTERIORMENTE PRACTICADAS, SI EL TRIBUNAL ASI LO RESUELVE, EN CUYO CASO CONCEDERA A LAS MISMAS EL VALOR QUE EN CONCIENCIA ESTIME QUE DEBA ATRIBUIRLES.

Art. 955 (Nuevo). EL TRIBUNAL PODRA ADMITIR Y PRACTICAR TODA CLASE DE PRUEBAS QUE SE LE PRESENTEN HASTA LA CELEBRACION DEL JUICIO Y DURANTE ESTE, SIN LIMITACION ALGUNA, DESPUES INFORMARA EL PROPONENTE DE LA REVISION Y LAS DEMAS PARTES PERSONADAS, Y, POR ULTIMO, EL FISCAL.

Art. 956 (Nuevo). EL TRIBUNAL PUEDE ACORDAR, DE OFICIO, LA PRACTICA EN EL ACTO DEL JUICIO, O PARA

MEJOR PROVEER DE TODA CLASE DE PRUEBAS Y OIR A LOS INTERESADOS, PROCESADOS, ABSUELTOS, DENUNCIADOS, CONDENADOS O PERJUDICADOS Y SUS REPRESENTANTES LEGALES, HEREDEROS Y DEFENSORES, ASI COMO A PERITOS, CUANTAS VECES LO CONSIDERE UTIL.

Art. 957 (958). LA SENTENCIA DE REVISION ANULATORIA DE LA IMPUGNADA PODRA CONTENER AL ARBITRIO DEL TRIBUNAL, LA ABSOLUCION O LA CONDENADA SOLICITADA O LA REAPERTURA DEL PROCESO, PARA QUE, POR LOS TRAMITES DEL PLENARIO, SE CELEBRE NUEVO JUICIO Y SE DICTE NUEVA SENTENCIA POR EL TRIBUNAL QUE PRONUNCIO LA REVISADA (1).

Art. 958 (Nuevo). SI LA SENTENCIA DESESTIMA LA REVISION CONDENARA A LA PERDIDA DEL DEPOSITO Y, SI NO SE HUBIERA CONSTITUIDO, A UNA MULTA CONVERTIBLE EN APREMIO PERSONAL.

TAMBIEN CONDENARA EN COSTAS, CUYA CUANTIA FIJARA EN CANTIDAD ALZADA EL MISMO TRIBUNAL.

Art. 959 (Nuevo). LA SENTENCIA SERA DICTADA EN PLAZO DE DIEZ DIAS. CONTRA DICHA SENTENCIA SOLO PODRA INTERPONERSE RECURSO DE NULIDAD POR DEFECTO DE FORMA, SALVO LA FACULTAD DE PROPONER POSTERIORES REVISIONES PASADO UN AÑO DE LA FECHA DE LA DENEGACION DE LA ANTERIOR.

Art. 960 (960). Cuando por consecuencia de la sentencia firme anulada hubiere sufrido el condenado () penal corporal, si en la nueva sentencia se le impusiere alguna otra, se tendrá en cuenta para el cumplimiento de esta todo el tiempo de la anteriormente sufrida y su importancia.

Art. 961 (961). Cuando en virtud de recurso de revisión se dicte sentencia absolutoria, los interesados en ella o sus herederos tendrán derecho a las indemnizaciones civiles a que hubiere lugar según el derecho común, las cuales serán satisfechas por el Estado, sin perjuicio del derecho de este de repetir contra el juez o Tribunal sentenciador que hubieren incurrido en responsabilidad o contra la persona directamente declarada responsable o sus herederos.

(1) Ha lugar a la revisión cuando el reo se confesó autor del robo en un Ayuntamiento de la provincia de Zaragoza y se encontraba recluido en la prisión de Puerto de Santa María desde fecha anterior al día del robo (Sentencia 29 noviembre 1955).

Se declara la revisión en favor del reo que manifiesta estar conforme con la pena impuesta al mismo, por haberse comprobado que se hallaba recluido en prisión el día que se cometió el robo y su conformidad no puede ser tenida en cuenta, ya que pretende disponer de un bien del que la Ley no se lo permite, cual es el de la libertad personal, a más de la injusticia de hacer sufrir pena a quien la Ley no declara culpable (Sentencia 22 noviembre 1962).

Consideraciones sobre la pena

BERNARDO FRANCISCO CASTRO PEREZ

Magistrado. Subdirector y Profesor de Criminología en el Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid

SUMARIO: 1. Justificación.—2. El fundamento y la raíz de la pena.—3. Retribución y defensa social.—4. Retribución y reeducación o resocialización.—5. Los modos de resocialización.—6. Resocialización o individualización.—7. El mito de la reeducación.

1. Hace ya algunos días, cuando recibí la invitación del Consejo de Redacción de esta Revista para colaborar en el número homenaje al Profesor Quintano Ripollés, acababa precisamente de releer el trabajo que, bajo el título de “Rieducazione e Retribuzione”, había presentado el fallecido Catedrático al Segundo Convenio de Derecho Penal de Bressanone (1963) y que, en separado, de las Actas de dicho Convenio, me había regalado meses antes de su enfermedad, en una soleada mañana de la pasada primavera en la que, deambulando despaciosamente por los boulevares del Paseo de Calvo Sotelo, hablamos largamente sobre la pena.

La coincidencia temporal de lectura e invitación decidieron mi elección del tema y sobre lo que entonces hablamos y lo que en dicho trabajo puede leerse, he esbozado ahora, empujado por la premura del plazo señalado, estas breves y quizás intrascendentes consideraciones con las que quiero contribuir, como humilde ofrenda, al merecido homenaje que se rinde a su prestigiosa figura.

2. No entra en mi ánimo de hoy, en manera alguna, impugnar el pensamiento del Profesor Quintano sobre la pena, cosa que, por otra parte, sé que su gran comprensión y amplitud de espíritu me hubieran permitido en vida, sino solamente tratar de precisar, para mí mismo y para los que gusten de perder su tiempo siguiendo mis divagaciones, algunos puntos muy discutidos y no lo suficientemente perfilados en el profundo y complejo problema de la pena.

Ante todo, vaya por delante mi profesión de fe retribucionista, como ferviente partidario y servidor del Derecho y de la Justicia, pero no retribucionista absoluto a la manera de Mamiani, Sthal, Kant y Hegel, sino de un modo más moderado, que tenga en cuenta, además de la justicia del castigo, la utilidad que del mismo pueda obtenerse para que el dolor por aquél producido en el condenado no

caiga en el vacío. Creo firmemente que la pena debe decretarse contra el culpable, *siempre y por la sola razón* de que ha delinquido (punitur quia peccatum est) como justo sufrimiento, en reacción del orden jurídico violado, necesario para una pacífica y ordenada convivencia social y en retribución del mal cometido. (Poena est malum passionis quod inflingitur y propter malum actionis), como quería GROCIO (1). La Ley penal es un imperativo categórico, un deber ser, y resultaría inmoral o injusto valerse de un hombre como medio para conseguir una utilidad o un beneficio en provecho de la sociedad, o aún del mismo culpable. El Derecho tiene sus exigencias absolutas y la pena debe ser una de ellas; nadie debe ser penado sin haber delinquido y nadie que haya delinquido debería dejar de ser castigado, aunque el castigo fuera inútil y no reportase ningún beneficio a la sociedad, porque la pena es la expresión de la Justicia y, como dice KANT —y nosotros subrayamos—, cuando se menosprecia a la Justicia, la vida de la humanidad no tiene ya ningún valor sobre la tierra; por eso estamos también de acuerdo con él en que, en efecto, un pueblo, antes de emigrar, debería castigar a sus delinquentes. Dios mismo castigó a Adán y a Eva en retribución de su desobediencia, sólo y únicamente porque habían pecado y nos retribuirá a todos en el día del Gran Juicio según nuestras obras, y ciertamente no vamos a negar a Dios Su Justicia.

Pero una cosa es que la pena deba imponerse siempre y solamente en retribución a la infracción o delito cometido, y otra diferente, aunque en íntima relación con aquélla, es la de si hemos de despreciar la utilidad que podemos obtener de su aplicación para educar o socializar a los demás y al propio delincuente. La primera cuestión constituye el fundamento del derecho de castigar, es decir, de su razón de ser y del por qué del mismo; la segunda investiga los fines que debe llenar la pena, el provecho que puede obtenerse de ella y los métodos para lograrlo y es la contestación a la interrogación de *para qué se castiga*.

Por lo que respecta a la primera de tales cuestiones, o sea, a la que atañe al fundamento de la pena, tengo para mí que, en manera alguna, la utilidad pueda ser considerada como el motor de la pena porque como estudioso de la Antropología y de la Criminología, sé bien que en la raíz de la pena yace agazapada y enmascarada, por diversas racionalizaciones, la idea de la venganza como instinto arraigado en la propia urdimbre de la naturaleza humana. Es necesario reconocer —decía a este respecto el insigne Maestro de Pisa— como una verdad autenticada por las más remotas tradiciones de la raza Adamítica, que la idea de la pena nació en los hombres primitivos

(1) GROCIO, *De iure belli ac pacis*. Lic. II, cap. XX, 1. Sin embargo, tengamos en cuenta, para el posterior desarrollo de nuestra argumentación, que, a fuer de retribucionista absoluto, Grocio no asigna al "malum passionis" una determinada finalidad, no investiga el para qué del sufrimiento que la pena representa.

del sentimiento de la venganza, y, a continuación, añade que no puede provocar repugnancia el que los hombres hayan sido conducidos por una culpable y feroz pasión a un acto reconocido hoy como ejercicio de la Justicia (2). Y GRISPIGNI, más claramente, al hablar del fundamento de la pena, expresa que en cuanto a su origen psico-social, esto es, a las causas que determinan la existencia de la misma, esa proviene ante todo de la necesidad instintiva de vengarse de las ofensas, que no es más que una forma de defensa. Necesidad común tanto a todo individuo (venganza privada) cuanto a aquellos que están unidos por vínculos de sangre (venganza familiar), como a todos los componentes del grupo social (venganza social). Además, surge del poder de corrección que el jefe de familia y el grupo gentilicio ejercita sobre sus consanguíneos y, en fin, deriva del poder que el jefe militar y religioso ostenta sobre todos los coasociados. Todas estas causas concurren conjuntamente y es unilateral toda explicación que se refiera a una sola de ellas" (3).

En la misma opinión, o sea, en reconocer como origen de la pena la venganza, se hallan los más preclaros maestros actuales del Derecho Penal, como, por ejemplo, PETROCELLI (4), MAGGIORE (5), DEL ROSAL (6), MEZGER (7) y el mismo MAURACH (8); y si pudiéramos remontarnos todavía a la época romana oiríamos a ULPIANO definirla como "noxae vindicta" (9).

En efecto, la venganza no es otra cosa que una reacción diferida frente a la agresión o al daño sufrido. Es ley del mundo físico que a toda acción siga una reacción en sentido contrario. Si se cree que el protoplasma irritado reacciona —como dijo Alimena (10)—, si se cree que todo animal ofendido tiende instintivamente a reaccionar; si se cree que el hombre ofendido tiende, también instintivamente, a reaccionar, no puede menos de pensarse que la primera forma y la primera justificación de aquella función que hoy llamamos justicia penal debe haber sido, necesariamente, la venganza. El salvaje maltrata a la flecha que le hirió o al río que vuelca su canoa, y el niño pega al árbol con que tropezó o a la piedra que fue causa de su caída. Es Jerjes mandando azotar al Helesponto por el naufragio de sus naves, o Pascual Duarte apuñalando a la yegua que tiró a su esposa provocándole el aborto.

(2) *Programa del Corso di Diritto Criminale*. Trad. esp. de la II edic. trad. de Soler y Núñez. Buenos Aires, 1944.

(3) *Diritto Penale Italiano*. Vol. I. Milano, 1950.

(4) *La Funzione della Pena, in Saggi di Diritto Penale*. Padova, 1952.

(5) *Diritto Penale*. Vol. I. Tomo 2.º Bologna, 1949.

(6) *Derecho Penal Español*. Vol. II. Madrid, 1960.

(7) *Strafrech Ein Studienbuch*. Trad. esp. de Conrado A. Finzi. Buenos Aires, 1958.

(8) *Deutsches Strafrecht*. Parág. 7. Traduc. esp. de Córdoba Roda. Barcelona, s. f.

(9) L. 131 D de Verb. sign.

(10) *Principii di Diritto Penale*. Trad. esp. de Cuello Calón. Vol. I. Madrid, 1915.

Esta reacción es loca, inmediata y sin medida, porque es casi siempre un acto reflejo. La reacción sigue inmediatamente a la acción, sin espera ni reflexión, y el autor del daño sufre instantáneamente las consecuencias de haberlo producido. En el ser humano, sin embargo, cabe la posibilidad de que la reacción colérica, manifestación de lo que Pende denomina instinto de la ofensa-defensa, pueda ser diferida; entre la ofensa y la reacción, el hombre puede introducir el hiato de la reflexión y reaccionar tardíamente o inhibir la respuesta, cuando no la estime conveniente, o cuando la considere perjudicial; y es esa reflexión la que crea la reacción diferida en que consiste la venganza. Pero, al mismo tiempo, esta demora permite al hombre dejar "enfriar" su cólera y actuar más serenamente escogiendo y modulando la respuesta. Posiblemente, tal manera de reaccionar es, muchas veces y en gran parte, caracterológica, como han puesto de relieve las investigaciones del psiquiatra austriaco O. Gross (11), quien, en 1902, descubrió una llamada "función secundaria" de las células cerebrales, a la que se debería la intensidad y durabilidad o persistencia de las afecciones o emociones, facilitando, en aquellas personas en que fuera predominante, la perseveración del psiquismo en la dirección del tema afectivo planteado y, por tanto, la facilidad de engendrar el odio y los deseos de venganza; descubrimiento que fue utilizado posteriormente por los psicólogos holandeses Heymans y Wiersma para estructurar una tipología de los temperamentos (12).

Otros psicólogos han hablado, a este respecto, de una incapacidad de derivación de los problemas afectivos que padecerían algunas personas; o también de un factor de perseveración específico, poseído en mayor grado por los temperamentos vengativos. Esta manera de ser supondría una exaltación del elemento instintivo, que buscaría, como ha dicho muy bien Nagler (13), su satisfacción y descarga o detumescencia en la venganza y, sustitutivamente, en la aplicación de la pena, con lo que ambas vendrían a tener un mismo origen. Por ello estimamos que si la venganza es devolución o intercambio de un mal por otro, un daño infligido en retorsión a otros daños sufridos, es evidente que la pena que obra en sustitución de la venganza tendrá que ser asimismo un mal para satisfacer los instintos del ofendido y de sociedad que la solicitan. Como escribió Pessina, la pena debe ser productora de un sufrimiento, de un dolor; debe consistir en un "pati

(11) *Die Secundarie Funktion*. Conv. Internacional de Psicología de Genève, 1909.

(12) Relación al 2.º Congreso Internacional de Psicología Experimental de Londres. Véase el rapport de este Congreso editado por Williams & Morgate. Londres, 1892. Según Gross, esta función secundaria dependería de la lentitud de la célula nerviosa en recuperar su energía, después de una descarga afectiva. Heymans limitó su estudio al aspecto psicológico de lo que llamó las representaciones, tratando de precisar en los diversos tipos de estados afectivos el tiempo que los mismos se mantenían presentes en la consciencia central del individuo explorado.

(13) *Die Strafe*. Leipzig, 1917.

quidam" para que la Justicia quede satisfecha (14); porque la retribución real o simbólica, material o psíquica, moral o jurídica, la devolución del mal por el mal, es, en definitiva, expresión de la justicia que ordena retribuir a cada uno según sus obras. No debe olvidarse, a este respecto, que Némesis, la Diosa de la Venganza, lo fue también y durante largo tiempo de la Justicia represiva, y Santo Tomás distingue entre la venganza personal, odiosa y la represión justa, que es beneficiosa. Por tanto, no es cierto, como se afirma por algunos autores (15), que la concepción escolástica y el pensamiento cristiano condenen, del modo más absoluto, el espíritu de venganza, negación de la justicia y de la caridad, sino que, por el contrario, muchos Padres de la Iglesia, entre los que destaca San Agustín, y algunos escritores católicos —entre los que hay que citar a Dante— mencionan en sus obras la venganza Divina, y la Iglesia, al establecer sus penas, ha hecho una categoría con las denominadas vindicativas (16).

Indudablemente, la pena ha sido primero manifestación o expresión del instinto concupiscible del hombre, que solo, posteriormente, pudo ser domado por la razón que lo transforma de desordenado en ordenado, y de extremadamente subjetivo en eminentemente objetivo. Quizá a ello cooperase, de manera definitiva, el fenómeno fisiológico de la teleencefalización, por el que fueron transferidos a la corteza cerebral consciente los controles de los centros instintivos radicados en el diencéfalo, sustituyendo el actuar instintivo por reacciones sociales preordenadas —como pone de relieve Petrocelli—, quien hace observar que sólo en este sentido de objetivación y racionalización puede hablarse del desenvolvimiento histórico de la pena como una lucha contra la venganza.

Von Monakow y Morgue (17) afirman que la venganza pertenece a la categoría de esas numerosas tendencias fundamentales, nacidas de un arqueopsiquismo oscuro, contra las cuales vienen progresivamente dirigidas las prohibiciones, las censuras familiares y sociales generadoras de un neopsiquismo en el que predominan las nociones

(14) *Elementi de D. P.* Traduc. española de Glez. del Castillo, con notas de Aramburu y Cuello Calón. Cuarta edic. Madrid, 1936.

(15) Así, por ejemplo, el eminente penalista G. BETTIOL, en *Aspetti ético-politici della pena retributiva*, in *Jus*. Año 1941. Fasc. I; y en *Scritti Giuridici*. Tomo I. Padova, 1966.

(16) Las penas vindicativas para la Iglesia son aquellas que están ordenadas directamente a la expiación del delito, independientemente del resultado que produzcan en el reo: si bien —dice Amor Ruibal— de un modo implícito se incluyen en ellas la corrección y ejemplaridad que el legislador debe desear (*D. P. de la Iglesia Católica*. Tomo II. Madrid, s. f.). Santo Tomás afirma que lo que es necesario para la consecución del bien no puede ser malo, por ser, diciendo: "Yllud quod est necessarium ad conservationem boni, non potest esse secundum se malum. Ad conservationem autem concordiae inter omnes necessarium est quod poenas malis inflingantur. Punire igitur malos non est secundum se malum."

(17) VON MONAKOW Y MORGUE, *Introduction biologique à l'étude de la Neurologie et de la Psychopathologie*. Edit. Alcan. París, 1922.

claras de orientación y de causalidad. Concordantemente con ello, el agudo criminólogo Ettienne De Greeff (18) enseñaba que el sentimiento de la justicia está intrínsecamente ligado al instinto y se halla presente en todos los hombres, apareciendo en cada uno de ellos como una cosa natural e innata. A este sentimiento en estado bruto se opone la virtud de la justicia, que supone un trabajo clarificado por la inteligencia a partir de aquel sentimiento no evolucionado por medio de una depuración progresiva y una valoración influida por la simpatía hacia el prójimo en su personalidad conjunta, considerada como una realidad concreta y no como una abstracción.

El sentimiento individual quedaría así perfectamente explicado por la sublimación del instinto de venganza, pero sucede que, como resulta notorio, al lado del sentimiento individual de dolor por la ofensa, existe un sentimiento colectivo o social de reprobación por el hecho que, como dice Petrocelli (19), reclama para el bien el premio y para el mal el castigo.

Es así, dice el ilustre penalista, como el Derecho penal viene llamado a satisfacer la exigencia moral de la justicia, en cuanto esta deviene una necesidad, una exigencia, esto es, un interés social, un interés de cohesión del orden social que, de otra manera, no serían mantenidos: un interés que el Derecho no crea, sino que encuentra ya formado y al cual dirige su disciplina y sus sanciones.

Pero la eclosión de este sentimiento tiene asimismo, y a nuestro juicio, unas raíces más profundas que penetran en el terreno metafísico de la moralidad o santidad de la pena (20). Esta sacralidad de la pena debió de surgir cuando algún jefe de clan o de tribu, consciente o inconscientemente, tuvo la ocurrencia de atribuir las prescripciones morales formadas por las costumbres de los antepasados a la divinidad que podría castigar la desobediencia infligiendo graves males a su infractor. Surgió así una moral cerrada (como la llamaría después Bergson), sancionada sobrenaturalmente, pero, al mismo tiempo, materialmente, en razón a que la solidaridad del grupo, tan agudamente estudiada por Glotz, convierte a éste en una congregación de culto, y como el individuo sólo a través de aquél entra en relación con la divinidad, de ahí se sigue que la tribu o el clan, por el pecado individual, dejan de ser un todo justo y se hacen acredores al castigo colectivo, incluso en sus miembros inocentes, por lo que el grupo, para demostrar a la divinidad que no se solidariza con el infractor y aplacar de esta manera su cólera, se vuelve contra el culpable para matarlo, castigarlo o expulsarlo de su seno declarándole Sacer en una especie de "noxae deductio" a los dioses, que constituye el fundamento de la "sacratio capitis" romana, del "atimos" griego, del "friedlo sigkeit" germánico y de la "excomuni6n" cat6lica. Que ello ha debido de suce-

(18) *Introduction à la Criminologie*. Bruxelles, 1946

(19) *La funzione della Pena. Saggi di Diritti Penale*. 1952.

(20) No debe olvidarse que la pena es una sanción, denominación que viene de Sanctio, que es también la raíz etimológica de Santo y Santidad.

der así lo ponen de manifiesto no sólo las investigaciones de los historiadores que han escrutado el pasado de los pueblos europeos, sino también los estudios de los modernos etnólogos que estudian los pueblos salvajes contemporáneos. A tal respecto, Frazer (21) afirma que, en determinados pueblos, el infractor que ha omitido purificarse es una fuente de desgracias para el grupo entero, y de ahí que se le obligue a la expiación o a la penitencia, y Levy-Bruhl (22), uno de los más agudos observadores de la mentalidad y costumbres de los pueblos primitivos, escribe sobre este particular: "El respeto a las interdicciones del tabú es una de las condiciones esenciales de vida. La función del jefe es impedir que tales interdicciones sean violadas y, cuando han tenido lugar, hacerlas expiar por medio de ceremonias apropiadas... cuando la solidaridad del grupo es tal que uno de sus miembros puede poner a los demás en la imposibilidad de vivir, provocando un desorden, ningún crimen será más grave que la violación de tales interdicciones, que rompen las participaciones místicas de las que depende el bienestar común."

De aquí el deber que afecta a cada uno de asegurarse de que su vecino respeta la Ley y delatarlo a las autoridades en caso de infracción, porque, como dicen los naturales del Congo, "con tal conducta un solo hombre puede acarrear la maldición de cien hombres" y de ahí también que ni el sacerdote ni el rey puedan dejar de aplicar la sanción, puesto que su cometido es precisamente el vigilar que los tabús y la Ley sean respetados para que el orden de las cosas y el bienestar del grupo no resulten perjudicados (23).

Ahora bien, la sanción por la violación del tabú, es decir, lo que nosotros llamaríamos la pena, no queda al arbitrio del mago o del jefe, sino que viene determinada, a su vez, por las costumbres tribales, no pudiéndose aplicar otra pena que la ritual y del modo prescrito para aquella específica infracción, en un principio simbólico-talional que modera y racionaliza la retribución y el castigo por la simpatía y compasión inconscientes despertadas por el culpable. Por otra parte, la reprobación social expresada por la pena fortalece las convicciones morales del grupo y fija, solidariamente, lo que está

(21) SIR JAMES FRAZER, *Psyche's Task*. London, 1909.

(22) LUCIEN LEVY BRUHL, *La Mentalité Primitive*. París, 1922.

(23) Según los salvajes, un acto es tabú cuando no puede realizarse sin comprometer ese orden universal que es, a la vez, el de la naturaleza y el de la sociedad. Cada transgresión trastorna ese orden por completo: La tierra corre el peligro de no producir más cosechas, el ganado de quedar estéril, los astros de interrumpir su curso, la muerte y la enfermedad de asolar el país. El culpable no sólo arriesga su propia persona, sino que el trastorno introducido por él en el mundo se extiende como una mancha de aceite y, poco a poco, destruiría el Universo, si no perdiera virulencia a medida que se difunde y, sobre todo, si no se hubieran previsto y puesto en vigor inmediatamente medidas encaminadas a limitarlo o repararlo. Los tabús son introducidos por la fórmula "ou themis", que señala la no conformidad del acto prohibido con las prescripciones sagradas que mantienen el mundo dentro de la norma y de la estabilidad. (ROGER CAILLOIS, *L'homme et l' sacré*. París, 1939)

bien y lo que está mal, generando el sentimiento de lo justo y de lo injusto, que se integra en lo que DURKHEIM (24) denomina conciencia colectiva, constituida por el conjunto de creencias y sentimientos comunes al término medio de los miembros de una misma sociedad, formando un sistema de similitudes que tiene su vida propia y que fundamentaría la venganza social por el acto criminal, que según el referido autor sería aquél que ofendiese ciertos sentimientos colectivos dotados de una energía y claridad particulares y existentes para un mismo grupo en todas las conciencias individuales, con el grado de fuerza necesario para contener los sentimientos contrarios.

Así, al sentimiento social de ver quebrantadas las leyes y las costumbres comunes, va unido el malestar del individuo, perteneciente a la masa, al ver realizado algo que él no se atrevió a ejecutar nunca, poniendo en peligro, por el mal ejemplo, el equilibrio, más o menos estable, entre sus inhibiciones y sus instintos hasta ahora frenados y sojuzgados (25).

Posteriormente, al asumir el Estado el monopolio del poder punitivo, suprimiendo la composición y la venganza privadas, queda obligado éste, en virtud de tal sustitución, a hacer justicia y a conservar la naturaleza retributiva de la composición a la que ha sustituido por la pena. Al fundarse en la composición, que es la retribución, la pena tiene que ser, asimismo y ontológicamente, retributiva, aunque esta retribución no sea más que una venganza objetivada, proporcionada, simbolizada y espiritualizada:

Objetivada, porque quien aplica la pena ya no es el propio ofendido, que naturalmente siempre tendría tendencia a sobrevalorar la ofensa, sino el Organismo Jurisdiccional adecuado.

Proporcionada, porque primero la Ley del Tali6n y las penas espejo, y luego la Ley, tratan de acomodarla a la ofensa, pues el sentimiento de justicia hace comprender que el exceso en la reacción es un nuevo delito.

Simbolizada, porque ya no se retribuye con un mal de la misma

(24) DURKHEIM, *De la division du travail social*. París, 1933, y también *Les regles de la methode sociologique*. 15 edic. París, 1963.

(25) Los psicoanalistas ALEXANDER y STAUB, en su conocido libro "El delincuente y sus jueces bajo el punto de vista psico-analítico" (según la traducción esp. de W. GOLDSCHMIDT y V. CONDE, Madrid, 1935), estiman que cuando un malhechor escapa a una pena merecida, cada miembro de la sociedad quedaría afectado por ver hacer a otro, impunemente, lo que a él le está prohibido. El individuo se diría a sí mismo: "Si no se castiga al criminal por no haber renunciado a sus instintos, ¿por qué voy a renunciar yo a los míos?". Esta simple comprobación psicológica nos descubre un móvil esencial expiatorio de la sociedad, que, expresado en lenguaje psico-analítico, puede formularse así: "La impunidad de un malhechor significa una amenaza para las inhibiciones individuales..., el principio de la expiación es aquella función con que el sentimiento de justicia robustece la renuncia a los instintos frente a su persecución amenazadora".

naturaleza que el sufrido, sino con otro que lo representa simbólicamente.

Espiritualizada, porque persigue un sufrimiento moral del delincuente que le haga comprender lo injusto de su obrar y le ponga en el camino de su corrección.

Todo lo que, sin embargo, no basta a eliminar —como dice sabiamente PETROCELLI (26)— la originaria esencia de instintiva necesidad humana, que es propia de la defensa y de la venganza.

3. Frente a estas teorías, estrictamente jurídicas y morales, surgen otras que tratan de poner o colocar el fundamento de la pena en la defensa social, pero, no por medio de la retribución —como quería Carrara—, sino aplicando la pena aún sin necesidad de un acto dañoso o delito previo, sólo y con el único fin de que no se delinca (*ne peccetur*).

Según la esencia de estas teorías, propugnadas, más que por nadie, por los autores de la Escuela Positivista, la pena se aplicaría al reo sin tener en cuenta su culpabilidad, sino solamente su peligrosidad o probabilidad de cometer delitos, la que vendría deducida de datos antropológicos, sociológicos o estadísticos sobre la delincuencia, sin consideración a otros móviles que no fueran los de prevención y supresión de los delitos.

Para estos autores, el delito no es más que un síntoma de la peligrosidad del delincuente, que tiene una mayor o menor gravedad según envuelva o no la probabilidad de su repetición. La pena no debe ser una retribución cuantitativa y previamente fijada de retorsión, en función del hecho, sino de duración indeterminada, que se prolongará hasta que cese la peligrosidad de éste, con el fin de evitar la reincidencia y el peligro que significa para la sociedad. De esta manera, un delito considerado leve puede ser seguido de una sanción muy grave, o de duración indeterminada, si el reo demostrase una intensa o persistente capacidad criminal.

La defensa social se realizaría así no sólo contra los imputables, sino incluso, y con mayor razón, contra los inimputables, puesto que la Escuela Positiva, como es sabido, niega el principio de la responsabilidad moral y el libre arbitrio, propugnando la adopción de medios idóneos para combatir la peligrosidad del delincuente, como son las medidas de custodia, de reeducación social e incluso de eliminación, cuando las primeras no fueran posibles. Como instrumento primordial de la teoría de la defensa, se ha venido postulando, hasta tener entrada en la mayoría de los Códigos penales modernos, la adopción de las medidas llamadas de seguridad, que presentan con la pena determinadas diferencias, entre las que son más destacables las siguientes: 1) Las penas miran al pasado y las medidas de seguridad al futuro. 2) Las penas se imponen por el acto delictivo cometido y en proporción a su gravedad, mientras que las medidas de seguridad se aplican

(26) *Ob. cit.*

para evitar que se cometan nuevos hechos dañosos o peligrosos. 3) Las penas retribuyen en razón a la imputabilidad y culpabilidad del sujeto, mientras que las medidas de seguridad lo hacen en relación a la peligrosidad de éste. 4) La aplicación de las penas, como medida jurídica, corresponde únicamente a los Tribunales de Justicia, mientras que la aplicación de las medidas de seguridad puede hacerse también por las autoridades administrativas. Estas y otras diferencias, que distinguidos penalistas han puesto de relieve, no han impedido que, empujadas por los vientos que corren, tales medidas vengán desarrollándose paralelamente a las penas clásicas en un sistema llamado por los italianos "doppio binario". Ciertamente que, en muchos supuestos —y es justo confesarlo—, las denominadas penas se han revelado incapaces de cortar el notable aumento de criminalidad, bien por lo limitado de sus variedades, hoy casi reducidas a las penas privativas de libertad; bien por las deficiencias rutinarias observadas en su aplicación, efectuada en muchos países por un personal penitenciario mal retribuido y poco o nada especializado, y quizá también por lo inadecuado de los reglamentos de Prisiones y de los edificios carcelarios. Pero, se deba a éstos u otros factores, la realidad es que, en la práctica, el sistema dualista (pena-medida de seguridad) ha prosperado extraordinariamente, no sólo en las Leyes —como ya hemos dicho—, sino en la doctrina penal contemporánea, llegándose por muchos penalistas a solicitarse una fusión más íntima de ambas en una sanción unitaria que alguien ha propuesto denominar "pena de seguridad".

Sin embargo, nos parece que valdría la pena que nos parásemos a considerar si existen razones suficientes para acoger esta creciente moda, examinando dos cuestiones tan fundamentales, con respecto a tales medidas, como son las de su justicia y su necesidad. Para este estudio —que no queremos hacer aquí demasiado amplio, porque desbordaría nuestros propósitos de hoy—, sería conveniente poner de relieve la distinción entre las medidas llamadas antedelictuales y aquellas otras consideradas como postdelictuales, diferenciación generalmente olvidada por los autores que tratan el tema, quienes, en su mayoría, bajo la designación de medidas de seguridad, suelen referirse únicamente a las postdelictuales, o sea, a las aplicadas al delincuente después de cometido el delito no en razón a la gravedad de éste, sino como consecuencia de que el delincuente, al realizar el hecho punible, revela su proclividad a cometer otros nuevos; sin tener generalmente en cuenta las medidas predelictuales que se imponen a un sujeto antes de que éste haya infringido el Código penal, en razón a una supuesta peligrosidad social, indiciada, generalmente, de la índole de su forma de vida o de sus ocupaciones. Y queremos hacer esta diferenciación porque pretendemos calificar a unas de injustas y a otras de innecesarias: Injustas, las predelictuales, porque si la pena es retributiva, si se castiga por lo que se ha hecho y en razón a la culpabilidad del acto, y la sociedad exige que el individuo sancionado haya actuado voluntaria y culpablemente, el imponer un castigo a quien todavía no

ha llegado a quebrantar con su conducta una norma penal; que puede haber actuado de una manera inmoral o antisocial, pero todavía no criminal, es quebrantar el pacto social y la seguridad jurídica de una manera patente. Para ser criminal o delincuente es necesario ejecutar, con sanidad y madurez mental y libremente, completa o incompletamente, un acto descrito y penado por la Ley, y mientras ello no ocurra, el Estado abusará de su poder si sanciona tales hechos. El delito no es infracción de la moral, ni de unas normas consuetudinarias de vida, consagradas por la tradición, sino del *minimum del minimum ético*, como quería Manzini, y reprueba solamente aquellas acciones intolerables para la convivencia social que el legislador ha descrito y declarado como tales en la legislación penal. Castigar por peligrosidad, y no por culpabilidad, significa quebrantar el necesario principio, acogido unánimemente en nuestro estadio de cultura jurídica que reza “ninguna pena sin culpabilidad” o, por lo menos, sustituir intolerablemente, en la base de la sanción, la culpabilidad por el acto, por la culpabilidad de carácter o por la culpabilidad en la dirección de la vida, direcciones ya desairadas por la doctrina. En este sentido, Quintano no duda en afirmar, en su citado estudio, que “La pena sin culpa es pura barbarie, y la culpa sin pena, peligroso y anarquizante utopismo”.

Se nos argumentará que la mayor parte de los Códigos sostienen también el principio de legalidad para las medidas de seguridad, lo que, evidentemente, es cierto, pero pensamos que las tipificaciones de caracteres o de peligrosidades asumen, por regla general, un matiz equívoco por excesivamente subjetivo, suministrando descripciones demasiado amplias y abstractas de las situaciones sociales a las que quieren que alcance la represión y, por lo tanto, son más factibles de amplias e intencionales interpretaciones, sobre todo teniendo en cuenta que, en muchos países, tales medidas no son ni siquiera aplicadas por la Autoridad Judicial, sino por una Administración más o menos politizada.

Por otra parte, el Estado, al dar normas obligatorias de vida a sus ciudadanos, se entromete en la esfera íntima de éstos y les obliga a vivir de una determinada manera, privándoles de su libertad de elección y tratando de hacerlos virtuosos por Decreto. Con tales prescripciones, existe incluso el peligro de que el Estado pueda enseñorearse de las mentes de los súbditos, “amaestrándolos” en unos determinados principios político-morales, que irían muchas veces incluso contra sus naturales derechos, que es en lo que, en definitiva, vienen a consistir los célebres “lavados de cerebro”, creando así una mística política que sustituiría a la mística religiosa y que tendría por resultado una nueva sacralización del poder.

Pero, además, los partidarios del dualismo muestran una gravísima inconsecuencia al montar, de un lado, las penas retributivas sobre los sólidos soportes del libre albedrío y la culpabilidad, mientras que, de otro, parecen no creer en ellos, al estimar que a todo individuo que

vive o actúa de cierta manera, o cultiva determinados vicios, le será imposible librarse de caer en el delito, o dicho en otras palabras, que la peligrosidad sin la intervención de la medida desembocará forzosamente en el crimen.

La más moderna y autorizada doctrina viene afirmando reiteradamente que la pena debe ser, en su esencia, retribución por la culpabilidad (*Schuldstrafe*) y ésta debe constituir, según MEZGER, el criterio rector determinante de su medida; en tal sentido, el Proyecto del Código penal alemán, por decisión unánime del Gran Consejo, inició el parágrafo 2.º destinado a la pena (hoy art. 60), afirmando que: "El fundamento de la medida de la pena es la culpabilidad del autor", y el Profesor Jeschek sostiene que la lógica consecuencia del principio de la culpabilidad es la pena retributiva, en oposición a la pena puramente preventiva, o a las medidas de seguridad axiológicamente neutras (26). Sin embargo, MARINO BARBERO, en su exposición de dicha reforma (27), pone agudamente de manifiesto que, no obstante la formulación del anterior principio, la consideración de particulares fines de la pena puede conducir a un aumento o disminución de ésta, mientras que la sola peligrosidad no culpable del sujeto no puede determinar tal aumento. El proyecto —sigue diciendo el Prof. MARINO— no exige, sin embargo, ni podría exigir, una correspondencia precisa entre gravedad de la culpabilidad y de la pena, limitándose a expresar que la gravedad de la culpabilidad debe ser simplemente el fundamento de la cantidad de la pena; por lo que su exceso, con respecto a la culpabilidad —ha dicho el Prof. BOCKELMAN (28)— constituye una pena sin culpabilidad; opinión que también ha sido sostenida por el Prof. MAURACH en reciente conferencia (12 de abril) dada en la Universidad de Madrid.

Por lo que respecta a la llamada defensa social, sería conveniente poner de relieve que, como se ha dicho muchas veces, defenderse no es igual que vengarse. La Sociedad, a semejanza de lo que ocurre con el individuo, no puede defenderse antes de ser atacada, y el riesgo de que la tutela jurídica no pueda ser actuada tempestivamente para cortar la agresión es un precio que hay que pagar por el uso de la libertad. En todo caso, tal peligro puede ser disminuido mejor, y más económicamente, que con las medidas de seguridad, con la existencia de una política eficiente y bien organizada, respaldada por la seriedad y severidad de las penas impuestas por razón de delito.

Asimismo creemos que las llamadas medidas post-delictuales son *innecesarias* y que podrían ser suprimidas sin mayores daños, ya que todos los fines alcanzables por medio de ellas se conseguirían aún sin

(26) *Das Menschenbild unserer Zeit und Strafrech Reform*. Tubinga, 1957; y también en "El Proyecto del Nuevo Código penal alemán". Anuario Derecho penal. Madrid, 1962.

(27) *La Riforma del Codice Penale Germanico en la Scuola Positiva*. 1961. Fase 2.

(28) Citd. por BARBERO SANTOS en "La Riforma del C. P. G."

su existencia, aumentando el arsenal de las penas y modificando éstas en su ejecución, como veremos luego. En efecto, tanto la prevención especial como la reeducación o resocialización del delincuente pueden ser logradas también a través de las penas, sin los graves inconvenientes que supone la aplicación de aquéllas en los casos en que el individuo, después de haber pagado "su deuda" con la sociedad, después que ha sido retribuida su falta, después que sobre él ha operado la justicia conmutativa, se encuentra con un "plus" de pena que excede su culpabilidad y que puede considerar injusta por no haber hecho nada que la mereciera. La aplicación conjunta de pena y de medida se halla por ello actualmente muy desacreditada, hasta el punto de que en el Sexto Congreso Internacional de Derecho penal, celebrado en Roma en el año 1953, se hizo la recomendación de que en las futuras Legislaciones penales de los Estados participantes, se evite, en cuanto sea posible, la adición a la pena de una medida de seguridad, no sometiendo así al sujeto a diversos y sucesivos tratamientos, sino estableciendo, desde el primer momento, un tratamiento único, adecuado a la naturaleza de los delincuentes; y la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria había señalado ya dos años antes (1951) la conveniencia de renunciar a la acumulación de pena y medida de seguridad, con respecto al mismo individuo (29).

Otro de los graves inconvenientes puestos de manifiesto por la Doctrina, ha sido la indeterminación de las medidas de seguridad, lo que supone la creación de verdaderas "lettres de cachet", dejadas en manos del personal penitenciario; así como el hecho de que la medida de seguridad postdelictual se cumpla, por regla general, en el mismo Establecimiento prisional en que se ha cumplido la pena.

En otra dirección se ha argumentado por algunos autores que las medidas post-delictuales tendrían su campo de aplicación propio frente a los delincuentes locos o anormales, pero para sostener esta doctrina hay que olvidar que, en realidad, los enfermos mentales caen fuera de la esfera de acción del Derecho penal, pues al faltar su libre albedrío es notorio que no pueden ser destinatarios de la norma, por exclusión expresa contenida en la misma que, generalmente en forma

(29) El Prof. NOVULONE, en su relación al II Convenio de Derecho penal de Bressanone, Padova, 1963, expone que algunos sistemas, entre ellos el italiano, prevén, sin embargo, la posibilidad de que a algunos de los condenados les sea aplicada, además de la pena, una medida de seguridad, medida que, por su naturaleza, cumpliendo funciones de prevención especial, tiene como principal finalidad la reeducación del delincuente. Se trata —como es notorio— de menores inimputables, de semi-imputables peligrosos, de delincuentes habituales, profesionales o por tendencia. A nuestro parecer, el sistema de adición aritmética de la medida (aplicada hace ya muchos años, después del hecho y después del juicio) es un sistema irracional y contrario a todo sano criterio reeducativo, porque no tiene en cuenta la personalidad del individuo en el momento en que la pena ha sido cumplida y debe iniciar la ejecución de la medida de seguridad. La adición de una medida indeterminada en el tiempo, después que ha sido satisfecho el delito penal, crea (en el reo) un sentimiento de rebelión que no favorece su readaptación social.

positiva o negativa, precisa en su texto a quienes se dirige y, por lo tanto, el Juez, en cuanto compruebe la inimputabilidad del sujeto, deberá declararlo excluido del régimen penal, y por ello las sanciones que le sean aplicables no serán, ni podrán denominarse, penas. Las medidas tomadas contra los anormales, al igual que las tomadas frente a los animales —salvando en el ejemplo, naturalmente, la dignidad de la persona humana—, son, efectivamente, medios de defensa social, pero nada tienen que ver con el Derecho penal, sino con el Derecho Administrativo. La retribución, la reafirmación del Derecho sólo se realiza frente a quien actúa quebrantándolo intencional y libremente, frente al que obra antijurídicamente y el enajenado o el anormal no pueden actuar en tal forma porque la Ley no les otorga legitimación para ello; no desobedece quien quiere desobedecer, sino quien puede. Medidas de defensa contra los anormales, sí, pero no penales; los incapaces no caen dentro del ámbito del Derecho penal aunque puedan y deban ser objeto de medidas administrativas, de prevención y de custodia.

Y, para concluir, resulta también obvio que el criterio de la defensa destruye la exigencia individual y social de la venganza transformada en retribución. El ofendido se sentirá más satisfecho con que *se castigue* al delincuente que *con que se le cure o se le trate* y con ello se arruinará, además, el efecto o fin de la prevención general, que es quizá uno de los más importantes de la pena. Si la peligrosidad es un status que ha de determinar el juzgador o el oficial penitenciario, en base a fórmulas no precisas o a conceptos médicos nadie podrá estar seguro de que el autor se halla dentro de tal círculo o de sí, aun hallándose, le será aplicada la medida. Se nos dirá, en cambio, que se otorga un mayor juego al principio de la prevención especial, lo que resulta cierto y no intentaremos ni siquiera combatir el argumento, porque pretendemos demostrar, más adelante, que para lograr tal efecto no resulta preciso en manera alguna sustituir las llamadas penas clásicas con las medidas de seguridad, sino que, por el contrario, los fines de prevención general y prevención especial tienen más perfecto encaje con el sistema penal clásico, a condición de que éste sea convenientemente modernizado.

En base a estas razones u otras análogas, BETTIOL ha afirmado que en el ámbito de una concepción individualística, aunque no sea liberal, tales medidas no pueden, en manera alguna, justificarse, tratándose de una limitación del todo arbitraria de la libertad de un sujeto, hecha no en nombre de un principio de justicia, sino de mera utilidad. Bajo este punto de vista —sigue diciendo el distinguido maestro de Padua— las medidas de seguridad responden indudablemente a exigencias que no pueden explicarse recurriendo a criterios individualistas. El individuo no podrá jamás consentir que, en nombre de

su efectiva o presunta peligrosidad, venga privado de la libertad personal, y por ello considerado como simple medio para la consecución de fines que interesan a la mayoría”.

4. Dentro de la enmarañada selva de teorías, surgidas sobre el tema, todavía hoy resuena angustiada la voz de la Doctrina que interroga a la Sabiduría sobre cuáles son los fines o el fin de la pena. Porque el hecho de que la retribución sea su raíz y fundamento no impide, en modo alguno, que su aplicación no tenga otro objeto que devolver mal por mal. La esencia de una cosa o de una institución, su naturaleza ontológica es distinta de su teleología; la primera no puede cambiar sin que cambie la cosa en sí, convirtiéndose en otra diferente, pero, en cambio, sí pueden variar los distintos fines o cometidos que con ella pueden conseguirse o para los que puede ser utilizada, permaneciendo, sin embargo, aquélla inalterada en su identidad.

Pero ello, que ya fue intuido por PESSINA (31) con referencia a la pena al afirmar que la teoría de la retribución es la doctrina de la justicia y que la consecuencia útil de la pena no puede confundirse con su fundamento, aparece admirablemente desarrollado por nuestro SILVELA (32), quien pone de relieve como las teorías absolutas se quedaron a medio camino, cuando deteniéndose en la contemplación de la verdad retributiva afirmaron que el Estado, al castigar, no debía proponerse otra cosa que producir y expresar la idea retributiva con hechos sensibles. De este concepto incompleto —y, por consiguientemente falso,— nació la teoría de que la pena no tiene fin alguno que llenar, ni en cuanto a la sociedad, ni en cuanto al culpable y que debía imponerse, no para alcanzar ventaja alguna, ni con ningún propósito o fin ulterior, sino por la sola razón de haber delinquido, esto es, para expiar el delito. Pero, a poco que se medite —sigue diciendo SILVELA— habrá de comprenderse cuán opuesto a la razón es este modo de discurrir. En efecto, no obrará de modo racional quien no justifique su conducta por un *por qué* o razón suficiente, y, al propio tiempo, por un *para qué* o un fin que se intenta alcanzar como término de la actividad voluntaria. Si muchas veces las cosas se confunden es que la segunda está tan determinada por la primera que apenas se distinguen. Pero tan absurdo sería el obrar sin motivo ni razón como, teniéndolo, hacerlo sin fin o sin propósito alguno. O como expresa insuperablemente el Prof. DEL ROSAL (33). La Pena, como cualquier otra institución jurídico-penal, se entiende en sede de un *porque* (fundamento) y de un *para qué*, que no es otra cosa sino el *telos* de este saber.

(31) Dello svolgimento storico della doctrina dell'espiazione como fundamento del Diritto penale, opuscoli di Diritti penale. Napoli, 1874.

(32) El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España. Tomo I. Madrid, 1874.

(33) Derecho penal español. Vol. II. Madrid, 1960.

PETROCELLI (34), por su parte, trata de poner de manifiesto que la retribución no es el fin, sino el carácter, el modo de ser de la pena, y rechazando una opinión de V. HIPPEL, afirma que el fin de una cosa está siempre fuera de ella y que, si está fuera, no puede constituir su esencia. Luego si la retribución es el carácter, el modo de ser de la pena no puede ser al mismo tiempo fin... el fin, para toda actividad humana, va siempre investigado en relación a la exigencia que lo mueve, que está al lado de afuera de la actividad misma. Así, la madre que castiga a su hijo por haber robado un trozo de pastel, es evidente que le castiga por haber realizado tal hecho (principio retributivo), pero lo hace con el fin de educarle para que no lo repita. La idea de que la retribución es el único fundamento y fin de la pena, constituye, sin duda alguna, una etapa de verdadera exasperación del principio retributivo, contra el que se rebeló posteriormente la Escuela Positiva, que incurrió en el error contrario por la necesidad de reaccionar contra el sistema dominante postulando el reconocimiento del principio de la defensa como justificador absoluto de la existencia de la pena, como confiesa el mismo GRISPIGNI (35).

Pero hoy, que los combates polémicos también se han racionalizado, se reconoce casi unánimemente que la pena, además de su fundamento o razón de ser, tiene una o varias finalidades y que tales finalidades buscan, abandonando un poco los viejos cauces absolutistas, obtener del castigo una utilidad tanto para el reo como para la sociedad, aunque solamente, como veremos luego, puedan ser coordinados ambos intereses a través de la reeducación del condenado. Quintano, colocado frente a este problema, a pesar de su conocida filiación retribucionista, estimaba también que la "retribución no se agota en sí misma a modo de un estéril autovalor categórico, como pretende la pedantería kantiana, sino que más bien se desenvuelve en una perspectiva teleológica con fines mediatos e inmediatos de los cuales no quedan excluidos ni aún aquél de la prevención especial, como han puesto de relieve EBERHARD SCHMIDT en Alemania y BETTIOL en Italia, de acuerdo con los postulados del normativismo y de la Filosofía de los valores (36).

Frente a la idea de la retribución que, para nosotros, es fundamento y no fin, se abren, como las varillas de un abigarrado abanico, los diversos fines destacados por los penalistas, que éstos han intentado imponer unilateralmente y que, actualmente, han llegado a una mutua situación de compromiso en la que cada uno de ellos trata no ya de excluir a los demás, sino de aparecer en postura preponderante apoyándose en supuestos criterios de utilidad.

Sin embargo, tal criterio de utilidad, aún reconociendo que tiene un valor indudable, puesto que —como dijo San Pablo— la Ley se ha hecho para el hombre y no el hombre para la Ley, no puede prescindir

(34) La funzione della pena in *Saggi di Diritto penale*. Padova, 1952.

(35) *Corso di Diritto penale*. Milano, 1939.

(36) *Ob. cit.*

dir tampoco de aquel fundamento moral y ético de la justicia sobre el que reposa y debe asumir rango predominante, sino solamente combinarse con él para dar fuerza a un criterio justificativo de lo útil-justo, expresado por ALLEGRA (37) y apadrinado, entre nosotros, por DEL ROSAL (38). Estos dos términos de utilidad social y justicia son correlativos —aclara ALLEGRA— y se compenetrán recíprocamente, por lo cual, así como la primera está limitada por la segunda, así en ésta penetran profundamente los reflejos de la utilidad, en cuanto en el medio necesariamente se proyectan las exigencias del fin... lo útil es fundamento común, sea de la actividad meramente preventiva, sea de aquella represiva. Más la actividad represiva presenta lo útil bajo una tonalidad particular, en el sentido de su rigurosa y acentuada intensidad, de límite imprescindible que el mismo investiga en el elemento ético y es este elemento cualicuantitativo, ético y económico, el que transfigura lo útil en la diversa realidad conceptual que se denomina necesidad social. Concepto que, desde el mundo económico, penetra en el de los valores, convirtiéndose en categoría moral y jurídica. Cuando ha adquirido el concepto necesidad, el elemento ético comunica su valor al elemento utilitario y lo justifica mediante la categoría retributiva. Y es la retribución (concepto conjuntamente válido, moral y jurídicamente) quien transfigura lo útil en necesidad, o sea, en un valor jurídico. Solamente manteniéndose en la forma y en el grado dentro de los límites de la necesidad, la pena es éticamente justa..., de aquí se deduce cómo la necesidad ha sido reconocida como supremo carácter de la pena. No mera utilidad, sino necesidad. Pero necesidad —repetimos— constituida por el concurso de los elementos esenciales de utilidad y ética.

Más preciso, pero en la misma línea —dice DEL ROSAL (38^{bis})— que la pena adquiere su justificación en la utilidad —utilitas— que rinde al cuerpo social. La necesidad —necesitas— igualmente de origen romano, social presta sentido y razón a la pena...; ahora bien, la pena no es sólo símbolo de la justicia o, mejor dicho, expresión de una reacción justa de la comunidad política, frente a los desacuerdos legales, previamente configurados, como delictivos, sino que, como el Derecho se da para el objeto del gobierno de la tierra, deberá ser no sólo justo, sino útil.

Esto sentado, queremos aclarar que nosotros no vamos a entrar en esa enconada contienda de la consideración preferente de los fines de la pena, porque creemos, como ya hemos indicado, que en el fondo el tema constituye una verdadera cuestión bizantina, ya que todos los que se enuncian —excepto la retribución que, para nosotros, es fundamento— caben en otro más extenso que puede subsumirlos a todos y que es el de la reeducación, readaptación o resocialización del delincuente.

(37) Fondamento, scopo e mezzo nella teoria della pena. Novara, sin fecha.

(38) Derecho penal español. Vol. II. Madrid, 1960.

(38^{bis}) *Ob. cit.*

Pero no se si ya he dicho que al Prof. Quintano no acababa de gustarle la palabra resocialización, decía que la encontraba dura y basta, por lo que prefería hablar de reeducación; en cambio, a mí sí me gusta el término, lo encuentro más exacto, más preciso y más funcional, así como más apto para emplear en Derecho penal, que aquellos otros de reeducación y readaptación. Sin embargo, y para que podamos entendernos todos, hemos venido y seguiremos empleándolas como sinónimos en el curso del presente trabajo.

Y decíamos que eliminada la retribución, mejor dicho, colocada como soporte y fundamento de la pena, nos inclinábamos porque el único fin subsistente es el de la resocialización del delincuente, aunque, como la luz al atravesar el prisma, tal finalidad se descomponga en diversos aspectos, considerados por los autores no como reflejos de este único fin, sino como otros tantos fines autónomos e independientes.

Con respecto a la reeducación, ya ROMAGNOSI (39) quiso definirla diciendo que era la dirección activa que se imprimía a las facultades de un ser viviente, para hacerle contraer ciertos hábitos y tornarlo idóneo a ciertas funciones. La educación perseguiría así —como expresa FONTAN BALESTRA (40)— el inculcar a las nuevas generaciones los usos, las costumbres, las prácticas —y los valores, añadimos nosotros— que priman en un momento dado en una determinada sociedad y que son considerados necesarios para una perfecta integración de los individuos que viven en el seno de la misma... La educación —añade— tiene por hito, como ya hemos dicho, inculcar a las nuevas generaciones las prácticas y costumbres alcanzadas hasta ese momento en la vida de relación.

Sin embargo, la palabra educación tiene para nosotros un sentido más amplio y técnico. SÁNCHEZ BUCHÓN (41) define la educación como el perfeccionamiento intencional de las facultades humanas para que el hombre consiga la perfección a que, por naturaleza y gracia, Dios le destina. Pero ya vemos que esto excede los fines de la pena. Como dice ALLEGRA (42), la justicia penal no se ocupa ni puede ocuparse sino del orden externo y de los intereses sociales. La misma no puede tener otro fin que aquél de mantener el orden y proteger estos intereses. En una palabra, socializar, es decir, imponer al hombre una aceptación de las limitaciones establecidas por la sociedad como necesarias para el logro de la vida en común. Así, el hombre educado puede ser un criminal o un inadaptado, mientras que un hombre social es lo contradictorio con el criminal, que es un anti-social. La adaptación al conjunto de todas esas y a veces invisibles prohibiciones o limitaciones, engendra un juego recíproco de acciones y reacciones entre el individuo y su sociedad y la aceptación por parte de aquél

(39) *Genesi di Diritto penale*. Prato, 1842.

(40) *Criminología y Educación*. Buenos Aires, 1943.

(41) *Curso de Pedagogía*. 20. edic. Madrid, 1965.

(42) *Ob. cit.*

de las responsabilidades que le vienen atribuidas y le competen como persona y como individuo, miembro de la colectividad en que vive, es a lo que yo llamo socialización.

El Prof. LEGAZ LACAMBRA (43) ha señalado, con insuperable tino y sabiduría, en su bello discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, “la existencia en toda sociedad de unas normas imperativas de comportamiento colectivo que actúan como factor decisivo en la homogenización de ciertas conductas, como respuestas de sentido... Tales normas constituyen un signo formal de socialización, pero al mismo tiempo socializan. Ahora bien, si la socialización constituye la realización de la condición social del hombre..., lo que le falta al insociable y al antisocial es justamente la socialización. El hombre insociable es aquél en que el proceso de socialización no ha logrado pleno desarrollo ni alcanzado su madurez, y el hombre anti-social es el sujeto en quien el proceso de socialización ha quedado no tanto frustrado como contrarrestado por el imperio de fuerzas o impulsos psicósomáticos que actúan en dirección contraria a la socializadora..., persona que opera como si el hombre no fuese un ser social, bien porque es hostil a las formas concretas de la convivencia a los usos de una comunidad determinada, bien porque reacciona agresivamente ante las exigencias de la convivencia, incluso ante las básicas y fundantes que la hacen posible en general y entonces estamos en presencia de un hombre en quien la socialización no ha dado frutos y se encuentra lastrada por tendencias desviacionistas”.

Según esta teoría, la resocialización o readaptación tendría por objeto corregir esas tendencias desviacionistas —como interpretamos nosotros— volviéndolas a traer a los cauces homogéneos, para de esta manera reinsertar al individuo en su grupo. Y esto se verificaría o podría verificarse a través de la pena, que significaría un contraestímulo —como quería ROMAGNOSI— a los instintos o tendencias antisociales o desviadas.

Pero sea cual fuere el valor de la resocialización o reeducación, es el caso de que, salvo algunos retribucionistas furibundos, casi ninguno de los autores que sostienen la retribución como fundamento de la pena, rechazan expresamente la idea de que la pena sirva y deba utilizarse para la reeducación del condenado. Podríamos citar quizás una cincuentena de nombres, pero preferimos destacar solamente algunos, entre los que se cuentan: ROSSI, CARRARA, PESSINA, ALIMENA, MEZGER, BETTIOL, PETROCELLI, y el mismo QUINTANO, que explica claramente su pensamiento en los siguientes términos: “Más dejando aparte estas cuestiones polémicas que, sin embargo, en nada aprovechan desde el momento que se proyectan en el terreno especulativo, dado que en el derecho positivo la pena conserva, más o menos explícitamente, en todo o en parte su contenido retributivo, procede considerar si este postulado resulta, o no, compatible con otras finalidades que se pretenden más prácticas; en concreto, con la reeducación

(43) Socialización. Madrid, 1964.

del condenado. En tal compatibilidad yo creo con firmeza, en cuanto el fin ideal —inmediato de castigar por haberse delinquido— *quia peccatum*, razón de ser retributiva de la pena y su función justicialista, no impide que a la misma vengan asignados otros objetivos mediatos; uno entre los más útiles y nobles es, por cierto, aquél de reeducar y resocializar a los fines de conseguir el reinsertamiento del delincuente en la vida de la comunidad. Bien se entiende, naturalmente, que, sobre el plano de las jerarquías ideales, la función retributiva debe gozar de un primado absoluto; toda otra consideración, por bella y deseable que aparezca, o que en otro terreno, efectivamente, lo sea, se pone como secundaria sobre el terreno puramente jurídico sobre el cual se imposta el problema”. Y BETTIOL (44) acepta también la reeducación y la enmienda como fin de la pena, pero no como fin primario. “Una cosa es afirmar —dice— que, a través de su modo de ser retributivo, la pena puede determinar la más alta y verdadera forma de recuperación del reo (su enmienda moral) y otra es colocar la enmienda en el eje del sistema penal aún espiritualístico, como meta final obligada del castigo, porque, aun en tales términos, vendría gravemente a atentarse al más alto bien del hombre, que es su libertad en el bien y en el mal”.

Por otra parte, el fin de la reeducación aparece recogido y mencionado en algunas de las Constituciones y Códigos penales más modernos. Así, en Italia, el artículo 27 de la Constitución de 27 de diciembre de 1947 expresa que “La pena no podrá consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y deberá tender a la reeducación del condenado”. El Código ruso de 1960 establece en su artículo 20 que “La pena no es solamente un castigo por una infracción cometida, sino que tiene por fin también corregir y reeducar a los condenados en un espíritu de lealtad en el trabajo, de estricta ejecución de las leyes, de respeto por las leyes y las reglas de la vida en común socialista, así como el fin de prevenir la comisión de nuevas infracciones, tanto por parte de los condenados como de otras personas. La pena no tiene por fin causar sufrimientos físicos o humillar la dignidad humana”.

En igual sentido se pronuncian los Códigos: Checoslovaco (1950), Búlgaro (1951), Yugoslavo (1951), Sueco (1962) y Etíope (1955).

En Argentina, el Reglamento de la Penitenciaría Nacional, dictado por el Poder Ejecutivo provisional, en su artículo primero, establece que la ejecución de las penas de libertad tiene por objeto la readaptación social del condenado.

En Portugal, el artículo 29 de la Reforma Prisional dispone que: “La ejecución de las penas privativas de libertad se ha de realizar en forma de que conserven el necesario valor intimidativo, aunque concurrentemente se procure la readaptación social del delincuente”.

(44) Puntii fermi in tema di pena retributiva. Scritti Giuridici. Tomo II. Padova, 1966.

En Francia, la Comisión para la Reforma Penitenciaria, constituida en diciembre de 1944, adoptó un programa de 14 puntos, entre los cuales figuraba como primero el siguiente: “La pena privativa de libertad tiene por fin esencial la enmienda y la readaptación social del condenado...”.

En Alemania, el ministro Gurtner (45), artífice de la Reforma Penal del Tercer Reich, afirmó, en una conferencia pronunciada en Roma en 1939, que la ejecución de la pena tenía un contenido educativo, reconociendo como fin esencial de la pena el de la readaptación social de los detenidos enmendables que, a su parecer, son la gran mayoría. Por su parte, los penalistas Dahm y Schaffstein (46) sostuvieron también que el Estado autoritario debía elegir aquella forma de ejecución que pudiera dar los mejores resultados para la resocialización del delincuente. Posteriormente, la Gran Comisión encargada de preparar el proyecto del Nuevo Código penal alemán, en la sesión de 29 de junio de 1956, a propuesta del profesor Mezger, estableció que: “La pena debe corresponderse con la culpabilidad del delincuente y servirá para prevenir futuros delitos y para proteger la seguridad de la Comunidad y *para la reincorporación social del delincuente*”. Sin embargo, en la primera lectura del ante-proyecto, se suprimió toda mención a los fines de la pena, supresión que se mantuvo en la segunda, al redactar el artículo segundo, que pasó a formar el artículo sesenta, en el que se hace constar sucintamente que el fundamento para la medida de la pena es la culpabilidad del autor, sin ninguna otra referencia a los fines.

La reeducación o resocialización comprendería así todo aquello que pueda inducir no sólo al reo, sino también a sus coasociados a mantener sus actividades dentro de los límites marcados por la Ley. Por eso, dentro del fin de la reeducación, comprendemos no sólo la función de la pena como pedagogía de la vida social, tanto en el exterior como en el interior del condenado, sino su función de “contraspinta”, como motivo de inhibición para todos los hombres. Como dice un proverbio chino refiriéndose a esta función de prevención general, “la pena vela mientras todo duerme”, por lo tanto, su imposición y ejecución en otros sería una admonición para todos, algo así como si se les dijera: “esto que no hemos permitido a éste, tampoco os lo permitiremos a vosotros”. Así podrían ser comprendidos dentro de este fin aquellos otros de prevención general y especial que muchos autores quieren destacar como autónomos.

Mezger, en su *Studiembuch*, pone de manifiesto que la prevención general es actuación pedagógica-social sobre la colectividad. Aunque la pena estatal —dice— sea —y lo es siempre— una medida frente al individuo a quien se le conmina, impone y ejecuta la pena, tiene una amplísima significación que va mucho más allá de la significación

(45) Il concetto direttivo della nuova esecuzione penale tedesca in *Rev. di Diritto penitenziario*, 1939, págs. 592 y sig.

(46) *Liberales oder autoritares Strafrech.* Kiel, 1933.

particular que posee en cada caso. La pena actúa y debe actuar a la vez sobre la Comunidad Jurídica y sobre la conciencia de la colectividad “intimidando” y, por consiguiente, previniendo el delito. Al mismo tiempo debe servir para “educar la conciencia de la colectividad hacia sentimientos más humanos, esto es, contrarios a la comisión del delito”.

Así, pues, la intimidación resulta también instrumento pedagógico, pero a condición de que sea justa y proporcionada, no desmesurada, porque entonces se convertiría en tiranía y provocaría el instinto de rebeldía que convierte al hombre en una ser tan irracional como el que lo castiga. La pena, racionalización de la venganza o venganza racionalizada, debe ser, por ello, necesariamente mesurada y justa para no engendrar el sentimiento de la injusticia, pero esa mensuración, como hemos dicho, no puede atenerse a otro módulo que al de la culpabilidad del reo, como se sostiene casi unánimemente.

Pero para resocializar o reeducar hay que utilizar medidas adecuadas aplicadas por personal preparado y en establecimientos idóneos. Las medidas penitenciarias deberán ser medidas pedagógicas en el sentido de que la Pedagogía es ya una ciencia muy madura para que podamos prescindir o desaprovechar sus postulados. El que un hombre pueda reeducarse sólo en un ambiente inadecuado, únicamente por tenerlo encerrado entre cuatro paredes durante un período de tiempo más o menos largo, sometido a unas medidas puramente disciplinarias, es una tremenda equivocación, cuando no una irreparable negligencia, pensar en que se produzca el arrepentimiento como una planta espontánea en el alma del preso cuando todo inspira a éste el resentimiento, confiar en una conversión de dentro afuera, es esperar todos los días un milagro de la Gracia Divina, en hacer del milagro, que es lo extraordinario y, por ello, la derogación de las leyes de la probabilidad, en este caso psicológica, un suceso vulgar que debería producirse forzosamente todos los días.

Cualquiera puede comprender que ésto no es así; la resocialización o reeducación necesita de métodos pedagógicos, necesita de una nueva Ciencia que aún está en sus comienzos y que debería denominarse Pedagogía Penitenciaria o Pedagogía Criminal, una ciencia que enseñase al personal de las Prisiones, de los Reformatorios y de las Casas de Custodia, a los Jueces y a los Criminólogos, a los Médicos y a los Asistentes Sociales a dar el debido trato a los delincuentes en general y a cada individuo en particular.

Pero la cuestión requiere, además de principios científicos en la formación del personal, una planificación de los medios a emplear y de los fines a conseguir en cada delincuente o, por lo menos, en cada tipo de delincuentes, y al llegar a este punto no quiero dejar de rendir homenaje a la humanidad que he observado en el personal de las prisiones españolas, que aun falto de medios y de esa planificación de que hablamos —y que ahora está en estudio por la Dirección General de Prisiones— otorga a los reclusos un trato cordial y bondadoso,

sin olvidar en ningún momento la inextinguible dignidad de la persona humana, aunque sea caída.

En nuestro Código penal no se mencionan los fines de la pena, pero sí se hace en el artículo primero del Reglamento de Prisiones de 15 de junio de 1956, que establece que “la ejecución de las penas y medidas de seguridad tiene por objeto una labor reformadora con arreglo a los principios y orientaciones de la ciencia penitenciaria”.

Esto no obstante, determinados artículos de aquel Cuerpo Legal nos ponen sobre la pista de cómo el Legislador español busca también el fin de resocialización, como se deduce de la redacción dada al artículo 82 del Código penal, que ordena la suspensión de la pena personal cuando el delincuente cayera en enajenación después de pronunciada sentencia firme o cuando se hallare cumpliendo condena. Este hecho de suspender la pena cuando el delincuente se ha convertido en inimputable, implica tácitamente la idea de la reeducación, puesto que si así no fuera no habría por qué interrumpir su ejecución, a no ser que se quisiera sostener la inhumana versión de que el condenado al ponerse loco pierde su capacidad de sufrimiento y hay que esperar que la recobre para que asimile este y lo sienta en plenitud de conciencia. Manifestaciones asimismo de la idea resocializadora son también, a mi juicio, los preceptos que reglamentan la condena y la libertad condicionales (art. 92 y siguientes) y la redención de penas por el trabajo (art. 100).

Más abiertamente, el Ante-Proyecto de Revisión del actual sistema de clasificación, que ha sido recientemente elaborado por la Dirección General de Prisiones y que se halla al nivel de los más modernos Reglamentos, tanto europeos como americanos que conocemos, dispone que dentro del sistema progresivo (que tiene profunda raíz en la tradición española a partir del insigne penitenciarista Coronel Montesión), que determina el artículo 84 del Código penal, el tratamiento comprenderá tres grados, que serán los de: *educación*, *readaptación social*, con tratamiento dirigido en un clima de confianza, y de *reinserción social*, en situación de semi-libertad, que se corresponden con los tres tipos de establecimientos proyectados: cerrado, intermedio y abierto.

Aquí parece establecerse una clara distinción entre los fines de reeducación, o sea, la facilitación al preso de una enseñanza religiosa, intelectual, moral y social tendente a suplir las deficiencias que, en estos aspectos formativos presente el recluso, poniéndose especial cuidado en prestarle ayuda para que descubra y desarrolle las virtudes positivas de enmienda que la mayor parte de los hombres poseen en estado latente; de la *readaptación*, o sea, la creación de hábitos de responsabilidad y de la *reinserción*, que es el grado más avanzado y viene a significar la vuelta o la nueva integración del recluso, una vez corregido, en el complejo engranaje de la sociedad que le rodea, como hombre dueño de sí mismo y libre de sus pseudo-determinismos.

Para ello se emplearán métodos psicológicos, pedagógicos, psicopedagógicos, médicos y sociales, siendo la esencia de todos ellos —dice sabiamente el Ante-Proyecto— el influjo del carácter científico sobre la conducta, previo conocimiento del modo de ser del recluso, a los fines de insertarlo nuevamente en la sociedad que es lo que, como vimos, constituye la reeducación o resocialización.

Si los factores criminógenos surgen de la constitución o del ambiente, habrá que combatirlos con medidas de una y otra clase, para lo cual, indudablemente, es necesario conocer primero el modo de ser, la constitución y el medio de que vivió el recluso, para determinar cuáles son los factores que le han llevado al delito y tratar de atenuarlos o apartar al individuo de su esfera de influencia.

5. Ya hemos visto que la resocialización no es intentable solamente a través de las medidas de seguridad, sino también por medio de las denominadas penas propiamente dichas, como reconocen muchos de los partidarios del sistema dualista o de la doble vía, que se basa en la aplicación de unas u otras, según la culpabilidad o peligrosidad del delincuente o la prevención o retribución del delito.

Sin embargo, estimamos que si se da a las penas un contenido pedagógico y resocializador, la medida de seguridad resulta totalmente innecesaria, cuando no contraproducente; pues si el penado ha sido ya corregido por la pena, parece abusivo aplicarle posteriormente una medida de seguridad.

Las medidas de seguridad fueron creadas y tuvieron utilidad cuando la pena tenía sólo un fin retributivo, pero ya hemos visto que esta idea ha desaparecido para dejar paso a la reeducación o resocialización a la función reformadora de la pena que llega a confundir a ambas (47). Esta identidad es reconocida por positivistas de la categoría de GRISPIGNI, que en su ponencia sobre este punto, desarrollada en el VI Congreso Internacional de Derecho penal, al postular la sustitución de la pena por la medida puso de relieve el hecho de que muchas veces se cumplen ambas en el mismo establecimiento y bajo el mismo régimen penitenciario y toda la diferencia entre ellas se cifra en que la pena se purga en el ala derecha del edificio y la medida de seguridad en el ala izquierda. Otras veces —sigue diciendo GRISPIGNI— esta repartición ni siquiera existe, y si la medida constituye un añadido o suplemento, el condenado, después de la expiación de la pena, permanecerá en el mismo establecimiento para pasar el tiempo suplementario como medida de seguridad.

En la misma línea y en el mismo Congreso, Cornil (48) afirmó que las diferencias entre pena y medida son meramente externas, más bien de grado que de naturaleza.

(47) Comptes Rendus. Association International de Droit penale. Milano, 1957.

(48) *Ob. cit.*

Del Rosal (49) opina igualmente que si bien la separación debe mantenerse, aunque no sea más que por tradición, la diferencia es más de orden técnico que sustancial, e Ivar Strahl (50), profesor de la Universidad de Upsala, sostiene que, en principio, el tratamiento de los condenados a una pena privativa de libertad no difiere mucho del tratamiento de aquellos que tienen que sufrir una medida de seguridad. Este tratamiento, tanto en un caso como en otro, viene orientado hacia la resocialización del detenido y queda fuera de cuestión hacer sufrir a éste un régimen más riguroso que aquel que sea necesario para atender a tal fin. Por ello, Antolisei (51) pone agudamente de relieve que si la medida de seguridad tiene por fin readaptar al culpable a la vida social, también la concepción moderna de la pena estima tal contenido como preponderante.

En una palabra, para los partidarios de la identidad, ambas sanciones suponen la comisión de un delito; consisten en la privación de bienes jurídicos y sirven tanto para intimidar a la generalidad (prevención general) como para readaptar o hacer inocuo al individuo (prevención especial), y las dos son aplicadas por la jurisdicción penal.

Sin embargo, existen autores que, disconformes con esta tesis, tratan de ahondar diferencias, estimando que la retribución exige que la pena tenga que ser un mal y la medida de seguridad es una medicina para el alma, una medida educativa y, por tanto, un bien para el delincuente y no un mal como requiere la justicia retributiva. Pero tal argumento, a nuestro juicio, sólo tiene un valor aparente que se desvanece en cuanto profundicemos en la naturaleza de la medida de seguridad, para darnos cuenta de que, en definitiva, también ésta supone pesadas restricciones en la esfera de los derechos y de la libertad individual, a veces mucho más intimidativas y mucho más temidas por los delincuentes, como han puesto de relieve autorizados penalistas; lo que no tiene nada de extraño si se piensa en la indeterminación del tiempo de duración de la medida, la mayor molestia que suponen los tratamientos clínicos (curas de desintoxicación, electrochocs, etc.) y la inaplicación de la condena y la libertad condicio-

(49) Esquema de un Anteproyecto del Código penal español. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1964.

(50) Actas del Congreso de Roma, ya citadas.

(51) Pena e misure di sicurezza in Scritti di Diritto penale. Milano, 1955. ANTOLISEI dice: La pura pena, la pena vacía de todo contenido, la pena que es solamente un mal para quien la sufre está ya muerta y sobre ella se puede ya cantar un réquiem. La pena moderna tiene el fin de readaptar el culpable a la vida social, como demuestran no sólo varias disposiciones de ley, sino todo el ordenamiento del régimen penitenciario en los países de elevada cultura, régimen que siempre ha tendido a esta finalidad nobilísima. En fin, que no existe nada que haga imposible el fundir la pena con la medida de seguridad, porque —conviene repetirlo— si la pena por su naturaleza es afflictiva, también es afflictiva por necesidad de las cosas, la medida de seguridad; y, si la medida de seguridad mira a readaptar el delincuente a la vida social y la pena actualmente también tiene ese fin. ¿Qué es lo que impide entonces que se llegue a una unificación?

nales, los indultos, la prescripción y la retroactividad de la medida más favorable. A este respecto, ya el profesor Cuello Calón puso de manifiesto que la pérdida o restricción de la libertad es siempre dolorosa (52), sobre todo cuando la medida es de larga duración, especialmente cuando es de duración indeterminada, pues no siendo conocido de antemano el día de la ansiada libertad, se causa al condenado, por la incertidumbre que origina, un sufrimiento mayor que el producido por la pena predeterminada; por otra parte, la definición que da Cuello de las medidas de seguridad como “especiales medios preventivos, privativos o limitativos de bienes jurídicos, impuestos por el Estado a determinados delincuentes peligrosos para lograr su readaptación a la vida social (medidas de educación, corrección y curación) o su separación de la misma” cubre perfectamente también el contenido de las penas, lo que viene a constituir otro fuerte indicio de que la separación es puramente nominal, al igual que la autorización al juez para que pueda sustituir una sanción por otra, autorización postulada en el citado Congreso de Roma por los partidarios del mantenimiento de la distinción, quizá sin darse cuenta que la posibilidad de tal sustitución derrumba —el decir de Von Listz—, como un infantil castillo de naipes, la contraposición entre penas y medidas de seguridad; y revela, como asegura Lilienthal, la inexistencia de diferencias prácticas entre una y otra (53).

Tal identidad, que llevó a Grispigni a proponer la supresión de la pena y su sustitución por la medida, nos lleva a nosotros, por el contrario, a postular la desaparición de las medidas y la fusión de todos aquellos medios intimidativos y de privación de bienes jurídicos aplicados al delincuente para resocializarlo, bajo la clásica bandera de las penas. Ciertamente creemos que no hay por qué armar toda esa algarabía jurídica alrededor de tales medidas, tratando de independizarlas en una nueva categoría, cuando es así que la mayoría de ellas se hallan ya contenidas en los Códigos y en los Reglamentos penitenciarios como penas o modo de ejecutarlas. Ni el internamiento en un manicomio judicial, ni una cura de deshabitación, ni el destino a un establecimiento de trabajo o la inhabilitación o privación del carnet de conducir, así como la prohibición de vivir en zona fronteriza, son otra cosa que modalidades de ejecución de la pena impuesta judicialmente al delincuente, y no existe ningún inconveniente en que se apliquen como penas —por ser privación de bienes jurídicos— impuestas por la autoridad judicial a una persona imputable. Ahora bien, las medidas aplicadas a los inimputables no pueden tener, a nuestro juicio, carácter

(52) El ciclo de Estudios de la ONU, celebrado en El Cairo en 1953, introdujo en las llamadas reglas mínimas para el tratamiento de los detenidos el siguiente principio: Las penas, o las medidas que tienen por efecto apartar a un individuo del mundo exterior, son afflictivas por el hecho mismo de que despojan al individuo del derecho de disponer de su persona privándole de su libertad.

(53) *Zeitschrift p. ges. Strafrechts Wissenschaft*, XV, pág. 112.

penal, sino que son puras sanciones o determinaciones administrativas que podrían ser algún día recurribles, no ante los Tribunales penales —como lo son hoy—, sino ante la jurisdicción contencioso-administrativa, al igual que ahora lo son las medidas lesivas de carácter patrimonial tomadas por el Poder ejecutivo.

Por tanto, no hay por qué recurrir a sostener la categoría de las medidas, que complican la técnica penitenciaria, sino que basta simplemente con la modernización de las penas y de las prisiones y con la puesta a punto del personal de las mismas por medio de una preparación pedagógica y criminológica adecuada.

Ahora bien, el hecho de que la pena sea, o deba ser, instrumento de resocialización o de reeducación no implica, necesariamente, que sea un bien y que el delincuente tenga derecho a ella, como en brillantísima paradoja sostuvo nuestro Dorado Montero. El devolver bien por mal y el entregar la capa a quien te la disputa podrá ser evangélico, pero no obligatoriamente jurídico. El Derecho, como ordenador de los valores colectivos, tiene exigencias objetivas que la virtud de la caridad y la gracia desconocen. Si, conforme a las enseñanzas de Kant y Hegel, el Derecho es retribución que debe devolver mal por mal, dudamos que el Estado, como mandatario del ofendido, pueda cambiar el mal de la pena, fijado por la Ley *erga omnes*, con medidas de caridad y de perdón que no se hallan propiamente legalizadas.

Estamos conformes con Grispigni, con Crisafulli, con Germain y con Antolisei, en que, si existe una identidad real, sobran distinciones científicas, y si no hay diferencia entre la pena y la medida, es inútil crear este nuevo instituto, desdibujando con debilidades y dudas teóricas las clásicas líneas de la pena, cuando una mejor orientación hacia el fin de la resocialización y un aumento de la diversidad en el arsenal de estas últimas, permitirían tratar de una manera apropiada las diferentes categorías de delincuentes sin mayores complicaciones teóricas.

6. Pero para educar y resocializar, fin común de la pena y de la medida, es necesario individualizar, es decir, conocer al individuo con sus defectos y sus virtudes, integradas en el mosaico de su personalidad, para tener una visión de conjunto sobre ésta, y poder averiguar qué es lo que ha fallado en el proceso de su socialización, es decir, las causas o factores que le han impulsado a conculcar el ordenamiento jurídico-social realizando el hecho delictivo en contraposición al mandato legal, al mismo tiempo que medir y valorar la actitud o participación psicológica o espiritual que el agente ha observado con respecto a su acto, que nos dará la medida de su culpabilidad.

Sólo sabiendo en qué consisten las fallas de los habituales estratos de socialización, la tectónica estructural del sujeto con sus instintos, complejos, tendencias y predisposiciones, así como sus sentimientos, educación cultural o laboral y mundo circundante donde vive, puede llegarse a determinar su culpabilidad, operación estrictamente indis-

pensable para la aplicación de la pena y para saber qué es lo que hay que corregir en el sujeto, función de diagnóstico previa al tratamiento, que, sin ella, tendría muchas posibilidades de fracasar. Sería como si, por ejemplo, un médico llegado a la cabecera de un enfermo con fiebre recetase, nada más que por el síntoma y sin hacer el diagnóstico de la enfermedad, veinte inyecciones de penicilina y se marchase para no volver más, ya que el enfermo podría curarse tan sólo con diez, o no curarse por necesitar treinta o cuarenta, o por no ser tributaria la enfermedad de un tratamiento con antibióticos. Pues bien, en definitiva, esto es lo que estamos haciendo con la pena. Tratamos con idéntica medicina (penas de privación de libertad) las más distintas enfermedades (violación, falsedad, robo, homicidio, desacato, etc.) e imponemos las mismas dosis sin tener en cuenta la naturaleza del enfermo al que las aplicamos (así, en el robo cometido en coautoría por dos individuos, en el que, mientras uno lo hace para obtener dinero y satisfacer su vicio del juego, otro lo necesita para dar de comer a una familia numerosa, o para pagar una operación de vida o muerte de su madre). Se me dirá que para estos casos han sido creadas las circunstancias atenuantes, pero éstas constituyen una individualización tan rudimentaria y basta para la mayoría de los casos concretos, que no sé siquiera si debería considerarse como individualización, ya que no tiene en cuenta al individuo más que a través de determinadas particularidades que, a veces, no revelan en nada la personalidad del delincuente.

Sin embargo, la idea de la individualización sigue luchando victoriosamente y tratando de abrirse paso desde finales del siglo pasado, sostenidas por tan brillantes campeones como E. Wahlberg (54), F. Von Listz (55), Rosenfeld (56), Aschaffenburg y, sobre todo, R. Saleilles (57), en su magistral tesis sobre la individualización de la pena, y modernizada por distinguidos maestros, como son: H. Droste —1930— (58), Karl Engisch —1953— (59), Marc Ancel —1953— (60), Donnedieu de Vabres —1951— (61), Del Rosal —1953— (62) y Würtemberger —1959— (63), quienes han roto lanzas en favor de la misma, ayudados por el progreso y perfecciona-

(54) Prinzip der Individualisierung in der Strafrechspflege. Viena, 1869.

(55) Lehrbuch, 7.^a edic. Berlín, 1896.

(56) Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrecht Allgemeiner Teil. Vol. III.

(57) La individualizatione de la peine, 1898. Traducción española de la 2.^a edición de Hinojosa. Madrid, 1914.

(58) Das Problem einer Individualisierung in Strafrecht.

(59) Die Ideocodex Kon Kretisierung in Recht und Rechwissenschaft unserer Zeit. (1953).

(60) La Défense Sociale Nouvelle. París, 1954.

(61) Actes du Ième Congrès International de Criminologie. París, 1951.

(62) La personalidad del delincuente en la moderna técnica penal. Valladolid, 1953.

(63) Die geistige Situation der Deutschen Strafrechtswissenschaft. Karlsruhe. 1959.

miento de los estudios criminológicos y por el auge adquirido en Europa por la doctrina de la Nueva Defensa Social.

Esta individualización alcanzaría a las tres fases: Legislativa, Judicial y Administrativa en la creación, determinación y ejecución de la pena; debiendo entenderse por individualización, como lo hace WÜRTEMBERG, "la adaptación de los medios de reacción jurídicos, diferenciados en su especie, medida, duración y ejecución y adaptados a las singulares características de la personalidad del sujeto agente a los fines conjuntos señalados por la política criminal". Notorio resulta que este conocimiento de la personalidad del delincuente y de su culpabilidad como base necesaria e indispensable para el señalamiento o fijación de un tratamiento penitenciario, sólo será posible a través de la Biología, la Psicología y la Sociología criminales, que integran la Ciencia de la Criminología que ha llegado ya a su mayoría de edad, sobrepasando la fase teórica para entrar en la fase práctica iniciada con tan magníficas realizaciones, como los Centros de Investigación Biológico-Criminal, de Baviera; el Instituto de Biología Criminal, de Graaz (Austria); el Centro Nacional de Observación, de Fresnes (Francia); el Instituto de Observación de Rebibbia (Italia) y el Centro Penitenciario de Santiago de Chile, que funciona en colaboración con el Instituto de Criminología de dicha capital.

Pero la más interesante de estas tareas de individualización a las que el Prof. Quintano dedicó, en su día, un fundamentado y brillante trabajo (64), es la de la individualización judicial. Para llevarla a cabo con ciertas probabilidades de éxito, es preciso que el Juez pueda y sepa escoger los medios y los modos de resocializar al delincuente; es necesario, sobre todo, que conozca la personalidad de éste, pues sólo poseyendo tal llave maestra podrá determinar los posibles efectos individuales de la pena que aplica, al igual que el médico tiene que conocer no sólo la enfermedad que padece el enfermo, sino la naturaleza de éste para precisar los medicamentos y las dosis que deberá emplear en el caso, así como sus posibles contraindicaciones en función de aquélla, lo que constituye la ciencia de la Terapéutica Médica, y si en Medicina se ha dicho —y hoy se halla demostrado— que "no existen enfermedades, sino enfermos", en la práctica criminal y penitenciaria podríamos también decir, con igual o mayor fundamento, que "no existen delitos, sino delincuentes". Sólo después de alcanzado el conocimiento de la personalidad del delincuente, es posible hacer una buena justicia, que, como ha dicho DROSTE (65), no significa otra cosa, en definitiva, sino tratar al hombre según las particularidades de su personalidad.

A este fin, T. H. WÜRTEMBERG (66) pone admirablemente de relieve que una eficaz actuación individualizadora de las consecuencias pe-

(64) Individualización de la pena. Nueva Enciclopedia Jurídica. Seix. Tomo XII. Madrid, 1965.

(65) *Ob. cit.*

(66) *Ob. cit.*

nales del ilícito, por obra del Juez o de los órganos de ejecución, puede tener éxito solamente en tanto en cuanto se realicen una serie de presupuestos esenciales. Tratándose en el problema de la individualización de una adaptación de los medios penales a las particulares reacciones del delincuente, la eficacia de este extenso principio viene vinculada a una investigación sistemática de la personalidad del sujeto agente...; solamente después del examen de las características de la personalidad criminal en el caso concreto, el Juez y el Órgano de la Ejecución estarán en condiciones de hallar las posibilidades de intervención frente al reo que mejor se justifiquen desde el ángulo visual de la Política criminal. No es, sin embargo, suficiente —puntualiza el destacado Prof. de Friburgo— reconocer tal exigencia en el terreno teórico, sino que debe ser emprendida seriamente la tentativa de asegurarle plena validez en la cotidiana práctica de la administración de Justicia.

Pero así como el médico para llevar a cabo su quehacer positivo tiene que poseer extensos conocimientos, no sólo de Anatomía, Fisiología y Patología, sino también de Terapéutica, así, en el terreno jurídico, el Juez que pretenda realizar seriamente su labor de individualización y resocialización tendrá que conocer, además del Derecho penal, la Criminología en sus vertientes biológicas y sociológicas y la Penología.

El Prof. Di Tullio (67), con su dilatada experiencia y su extraordinario saber criminológico, destaca claramente la necesidad de tales conocimientos diciendo: "Admitido que el delito antes de ser una infracción de la norma jurídica es una forma de conducta que tiene una historia propia y que, por tanto, no puede ser conocida en su aspecto psicológico y social y en su valor moral sino se la considera en relación con la personalidad del reo, es evidente la razón por la cual el proceso penal deberá basarse siempre más rigurosamente sobre indagaciones de una doble naturaleza: una, jurídica, dirigida a acertar la existencia del delito, y la otra, antropológica, dirigida a conocer la personalidad de quién lo ha cometido, con el fin de individualizar la pena y de proveer a su reeducación".

Conscientes de tal necesidad, muchos y muy destacados penalistas han venido reclamando constantemente una formación criminológica en el Juez, que consideran indispensable en tal tarea. No vamos ahora, y aquí, a repetir las conclusiones emitidas sobre este punto por los Congresos Penales y Penitenciarios de Londres (1925); Palermo (1933); Roma (1938); La Haya (1950) y en el II Curso Internacional de Criminología de París (1952); ni tampoco referirnos a los diversos autores que, con un verdadero aluvión de argumentos y lógicas razones, han postulado lo mismo, porque la lista sería verdaderamente interminable e iría desde las inolvidables páginas de DORADO MONTERO y H. GROSS hasta las muy brillantes leídas úl-

(67) Personalità e delitto nella scienza e nella politica criminale moderna. (Discurso de clausura del V Curso Internacional de Criminología. Roma, 1955.)

timamente por mi querido maestro, el Magistrado del Tribunal Supremo y Director de la Escuela Judicial, De Miguel Garcilópez, con ocasión de la clausura del pasado Curso del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid (68), pasando por las de: Von Listz, Saldaña, Jiménez de Asúa, Cuello Calón, Di Tullio, Würtemberg, Marc Ancel y P. Bouzat, entre otros muchos. Sin embargo, no queremos dejar de reproducir aquí las frases que otro de mis maestros, el Prof. del Rosal, dedica el tema, quien, con el dominio de la cuestión que le facilita su triple condición de eminente figura del Foro, destacado maestro universitario y autorizado criminólogo, pone de relieve la necesidad de tal formación exponiendo que: "En ningún otro Derecho como en el Penal está la persona tan en primer plano, como tampoco se da con tanta frecuencia la aparición de elementos irracionales. Por esto, la construcción del pensamiento jurídico penal ofrece un panorama sobrecargado de complejidad que las más de las veces escapa a una concepción tan precisa como deseara el estudioso. La ascensión del hombre delincuente al punto de mira del tratadista nos impone, aparte de una ampliación del objeto del Derecho Penal, un inexcusable deber de interpretar y aplicar el precepto penal en referencia inmediata a la persona concreta y real de que se trata. De aquí el peligro que encierra todo proceso de demasiada abstracción y generalización en el Derecho penal, porque la norma penal, aunque se ha formado en virtud de una estilización de los hechos reales, siempre cobrará su valor y eficacia en la aplicación a una acción concreta y a un autor particular. Esta doble vertiente de hecho singular y persona particular sólo aparece con mayor realce y vigor en la tarea interpretativa del estudioso de la norma... Pero el conocimiento del delito y de la persona, en el proceso de su origen y en el mundo de las constelaciones interiores motivadoras de la conducta, no pueden ni tan siquiera entreverse si no estamos en posesión de una formación criminológica. Esta nos pone en pareja de dar con las raíces de las deliberaciones delictivas y aprehender la infracción criminal en relación con una persona concreta y real. Ahora se comprende claramente la importancia y decisión que en la tarea interpretativa reviste la formación criminológica... En la administración de la justicia criminal, la necesidad de esta formación en las personas llamadas a ejercerla cobra acentos de acuciante necesidad. En la práctica de la Administración de Justicia penal, la fijación de los hechos —principal misión del Juez— para después verificar la valoración jurídico-penal de los mismos, lleva consigo, en mayor escala que en la práctica civil, un enjambre de problemas psicológicos y técnicos por demás interesantes, si quiere hacerse una justicia penal con perfecto conocimiento del mundo penal en su doble significación de hechos y personas criminales... Todos los autores coinciden, sin excepción, en que la eficacia de las

(68) La Criminología y el Juez penal. Discurso de clausura del Curso 1965-1966 del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid.

medidas penales contra la delincuencia aplicadas por el Juez tendrán un mayor rendimiento si éste posee una formación criminológica” (69).

Esta formación criminológica en nuestra Patria solamente está atendida a nivel universitario por los Institutos de Criminología de Madrid y Barcelona, dirigidos por los Catedráticos de Derecho penal profesores Del Rosal y Pérez Vitoria, respectivamente. Para los funcionarios de las Carreras Judicial y Fiscal, se explica en la Escuela Judicial la disciplina desde hace unos cuantos años y también en la Escuela de Estudios Penitenciarios se suministran tales enseñanzas a los funcionarios de prisiones.

Sin embargo, no basta que la individualización se estime necesaria, sino que es preciso crear en las Leyes de Procedimiento el necesario ámbito dentro del que legalmente pueda efectuarse. Resulta deprimente y decepcionante que en este renacimiento del humanismo penal, que por fortuna se halla en auge, los Magistrados del Tribunal que juzga al reo, más bien que tener en cuenta la persona del delincuente, a quien observan en la mayoría de los casos un cuarto de hora sentado frente a ellos en el banquillo de los acusados, lo que juzgan es a “un hombre en conserva”, momificado y empapelado en determinadas situaciones con relación al hecho concreto a través de los amarillentos folios de los autos sumariales (70). Si hemos de acometer la tarea individualizadora con las mínimas garantías de acierto, sería necesario instrumentar procesalmente un examen biológico y sociológico del imputado, efectuado por peritos oficiales, antes de imponerle la pena (71). Esto podría hacerse creando una llamada *Pieza de Personalidad*, que al lado de las otras dos piezas de Situación Personal y Responsabilidad Civil, aportaría al sumario los necesarios datos complementarios,

(69) Principios de Derecho penal español. Vol. I. Valladolid, 1945. Este problema linda con aquel otro de la especialización del Juez, en el que no deseamos penetrar hoy y que fue ardientemente sostenido por Carnevale en el Congreso de Palermo, bajo el slogan de que “El nuevo Derecho penal debe adquirir un nuevo Juez”.

Y Saleilles, el campeón de la individualización, preconiza la formación criminológica de los futuros Magistrados sobre su formación jurídica diciendo que “el simple conocimiento de los textos legales y de sus combinaciones, más o menos sùtiles, no es más que un punto que resulta bien secundario en el Juez penal. Es el conocimiento de los hombres el que debe primar totalmente”. (*Ob. cit.*).

(70) Como expresa F.H. PAPATHANASSIOU (*Le rôle du Juge repressif dans le Droit penal moderne*. París, 1955). El Juez represivo no puede mostrarse indiferente ante el abismo existente entre la justicia del Código y aquella que se hace todos los días; juzgar al reo solamente según el “dossier” es hacer un simulacro de justicia, es aumentar la criminalidad.

(71) El XII Congreso Internacional Penal y Penitenciario, reunido en La Haya en agosto de 1953, examinó la cuestión de si sería preciso establecer un examen del imputado antes del juicio, para ayudar al Juez en la elección de una medida apropiada a las necesidades del individuo delincuente, a la que dio una contestación afirmativa. En idéntico sentido se han pronunciado el VI Congreso Internacional de Derecho penal de Roma (1953) y el Congreso de Defensa Social de Anvers (1954), en los que se discutió largamente el tema de la observación del imputado anterior a la sentencia.

biológicos y sociológicos, para un mejor entendimiento y calificación de la persona y, en consecuencia, de la medida de su culpabilidad y de la elección de la sanción pedagógico-penitenciaria para enderezar al delincuente hacia la resocialización, estableciendo frenos inhibitorios para sus tendencias delictivas. Ciertamente, en muchos de los casos tal *pieza de Personalidad*, cuya formación se haría siempre por mandato del Juez, sería innecesaria, y en otros, poco útil, pero esto mismo serviría para tranquilizar la conciencia del sentenciante, que sabría con certeza que detrás de las actuaciones sumariales no quedaba ningún otro dato que como, por ejemplo, la deficiencia del coeficiente intelectual, etcétera, hubiese sido pasado por alto y pudiera hacer variar la valoración de la responsabilidad. Se nos dirá que esto ya está previsto y que conforme el artículo 381 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, "si el Juez advirtiera en el procesado indicios de enajenación mental, le someterá inmediatamente a la observación de Médicos Forenses en el establecimiento en que estuviera preso o en otro público, si fuera más a propósito o estuviera en libertad". Pero a ello podríamos contestar que el precepto citado tiene un margen demasiado restringido, pues está limitado a la enajenación y no tiene en cuenta que aún para advertir ésta también es necesario, en una gran parte de los casos, que el Juez posea esa preparación criminológica y, por tanto, psicológica y psiquiátrica de que hablábamos, ya que si bien los estados de demencia pueden ser advertidos por cualquiera, no así aquellos otros que, como la paranoia, epilepsia, locura circular, neurosis y psicopatía, deben ser comprendidos legalmente en el concepto jurídico de enajenación, en tanto en cuanto pueden suprimir o disminuir la imputabilidad y, consiguientemente, la responsabilidad o reprochabilidad de la conducta criminal (72).

(72) Por otra parte, la falta de formación criminológica del Juez le sume en un mar de confusiones y dudas, ante las luchas entabladas en estrados entre los peritos oficiales y los llamados peritos de la defensa, que recuerdan con demasiada frecuencia las peleas de gallos. A este respecto, LOCARD ha puesto de manifiesto que si bien no es posible exigir al Juez un conocimiento perfecto de todas las ciencias, si éste se halla verdaderamente a la altura de su cometido debe ser capaz, no de elaborar, pero sí de entender o leer un dictamen en sus conclusiones y de medir y valorar éstas. En este sentido, el verdadero contra-experto es el Juez, pero ésto supone que haya recibido una fuerte instrucción técnica que le capacite para ello. (Locard: "L'enquête criminelle et les méthodes scientifiques". París, s. f.).

En concordancia con LOCARD, DE MIGUEL escribe: "Lo dramático para el Juez es que, como "peritus peritorum", y con la amplísima potestad apreciativa, en conciencia, que le confiere el artículo 741 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrá de emitir constantes juicios de valor sobre Arquitectura, Ingeniería, Medicina y Cirugía, Bellas Artes, Finanzas, Modelos Industriales, etcétera, según sea el tema debatido en el proceso. Cuando sea la Criminología la que entre en juego, ésta iluminará el campo operativo del Juez penal, mostrándole caminos, pero sin desligarle del legal ni prefijarle ninguno de aquéllos, que sólo a él le corresponde decidir, ya que solamente a él se le pedirán cuentas sobre su acierto en la elección. Dogma éste de libre apreciación ju-

Claro es que este conocimiento adquirido por el Instructor "de visu" se transformaría y desfiguraría posteriormente a través de las actuaciones sumariales, suministrando al Tribunal Sentenciante un conocimiento mucho más incompleto y de segunda mano, de la personalidad del delincuente, por lo que quizás fuera extraordinariamente conveniente unificar los periodos de instrucción y de juicio oral, a fin de que fuese el mismo Juez que ha tenido contacto con el imputado, como "hombre de carne y hueso", el que dictase la sentencia, eligiendo el modo y el medio de resocialización, así como la duración de la pena. Y decimos duración de la pena porque estimamos que a los fines de tal resocialización ésta debería ser indeterminada, si bien solamente dentro de ciertos límites comprendidos entre un *minimum*, en atención al sentimiento retributivo, y un *máximum* como respeto al fundamental principio de la seguridad jurídica que, como hemos visto, tiene incluso reflejos en el estado psíquico con que el condenado acoge la sanción.

Esta individualización judicial debería ser complementada y perfeccionada posteriormente a la imposición de la condena, con una observación más detenida a los fines de clasificación del condenado, que, mediante ella, podría ser colocado en un grupo afin en el que recibiría una educación especial complementaria para tratar de equilibrar sus particulares carencias, así como el carácter y actitud del mismo frente a determinados supuestos, que es en lo que consiste la llamada clasificación, definida en el "Manual de Reglas Generales para un sistema correccional del Estado", publicado por la Asociación Americana Penitenciaria en 1946 como "Separación de los presos en grupos homogéneos según la edad, la naturaleza y el delito o del riesgo de evasión. Clasificación significa, en conjunto, el estudio del preso, la elección y la prescripción de la vigilancia, del trabajo, de la educación, de la formación profesional, del tratamiento médico, etc., que mejor conviene a sus propias necesidades y aptitudes; el control de sus progresos por exámenes periódicos; la modificación del programa, de tiempo en tiempo, si es necesario; y la formulación de recomendaciones concernientes a su liberación condicional en el momento oportuno". Por ello, otros autores, en vez de clasificación, creen más exacto hablar de diagnóstico, orientación o tratamiento. La clasificación se lleva a cabo, en la mayoría de los países, en unos Centros especializados que constituyen algo así como el banco de pruebas de la organización penitenciaria de cada uno de ellos. Estos establecimientos, que reciben el nombre de Centros de Clasificación, Institutos de Observación, o Clínicas Criminológicas, desarrollan una función de la que depende, en muchos casos, el éxito o el fracaso del tratamiento

dicial de la pericia, fundamental dentro del tema que nos ocupa, ya que es precisamente, por boca del perito criminólogo como la Criminología se manifiesta formalmente en las causas penales, lo que exige en el Juez una seria preparación criminológica, que será la mejor garantía de su independencia de hecho frente a los dictámenes periciales que se le ofrezcan.

del delincuente y como modelo de los mismos podría ser considerado el italiano de Rebibbia, que dirige el eminente criminólogo Di Tullio, asistido por un grupo de inteligentes colaboradores, entre los que podemos citar al magistrado Di Gennaro, al psicólogo Ferracuti y al neuro-psiquiatra Fontanesi, todos los cuales han escrito estudios de inapreciable valor sobre estos temas. La labor en Rebibbia se lleva en equipo, del que forman parte: un Asistente Social, un Educador, un Electroencefalografista, un Endocrinólogo, un Médico-internista, un Neurólogo, un Psiquiatra, un Psicólogo, un Radiólogo, un Penitenciario y un Magistrado. El examen se inicia por el estudio de un curriculum judicial y penitenciario preparado, al ingreso del detenido en el Instituto, por el Asistente Social, que lo distribuye a los técnicos encargados de examinar los diferentes aspectos del imputado y que los diversos especialistas integran con los datos respectivos en sus diversos campos; cuando éstos están ya informados, se convoca una Junta en la que se cambian impresiones y se discute el caso, discusión en la que toma parte predominante el Magistrado, quien valora el significado criminológico en conjunto de todos los datos recibidos, emitiéndose la decisión colegial sobre los procedimientos a emplear en el tratamiento del detenido, así como el establecimiento en que ha de cumplirlo (73) y, sobre todo, si ha de permanecer, o no, en Rebibbia, elevándose una propuesta, en un sentido u otro, al Ministerio de Justicia.

En Francia, dedicado a idéntica misión, el Centro Nacional de Orientación, de Fresnes, celebra también —bajo la presidencia de un funcionario judicial— sus reuniones de equipo, a las que asisten un Psiquiatra, un Psicotécnico, un Psicólogo, un Asistente Social, un Educador y el Subdirector del Establecimiento, en las cuales, después, de una cambio de impresiones, se llega o procede a la clasificación del imputado. En los establecimientos que funcionan a este mismo fin en Estados Unidos, dependientes del Gabinete Federal de Prisiones, funcionan asimismo unos Comités de clasificación que están integrados por cinco miembros en los establecimientos más pequeños y, en los grandes, por el director del establecimiento del Servicio de Clasificación, el Jefe del Departamento de Educación, un consejero de los Servicios de Orientación Profesional, el Médico-Jefe, un Psiquiatra, un Psicólogo, el Jefe del Servicio Social, el director de los trabajos industriales y varios asistentes sociales. Tal examen se verifica en un período de cuarentena, que oscila de dos a cuatro semanas, durante el cual se construye, con los datos recogidos, la historia del caso. Una vez formado este “dossier”, se reúne el Comité para cambiar impresiones y tomar decisiones y, en algunas casos, incluso es autorizado el preso para comparecer, permitiéndosele hacer observaciones y discutir el programa, antes de que sea tomada una decisión firme que comprenderá la organización del tratamiento correc-

(73) DI GENNARO, FERRACUTI y FONTANESI: “L'exame della personalità del condannato nell'Instituto di Osservazione di Rebibbia. Roma, 1960.

cional para cada preso y el establecimiento en que ha de cumplirse. Como modelo puede citarse el "Guidance Center" en la Prisión de San Quintín.

En España, la observación del imputado, desde el punto de vista psicológico-psiquiátrico, se realiza actualmente en los casos graves en el Sanatorio Psiquiátrico de Carabanchel, que funciona bajo la autorizada dirección médica del Dr. Velasco Escassi, quien viene efectuando una labor que consideramos como ímproba si la ponemos en relación con los elementos con que cuenta. Recientemente, en el Anteproyecto sobre la revisión del actual sistema de clasificación, elaborado por la Dirección General de Prisiones, y al que ya nos hemos referido (74), aparece estructurado un organismo semejante a los descritos, denominado *Departamento Central de Observación*, en el que funcionará un equipo técnico, que será el órgano asesor de la Dirección General de Prisiones en materia de clasificación y tratamiento de los reclusos, constituido o integrado por el director del Centro, que tendrá que ser necesariamente un funcionario de los cuerpos facultativo o especial de Prisiones con estudios de Criminología, al que corresponderá la representación del equipo en las relaciones con otras entidades públicas y privadas y la dirección de las tareas técnicas del mismo: un secretario, que, a la vez, ejercerá el cargo de subdirector del Centro, asimismo funcionario del Cuerpo especial licenciado en Derecho y con una de las especialidades que después veremos; un médico especialista (internista y experto en radiología y endocrinología), un psiquiatra versado en electroencefalografía), un psicólogo (con práctica psicotécnica), un licenciado en Pedagogía (con estudios de la variedad correccional), un sociólogo, un penitenciarista (versado en Derecho penal) y uno o dos asistentes sociales.

Dicho equipo técnico celebrará reuniones ordinarias cada diez días, en las que clasificará a los reclusos estudiados, previo informe de cada uno de los miembros integrantes del mismo, y se elevará a la Dirección General de Prisiones las correspondientes propuestas de traslado de los observados al establecimiento que corresponda. También preparará el informe completo, propio de cada recluso, con el resultado del estudio realizado sobre el tratamiento del mismo, para su envío al director del establecimiento al que sea destinado. Esta fundamental reforma aparece completada por la creación de veintiocho equipos de observación constituidos en veintiséis provincias y por los llamados equipos de tratamiento. El Anteproyecto, como habíamos dicho, en este punto aparece perfectamente acomodado a los sistemas más avanzados, pero, en la constitución del mismo, al lado de algunos detalles susceptibles de perfeccionamiento, nos encontramos con que se ha prescindido en absoluto de la presencia de un juez. A este respecto, podríamos recor-

(74) Anteproyecto que conocemos gracias a la amabilidad y cortesía del Ilmo. Sr. Director General de Prisiones, D. Jesús del Yerro Martínez, bajo cuya acertada dirección se está perfilando, y a quien queremos testimoniar aquí nuestro agradecimiento.

dar a aquella curiosa anécdota sucedida en la reunión de la Sociedad de Defensa Social, celebrada en San Marino en el año 1951, en la que cuando el relator general, M. de Vicentis, mencionaba la constitución de tales Tribunales, como hablase de la posibilidad de completarlo con un magistrado, varios de los miembros interrumpieron preguntando: "Pero, ¿también aquí es necesario un juez?" Si nosotros tuviéramos que contestar a tal pregunta, lo haríamos, sin dudar un momento, en sentido afirmativo, pero nuestra contestación podría ser estimada como demasiado parcial y subjetiva y, por ello, cederemos la palabra a un destacado jurista y profesor universitario, como M. Pierre Bouzat, secretario general de la Asociación Internacional de Derecho Penal, quien se expresa en los siguientes términos: "Nosotros rechazamos este extremismo. Ciertamente, si se quiere que la sanción penal sea un medida eficaz de tratamiento, de resocialización, es preciso que haya un responsable para ordenar, seguir, dirigir y controlar este tratamiento. Nosotros estimamos que un magistrado es más apto que cualquiera para desempeñar este papel indispensable. Es, en efecto, el magistrado el que, según una fórmula célebre: "debe, a la vez, asegurar el mantenimiento del orden público y salvaguardar las libertades individuales. Este papel resulta más necesario que nunca en nuestra época, en la que el individuo se halla en mayor riesgo de ser oprimido por la sociedad. Dejar a los criminólogos, notoriamente a los médicos y a los educadores, el cuidado del tratamiento penitenciario, excluyendo toda intervención, todo control judicial, sería exponer las libertades individuales a graves amenazas. Es posible, y aun probable, que en el porvenir el tratamiento sea ordenado y controlado por un equipo criminológico que reunirá: médicos, psiquiatras, educadores, capellanes, asistentes sociales, pero, en todo caso, este equipo deberá ser colocado bajo la autoridad de un magistrado porque sólo él representa, a la vez, la defensa de los intereses de la sociedad y la garantía de los derechos del individuo" (75).

A la vista de esta autorizada disquisición y de otras semejantes, que se haría pesado citar aquí, nos atreveríamos aún, prescindiendo de todo interés profesional o de clase, a postular la inclusión de un magistrado en el referido equipo, así como también a señalar que todos los componentes del mismo deberían poseer el diploma de estudios criminológicos o ser elegidos para tales puestos en virtud de concurso-oposición, en cuyo programa ocupase una parte preferente la Criminología.

En consecuencia, con estas reformas, creemos que también sería beneficioso para el cumplimiento y ejecución de las penas la ampliación de las funciones de los llamados Magistrados de Ejecutorias, o la creación de Jueces o Tribunales de Vigilancia, al igual que los que existen en la mayor parte de los países extranjeros.

(75) "La resocialisation du condamné". Actas del II Convenio de Derecho penal de Bressanone. Padua, 1964.

Sin duda alguna, con estas creaciones y modificaciones, el sistema penitenciario español ganaría en agilidad y eficacia.

7. Pero existen muchos y muy destacados penalistas que no creen en la resocialización o reeducación del delincuente. Quintano era uno de ellos. Hombre no sólo de una extensa formación penalista, sino en posesión de una extraordinaria cultura filosófica y literaria, consideraba la Criminología como una Ciencia sin valor, aunque hubiese escrito un libro sobre ella (76) y hecho en su Tratado unas viñetas criminológicas de los delinquentes-tipos, protagonistas en cada clase de delitos. Quizá tomara la palabra Reeducación en sentido demasiado literal, por una parte, y temiese, por otra, un poco inconscientemente, que la inabarcable e imprevisible personalidad humana trastocase la estructura maravillosa de la dogmática jurídica, que le era tan querida y que consideraba como la obra maestra del Derecho (77).

Esta creencia era expresada claramente en su trabajo citado con las siguientes frases: "Que existan, pues, criminales educados y criminales ineducados, creo que, en fin de cuentas, no tenga excesiva importancia, porque lo útil sería que no existiese ninguno. Esto, ciertamente, no se podrá jamás obtener, ni con medidas reeducativas ni con penas; las cuales, por lo menos alcanzan su primario e innegable objetivo de realizar instancias de justicia. Pero hay más. La reeducación no sólo aparece falta de contenido frente a las personalidades que le son refractarias, los incorregibles o desadaptados, los cuales, en porcentaje mayor o menor, se ven obligados a decepcionar el optimismo de los pedagogos y correccionalistas, sino que es también un procedimiento inadecuado para las múltiples formas de criminalidad, que no tienen ni remotamente que ver con la educación intelectual y moral: Piénsese, entre otras, en aquellas político-fanática, pasional, financiera, o bien en la imprudencia, que ocupa hoy un primer plano en los cometidos represivos de nuestro tiempo." Y, en apoyo de lo anterior, trae a colación la famosa frase de Goethe: "No existe crimen que no me haya sentido capaz de cometer en determinadas circunstancias de la vida", y apostilla: "No creo que faltase educación al jupiteriano sabio de Weimar, ni conocimiento de los meandros del alma humana." Ahora bien, esta no es una posición original de nuestro autor, ni mucho menos, ya que en el mismo Convenio de Bressanone, el profesor Bettiol presentó también una noción, gráficamente titulada: "Il mito della rieducazione", de cuyo título nos servimos para rotular este apartado. De la magistral intervención del insigne maestro de

(76) *La Criminología en la Literatura Universal*. Barcelona, 1951.

(77) A este respecto, es interesante recordar el siguiente suceso real: Hace ya bastantes años, el Sr. Obispo de Astorga encargó al célebre arquitecto Gaudí, gloria nacional, un Palacio-Residencia. Gaudí ejecutó la obra con extraordinario arte y construyó un bellissimo palacio, que no tiene más que un pequeño defecto y es el de no ser habitable, por lo que el Obispo tuvo que dedicarlo a Museo y no pudo jamás vivir en él. No olvidemos que también la dogmática tiene que ser aplicada a un hombre.

Padua, perfectamente clara —como todas las suyas— e impresionantemente sugestiva, se deducen las mismas conclusiones obtenidas por Quintano. Para Bettiol, el hombre está desbordado y cree en su concepción demiúrgica, en un progreso sin fin y sin límites que resuelva todo obstáculo de la historia, toda deficiencia de la vida y toda plaga de la sociedad. Después de señalar que el sujeto no puede ser constreñido a la acción como no puede ser constreñido a la virtud, por lo que la educación obligatoria —como es, en todo caso, la impartida en las cárceles— no puede más que ocasionar una herida profunda a la libertad de orientación y conciencia del hombre detenido, pone de manifiesto que el término reeducación es un concepto normativo que puede variar radicalmente según el criterio inspirador de una mayoría parlamentaria y que, por otro lado, no es con el Derecho, o con criterios pedagógicos en íntimo ligamen con un instituto jurídico coactivo cual es la pena, como se transforma el ánimo del hombre. Se necesita tener el sentido de límite, la pena fin es una de aquellas ideas que se refieren a una visión eufórica de las cosas del mundo; la posibilidad ilimitada del hombre de transformarse a sí mismo y a los otros sobre la falsilla o la pauta de un progreso sin fin hacia una sociedad sin plagas, dolores o lagunas, hacia un mundo sustancialmente diverso del actual, con lo que, una vez más, la mitología se sobrepone a la razón... una sociedad sin delitos y sin delinquentes es pura utopía... debemos actuar para que toda la mitología sea irradiada del campo de la legislación y de la Ciencia jurídica... El delito es una manifestación típica de la personalidad moral del hombre. Todas las teorías que presentan como fatal la realidad en el futuro de una situación histórica, en la cual el delito no existiese, son frutos del sueño, aunque sea un bello sueño. Obraremos, no obstante, como hombres responsables para que sea realizado todo lo necesario para que el flagelo venga circunscrito y el mal redimensionado, convencidos, sin embargo, de que el hombre llevará por toda su historia la inclinación al delito y el peso del mismo, como la rosa lleva sobre su tallo la espina aguzada que hace sangrar la mano de quien la separa de la mata florecida.”

Pero pese a la autoridad de tan admirados maestros, nosotros seguimos estimando que la resocialización del delincuente no es, ni mucho menos, un mito: si lo creyéramos, dejaríamos de educar a nuestros hijos y la eliminaríamos también de los Tribunales de Menores, donde se halla admitida pacíficamente, como único medio de lucha contra el crimen. Por eso, con los pies firmemente apoyados en el terreno de las ideas biológicas y científicas, trataremos de fundamentar brevemente nuestro disenso: Todos sabemos perfectamente, por el estudio de la Historia y de la Etnología, que toda sociedad está organizada sobre un entramado de valores, costumbres, leyes, etc., a los que el individuo se adapta en virtud de lo que llamamos acción socializadora o educadora; el hombre es un ser instintivo que, abandonado a su naturaleza, sería un salvaje, como demuestran los casos

de los niños ferales. Por tanto, la tarea de socialización consiste en someter a cada nuevo miembro a las exigencias del grupo a fuerza de ejemplos, modos de conducta, enseñanzas, consejos, reprimendas y castigos, todo lo que va formando en el individuo un modo de ser que le integra en esa conciencia colectiva de que hablaba Durkheim, bien por *interacción*, como decía Simmel; por *imitación*, como quería Tarde; por *aceptación irrazonada*, según Allport; o por *simpatía*, como expresó William Stern. De todas formas, esta socialización no se detiene, por regla general, en la externa y aparente conformación del individuo al proceder social, sino que cala más hondo, introyectándose, hasta llegar a constituir uno de los estratos de la personalidad, denominado por Freud "super-yo", que viene a ser la parte del yo modificada o modelada por las prescripciones paternas, religiosas, sociales y educacionales a las que el individuo tendrá que adaptarse para vivir en sociedad, constituyendo algo así como un representante de la moralidad dentro del individuo, al que produciría sentimientos de culpabilidad y angustia cuando actuase de manera diversa a la tenida o considerada como estrictamente moral en el ambiente en que vive. Pero este "super-yo" o conciencia moral no es solamente, como pudiera creerse, un conjunto de ideas abstractas y simbólicas, sino que tiene un substrato anatómico, sus correspondientes estructuras somáticas, y así hoy está demostrado que la repetición de actos, conformes o contrarios a las prescripciones sociales, va formando poco a poco en la corteza cerebral vías y reflejos nuevos que facilitan o moderan los impulsos; los llamados actos morales crearían una especie de "circuitos de enfriamiento" considerados como inhibitorios, a través de los cuales los instintos moderarían su fuerza y lograrían una adaptación más o menos fina a las exigencias del medio; de la existencia de tales formaciones, por obra de la educación suministrada, dependería la moralidad y socialidad del individuo. La civilización nos, en realidad, otra cosa que el fruto de una larga renuncia a las satisfacciones instintivas y su progreso, a través de generaciones, ha hecho del hombre el ser social que es hoy. Sin embargo, existen hombres en los que este proceso de socialización no ha sido debidamente realizado y en los que, por tanto, son reconocibles considerables deficiencias; la educación, en muchos de estos casos, no ha podido tener lugar, bien por inexistencia o destrucción de los órganos cerebrales en los que tales centros inhibitorios hubieran tenido que formarse (locura moral, encefalitis, esquizofrenia, etc.) y, en otros, por la incompetencia o negligencia de aquellas personas a quienes estaba confiada; o, incluso, por la inmoralidad de estas personas que produciría en el nuevo ser una educación negativa e inmoral, un super-yo criminal, que bajo una apariencia de adaptación externa, pero profesando privadamente una escala de valores distinta de la que rige en la sociedad, poseería una especie de subcultura de la delincuencia. El individuo anormal o ineducado carecería así de centros de inhibición que moderasen sus pulsiones o instintos y, por tanto, podría actuar libre-

mente sin que le perturbasen los frenos morales o las voces de la conciencia.

Esta educación o socialización deberá llevarse a cabo preferentemente en la infancia, que es cuando el cerebro tiene una mayor plasticidad y, por tanto, los aprendizajes son logrados más rápidamente y consiguen mayor estabilidad. Según ha puesto de manifiesto nuestro insigne Premio Nóbel, Dr. Ramón y Cajal, en sus apasionantes estudios sobre la formación y estructura del sistema nervioso, los actos y conducta morales realizados bajo la presión, la vigilancia y el ejemplo de los padres y de la sociedad, originarían circuitos neuronales que facilitarían posteriormente, cuando el niño hubiese alcanzado la adultez, la ejecución de los mismos, creando una tendencia hacia el bien en contraposición con las tendencias instintivas, por lo que Cajal llega a afirmar que "cada hombre es el escultor de su propio cerebro".

Como hemos tenido ocasión de observar todos los días, cuanto más se repite un movimiento más sencilla resulta su realización, hasta que termina por convertirse en automático (piénsese, por ejemplo, en la escritura a máquina, la conducción de un automóvil o la práctica del saque en el tenis), ello sucedería porque la corriente nerviosa encontraría cada vez menor resistencia al circular por unas vías ya consolidadas por el hábito, por una mayor labilidad de las sinapsis para determinados estímulos o por medio de una transposición fisiológica, que tendría lugar y perduraría temporalmente en el trayecto de las mismas vías nerviosas. Como dice el célebre fisiólogo ruso Bechterew (78), toda manifestación neuropsíquica del hombre proviene del medio y de la educación, pero ello no excluye la posibilidad de una disposición hereditaria para la fijación de ciertas huellas con preferencia a otras. Esta facultad puede estar relacionada con un desarrollo desigual de los diversos centros cerebrales.

El no actuar el bien, conociendo este punto, daría lugar a una mala formación, de la que sería responsable el individuo por no utilizar sus potencialidades en favor de lo considerado como bueno y como social, lo que presta fundamento a la doctrina de la culpabilidad en la dirección de la vida.

Claro está que, en esta resocialización, la edad del sujeto tiene una importancia nada despreciable, tanto en la psicología animal como en la humana y, en cualquier tipo de aprendizaje, los adultos jóvenes aprenden mejor y más rápidamente que los sujetos muy jóvenes o que los viejos; pero ello no quiere decir que la resocialización sea imposible en la madurez, y el Estado viene obligado a intentarlo en función subsidiaria a lo que debió hacer la familia, y así se entiende en las Jurisdicciones Tutelares de Menores.

Di Tullio, con su gran experiencia criminológica, afirma a este respecto que todos los delincuentes son siempre susceptibles de reeducación, bien en distintos grados, bien con modos diferentes, en cuanto

(78) Objektive Psychologie Oder reflexologie. Traduc. esp. de Ratto y Duval. Buenos Aires, 1965.

todos los antropólogos criminalistas saben bien que la constitución y el carácter no son cosas fijas e inmutables y que la individualidad está en perpetuo devenir y es inmensa la variabilidad y la plasticidad humana.

Cierto que, aun con la resocialización, seguirá habiendo crímenes, porque cuando la antisocialidad se revela es generalmente por medio de la acción delictiva y, para evitarlo, sería necesario detectarlo en germen, pero la mente humana es un arcano en el que sólo Dios puede penetrar. No nos queda más solución que impedirlo indirectamente por medio de una intensa socialización y educación de los ciudadanos, a la que cooperaría la función de intimidación o de prevención general de la pena, y sometiendo al delincuente, una vez calificado como tal, a una estudiada resocialización con el fin de evitar la reincidencia.

Pero, ¿qué delincuentes deben ser sometidos a resocialización? Yo creo que todos, excepto los anormales, es decir, todos los que son susceptibles de pena, incluso los delincuentes políticos, los pasionales, los financieros y los culposos, porque todos ellos podrán haber recibido educación cultural y técnica, pero, indudablemente, son también antisociales en tanto quebrantan voluntariamente las normas creadas por la sociedad para su conservación.

Claro que, de esta resocialización, excluiríamos a Goethe, ya que no podríamos considerarlo en manera alguna, pese a su célebre frase, como un asocial, y menos como a un criminal: Con el pensamiento no se delinque, y Goethe no pasó nunca del pensamiento y, claro está que esto no basta, es necesario que se realice lo que los criminólogos franceses denominan "le passage à l'acte", momento en el que precisamente intervienen los mecanismos inhibitorios de que hablamos, que, impidiéndolo o consintiéndolo, nos demuestran el grado de socialidad o antisocialidad del hombre en cuestión. A este respecto, frente a la frase de Goethe, existe otra mucho más interesante jurídicamente de Schopenhauer, citada por Mezger en apoyo de su afirmación de que la disposición y la inclinación al delito, como fenómeno en absoluto general y humano, no constituye aún la criminalidad real. La frase, muy expresiva, dice: "Y si tú, juez rojo, quisieras, y te atrevieras a decir en voz alta todo lo que ha cometido ya en el pensamiento, todo el mundo gritaría: ¡Fuera esta inmundicia! ¡Fuera este gusano venenoso! Pero una cosa es el pensamiento y otra el acto."

El hombre, si no llega a ser un demiurgo, sí se aproxima mucho, el mito de Prometeo robando el fuego a los Titanes podría ser hoy debidamente actualizado, al igual que el de la piedra filosofal, con la realidad de la desintegración atómica. El hombre descubre todos los días nuevas cosas, y ésto también acontece en el ámbito del delito y de la educación. Los modernos métodos, ya aplicados en algunas prisiones y centros de observación, tales como los reflejos condicionados, la psicoterapia de grupo, la psicometría, los tratamientos de choque, la psicocirugía y las modernas drogas antialcohólicas, tranquilizantes y euforizantes, son o constituyen en la actualidad importantes factores

para la "domesticación del criminal" y, personalmente, opinamos que muchas de las acciones que hoy consideramos como crímenes serán tratadas en el futuro como enfermedades nerviosas, metabólicas u hormonales.

Contra estas ideas existe, sin embargo, una cierta reacción por parte de los juristas dogmáticos, que temen que la medicina y la psicología arranquen de sus manos la espada de la justicia.

Pero no se trata de eso, ni de buscar el hombre del "tercer colmillo", como Quintano, cariñosamente, me decía algunas veces, cuando hablábamos de Criminología. Se trata, simplemente, de ayudar al hombre, con los medios que estén a nuestro alcance, a la superación de sus determinismos, de hacerle más hombre, sin abandonar por ello la severidad de las penas y, a esta tarea, pienso que deberíamos estar humanamente vinculados todos los que podemos hacerlo.

Cierto que el crimen no desaparecerá nunca de la faz de la tierra, como quizá no lleguen nunca a desaparecer la enfermedad y la miseria, pero, de todas formas, nuestros esfuerzos habrán contribuido grandemente a disminuirlo y prevenirlo, como han sido disminuidas y prevenidas la viruela, la peste, la malaria, la tuberculosis, el tífus, la poliomielitis y otras enfermedades que, durante mucho tiempo, fueron consideradas como incurables.

Pero de todo ello me hubiera gustado volver a hablar con Quintano dentro de unos años en otra u otras mañanas, como aquella primavera de la que conservo viva la imagen, mientras paseábamos y él chupaba nerviosamente su pipa que, de vez en cuando, aculotaba con los dedos guiñando un poco los ojos y alargando el cuello en un tic de inquietud y de impaciencia escuchando mis argumentos. Quizás para entonces, el galope de la Ciencia me hubiera puesto ya en condiciones de demostrarle que la reeducación del delincuente no es una vana utopía, alimentada por espíritus optimistas, como el creía, y que el crimen puede ser, en muchas ocasiones, el producto de una perturbación eléctrica cerebral momentánea o de un trastorno metabólico, perfectamente evitable, si conocemos los factores que pueden producirlo. Mientras voy escribiendo estas líneas me doy cuenta, con tristeza, de que ello ya nunca más me será posible porque Antonio Quintano está muerto. Pero inmediatamente viene a mí el pensamiento de que para él, habitante de la región donde mora la Divina Sabiduría, al otro lado de todos los porqués, ya se habrán desvelado estos misterios que afanan y obsesionan nuestras horas terrenas y es entonces cuando me consuelo, en parte, de la pérdida del amigo y pido a Dios fervientemente que con su Verdad le haya dado el descanso eterno.

Sobre la naturaleza pluripersonal del delito de adulterio, (Artículo 449 del Código Penal) *

MANUEL COBO

Subdirector del Instituto de Criminología
de la Universidad de Madrid

SUMARIO: 1. Observación general.—2. Determinación genérica de las características de los sujetos activos del delito de adulterio (artículo 449 del Código penal).—3. Fijación del problema.—4. Estudio de las diferentes posiciones doctrinales. Conclusiones críticas.—5. Breve síntesis del delito (tipo) pluripersonal y requisitos.—6. Análisis del tipo desde su perspectiva pluripersonal. Afirmación de sus diferentes requisitos en la figura legal descrita por el artículo 449 del Código penal.—7. Solución de acuerdo con su naturaleza pluripersonal de concretos problemas relacionados con la misma. Criterios para una interpretación del artículo 450 del Código penal.

1. *Observación general.*

En diferentes momentos (1) me he ocupado de algunas de las cuestiones planteadas por el examen técnico jurídico de los llamados “delitos contra la familia”, con el propósito, aún perdurable, de finalizar un extenso estudio donde se recojan todas y cada una de las infracciones penales que pudieran ser encuadradas bajo el anterior título. Razones muy variadas, que no vienen al caso, si bien sobresale, entre ellas, la proveniente de la inexcusable obligación de elaborar temas fijados de antemano, como consecuencia del sistema de oposiciones, han hecho que se haya ido demorando, teniéndome que limitar a la redacción de extremos concretos, partes, si se quiere, del título

(*) El presente estudio es un título de un trabajo más amplio, conforme se dice en el texto. Se dedican estas páginas, ya redactadas pero hasta el momento inéditas, a la memoria del profesor Quintano Ripollés, participando de esa forma en el homenaje organizado por la Sección de Derecho penal y Anuario de Derecho penal y Ciencias penales del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

(1) Vid. M. COBO, *Consideraciones técnico-jurídicas sobre la sustracción de menores*, en ADPCP, 1961 (dos artículos). *El bien jurídico en el adulterio* en ADPCP, 1963. *La supresión del artículo 428 del Código penal de 1944 por el texto revisado de 1963*, en ADCPC, 1964. Parecida reflexión puede verse en JOSÉ M.^a STAMPA, *Criminología del infanticidio*, en Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al prof. Ignacio Serrano, t. II, Valladolid, 1965, pág. 134, que supone continuidad en una misma línea investigadora.

general que, algún día, se desarrollará en obra orgánica, exhaustivamente. Hasta entonces, han aparecido trabajos parciales que, como el presente, versando sobre un específico punto, muestran, sin duda, la continuidad de una investigación sobre un grupo de delitos poco elaborados y evidentemente interesantes.

Con esta nueva aportación se pretende completar el citado propósito, mediante un examen técnico jurídico del adulterio del artículo 449 del Código penal español, ofreciendo los diferentes problemas que presenta el entendimiento del mismo, de su naturaleza, desde la perspectiva dinámica de los sujetos activos. En definitiva, es un paso más en el lento caminar de la investigación jurídica, de ninguna forma sujeta a improvisación ni, menos, a irresponsable e infructífera producción, de la que, desgraciadamente, en más de una ocasión se ha visto afectada.

2. *Determinación genérica de las características de los sujetos activos del delito de adulterio (artículo 449 del Código penal).*

Los diferentes problemas que plantea el estudio de los sujetos activos del adulterio, su concreción y relaciones con la conducta, son, en realidad, muy debatidos y encierran gran interés técnico. Su importancia se debe, fundamentalmente, a que la distinta actitud que se adopte condicionará la solución de innumerables cuestiones que pueden ofrecerse, además de dotar de una concepción general sobre su *naturaleza* desde esa perspectiva.

Antes de nada debemos precisar que por propias exigencias del tipo, se habla de “mujer casada” y “varón que no sea su marido”, y por consiguiente, queda de antemano prohibida la persecución por adulterio en aquellos casos de relaciones sexuales de la mujer con personas del mismo sexo, conforme apuntamos en anteriores ocasiones (2). A juicio de Pisapia —y no sin razón—, la anterior hipótesis debe ser objeto de reflexión con vistas a una incriminación autónoma, en atención a la frecuencia con que, según afirma, viene produciéndose (3). En ese sentido, la consideración presente no deberá pasar inadvertida en los proyectos de *lege ferenda*; un estudio *real* de tales sucesos lo aconseja (4), así como las consecuencias que, sin duda, pueden producirse en su vertiente políticocriminal.

Por lo que se refiere a los *sujetos activos*, el adulterio se muestra, inicialmente, como sumamente singular. Se expresan términos en su redacción legal, en cierta medida *diferenciados*, desde el momento que el artículo 449 exige unas determinadas características para que las personas puedan llegar a cometer el delito; cualidades que, en el caso de la *mujer casada*, serán, de un lado, naturales —como es per-

(2) Vid. M. COBO, *La supresión cit.*, pág. 68.

(3) Vid. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953.

(4) Vid. R. PELLEGRINI, *Sexuologia*, 2.^a ed. (trad. esp. de Piga), Madrid, 1956, pág. 716.

tenecer al sexo femenino—, y de otro, normativas; como supone su condición de casada, que vendrá determinada por otros ordenamientos jurídicos; y en el del *varón*, estrictamente natural, concretada en el sexo masculino, ya que su condición de distinto al marido quedará embebida en la determinación de que la mujer esté casada con otro: Con tan genérica consideración no prejuzgamos todavía su naturaleza ni como delito especial, ni de propia mano, que será objeto de particular atención en su momento.

3. *Fijación del problema.*

Con lo anteriormente expuesto quizá parezca que no existen grandes inconvenientes, y de esa suerte quedarían simplemente determinados, en su proyección técnico jurídica, los sujetos activos. Pero la cuestión, en la presente figura delictiva, no será tanto la de precisar dicha determinación de los sujetos, aislada, sin la interrelación que les impone la conducta típica, sino más bien estudiar su aspecto *dinámico*, en virtud del cual quedarán enlazados por un específico sinalagma, y si, a pesar del mismo, el tipo puede ser verificado, incluso, por uno tan sólo de los agentes, o si, por último, inevitablemente se requiere, de forma complementaria y simultánea, el concurso de ambos. En otras palabras, técnicamente: si estamos a presencia de un delito *uni o pluripersonal*, con todas las consecuencias que la naturaleza asignada en ese sentido comporta.

Antes de nada, debemos llevar a cabo la observación siguiente: en atención a como ha sido planteada la cuestión, se deriva la existencia de un entrecruzamiento de planos reales y normativos, que ciertamente hacen por demás delicado el desarrollo del tema y a veces pudiera perderse de vista la correcta naturaleza que se le asigne a cada uno en particular. No obstante, es quizá también la anterior consideración la que presenta mayor interés en la investigación, por el riesgo que la misma implica, mucho más si se advierte la ausencia de un específico trabajo sobre este concreto tema.

4. *Estudio de las diferentes posiciones doctrinales. Conclusiones críticas.*

La incidental investigación llevaba a cabo, generalmente en *Manuales*, ha conducido, por su propia naturaleza, a una visión superficial de alguno de los aspectos y soluciones que la misma presenta. Cuando menos, ha faltado la exposición de una línea argumental en la que se descarten o acepten soluciones, o se busquen otras nuevas incurriendo en el defecto de las simples afirmaciones, más o menos dogmáticas, sin el menor valor discursivo.

Si por nuestra parte hacemos un breve recuento de la opinión de los autores, tendremos:

A). *La doctrina española* ha planteado y resuelto la cuestión en los términos siguientes:

Cuello Calón dice que “sujetos activos del delito son la mujer adúltera y su correo. Sin embargo sólo la mujer puede ser sujeto de este delito en caso de fuga o de muerte del correo o cuando sólo ella fuere imputable, como en caso de locura del amante, o si éste fuere menor o se hallare en estado de embriaguez que excluya la imputabilidad. El adúltero puede también, si las mencionadas eximentes concurrieren en la mujer, ser único sujeto del delito” (5). Ferrer-Sama estima que “en cuanto al cómplice del adulterio debemos empezar por hacer constar que tal denominación, que empleamos por respeto al uso común, no es la adecuada, debiendo hablarse más bien de correo, por tratarse de los llamados bilaterales, en los que es necesario el concurso de dos personas, en este caso un hombre y una mujer, sin cuyas conductas concurrentes no surge la figura delictiva” (6). Rodríguez Muñoz y Rodríguez Devesa plantean la cuestión de si “es posible deducir querrela contra uno solo de los culpables cuando el otro sea desconocido aunque se presuma que vive”, y terminan sosteniendo la tesis afirmativa (7). Para Quintano Ripollés existe, en definitiva, una “coautoria tipificada en una especie de sinalagmatismo criminal” (8). Por su parte, De Carmona concluye diciendo que “tanto al casado como al amante se les considera coautores materiales del delito, porque dado su carácter bilateral, no puede cometerse sin la correspondencia de ambos” (9).

Por último, en fecha reciente, Rodríguez Devesa se ha pronunciado en términos parecidos a como lo hiciera en la obra en colaboración con Rodríguez Muñoz y Jaso Roldán, planteando asimismo la cuestión desde la perspectiva de la perseguibilidad de la mujer casada aisladamente del varón distinto al marido (10).

Hasta aquí, algunas de las opiniones, escasas, desde luego, que los autores españoles han mantenido, si se tiene en cuenta que los comentaristas, fundamentalmente, se han preocupado de las razones materiales del adulterio, de cuestiones político-criminales, de su procedencia, o no como delito, de su diferenciación con el amancebamiento, etc.; pero han dejado indemne el tratamiento técnico de dicha figura delictiva. El resto de las posiciones, no citadas en el texto,

(5) E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal conforme al Código penal, texto refundido de 1944*, t. II (P. Esp.), 11.ª ed. Barcelona, 1961, pág. 576.

(6) A. FERRER-SAMA, *Adulterio*, en Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, 1950, pág. 475.

(7) RODRÍGUEZ MUÑOZ-RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, t. II (P. Esp.), Madrid, 1949, pág. 274.

(8) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho penal*, vol. II (P. Esp.), Madrid, 1958, pág. 263.

(9) M. E. DE CARMONA, *El adulterio en Derecho civil, canónico, social, penal y procesal*. Barcelona-Madrid, s. f., pág. 255.

(10) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español* (P. Esp.), 2.ª ed. Valladolid, 1966, págs. 174-175.

abunda en una o en otra actitud, aceptándose, sin mayores problemas, la tesis de alguno de los autores ya reseñados.

Unas *conclusiones críticas* pueden precisarse a la vista de la posición sostenida por la doctrina penal española:

a) En primer lugar, debe destacarse lo que pudiera ser un grave defecto en el que ha incurrido la generalidad de la doctrina, y que recuerda aquella fuerte crítica de Battaglini sobre lo que él llamaba el fenómeno del “manualismo” (11) en el estudio de la estructura del delito: se ha pecado de una actitud de *inercia* tanto en el planteamiento como en la solución de las cuestiones, lo que ha conducido a una serie de tópicos y frases más o menos hechas, acerca del tema que nos ocupa.

b) Asimismo, se ha incidido, con harta frecuencia, en una contemplación unilateral del problema, abordándolo desde un solo ángulo visual, como es lo que pudiéramos llamar su perspectiva *procesal*, deparada por la interpretación del párrafo segundo del artículo 450 del Código penal: se repite tópicamente si, necesariamente, para la sanción del concreto adulterio debe formalizarse querrela y ejercitarse la acción pertinente contra “ambos culpables”, según reza el anterior precepto, o si, por el contrario, en ocasiones, por imposibilidad material, es suficiente con que se dirija contra uno solo de ellos, y se habla en particular de la mujer casada.

c) La doctrina dominante, conforme hemos expuesto, admite un sujeto activo ineludible: la mujer casada; pero hace especial referencia a que el “correo” pueda ser imputable o no, e incluso hasta desaparecido, con lo que éste desempeñaría tan sólo una función instrumental, material, de concurrir al acto, y ello sería suficiente para la existencia del delito. Sin embargo, no se recatan los autores en admitir la reversibilidad de su tesis: así, afirman, por ejemplo, que cuando concurren circunstancias eximentes en la mujer casada, el denominado “correo” será el único castigado (?), con lo que, la verdad, no tiene nada de *especial* la teoría que despliegan en torno al carácter principal y más relevante de la posición de la mujer casada (!). Apurando, pues, el argumento, la tesis dominante podría ser formulada así: suficiencia de su simple concurso material al acto descrito por el tipo. A efectos sintéticos, podría denominarse como la teoría de la “simple concurrencia material necesaria”.

d) De la misma forma, pero empleando tan sólo una diferente terminología, se ha afirmado que se trata de un “delito bilateral”, en el que estaríamos a presencia de una “coautoría tipificada”, en el sentido de que sin el concurso de ambos sujetos no podría surgir la figura delictiva.

e) En sus líneas generales, la posición comentada ciertamente se fundamenta en consideraciones, sin duda elogiables, de sentido común, pero no técnicamente planteadas y resueltas. Por dicha razón, se han entremezclado y confundido diferentes planos que deberían ser dife-

(11) Vid. G. BATTAGLINI, *Diritto Penale* (Parte Generale), 3.ª ed., Padova, 1949, pág. 113.

renciados, en la medida de lo posible: poniendo de manifiesto la función y delimitación de lo que *es* propiamente problema que afecta a la acción típica, a la imputabilidad, a la culpabilidad, e incluso, a una serie de extremos estrictamente procesales, lo que, por el momento, aparece, en verdad, todo ello involucrado, sin precisar técnicamente su justo alcance y situación.

B). Se ha mantenido en la *doctrina italiana*, por un selecto y reducido sector, que el adulterio es delito *unipersonal*. A juicio de Pisapia, por ejemplo, es “un delito (al menos formalmente) monosubjetivo, si bien naturalísticamente plurisubjetivo”, pues “bajo un perfil más estrictamente jurídico no se trata de un verdadero y propio delito plurisubjetivo (y menos aún bilateral) por cuanto el legislador prescinde de toda referencia al deber del otro sujeto, y el adulterio queda configurado como un hecho *exclusivo* de la mujer, que es el único, esencial y típico sujeto del delito” (12). La doctrina dominante, por el contrario, atribuye al delito previsto por el artículo 559 del Código penal italiano, naturaleza *pluripersonal* (o *bilateral*), con más o menos identidad en la formulación (13): Según estos autores, sujetos activos son la mujer casada y el varón distinto al marido, siendo, pues, necesaria la cooperación física y material de ambos para que subsista el delito, y configurándose, en general, como delito “*plurissoggettivo*”.

En resumen, puede afirmarse conclusivamente que:

a) Sin duda en la *dogmática italiana*, debido al mayor desarrollo técnico adquirido, se ha llegado a soluciones, aunque dispares, de gran penetración en los diferentes problemas que se plantean, aceptándose generalmente su naturaleza como delito *bilateral* o *pluripersonal*, si bien los distintos requisitos de éste y la función desempeñada por los sujetos activos, así como su naturaleza, no están todavía concordemente admitidos, debido fundamentalmente a su diversa concepción por la teoría general.

b) Excepcionalmente se formula la tesis de que se trata de un

(12) PISAPIA, *ob. cit.*, pág. 511. Antes, del mismo, *Unicità e pluralità di soggetti nella struttura del reato*, en “Riv. it. di dir. pen.”, 1962, fasc. 6, y cuya cita se recoge en la nota 1 de la pág. citada. De interés, PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, Napoli, 1950, pág. 233. En apoyo de su tesis recoge Pisapia (pág. 511) la opinión de Petrocelli. Es conveniente llevar a cabo una observación de carácter terminológico. Se ha traducido la expresión italiana “*plurissoggettivo*” como plurisubjetivo (por ejemplo, en la trad. esp. del *Manual de Derecho penal* (Parte General), de F. ANTOLISEI, por Del Rosal y Torío, Buenos Aires, 1960, págs. 420 y sigs.). Dicha forma, sin embargo, pudiera generar equívocos. Por nuestra parte, preferimos emplear los términos “*pluripersonal*”, o “*bipersonal*”, o “*pluralidad de agentes o de sujetos activos*”, para designar estos supuestos de concurso necesario o participación impropia (o necesaria), aunque en textos entrecuillados, respetando el idioma originario, se traduzca de la primera forma.

(13) Vid., por todos, F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale* (Parte Speciale), t. I, 4.ª ed., Milano, 1960, pág. 331, y de interés la bibliografía citada en la pág. 328, nota 19. Hay 5.ª ed., de 1966, vid. pág. 336 de la misma.

delito unipersonal, con base, sobre todo, en la dimensión normativa (*deber*), que no naturalística, acentuada de forma inevitable, ya que de no ocurrir así sería evidente contrasentido.

c.) No obstante, debe advertirse que, en general, se ha incurrido en un exceso de distinciones y subdivisiones, que apenas si tienen alguna operatividad; ha sucedido —cosa impropia en la doctrina penal italiana—, que no se han proyectado prácticamente las soluciones y tesis afirmadas en el terreno dogmático.

C). En la *doctrina alemana* se ha distinguido, desde Freudenthal, entre delitos de *convergencia* y delitos de *encuentro* (14), “y estos últimos —según Maurach— presuponen una pluralidad de partícipes activos, en los que las acciones, ya con coincidente dirección volitiva, ya sin esa coincidencia, se impelen recíprocamente entre sí, de suerte que el *encuentro* de las distintas actuaciones volitivas producen el efecto de constituir el tipo” (15). Se habla, pues, en estos casos, desde la teoría de la participación, de especialidades de la participación impropia o necesaria (*notwendige Teilnahme*) (16). El supuesto del delito de adulterio del parágrafo 172 del Código penal alemán, se ha dicho, sería un delito de *encuentro*, en el que expresamente se castigan los *coautores* (17).

En síntesis, tenemos:

a) Como puede observarse, en el concreto problema que ofrece el adulterio, se ha llegado a cierta uniformidad de pareceres, aunque condicionado, en los específicos aspectos de la cuestión, por la

(14) Vid. MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 2.ª ed. (trad. esp. de R. Muñoz), Madrid, 1949, pág. 339, nota 10. R. MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, t. II (trad. esp. de Córdoba Roda), Barcelona, 1962, pág. 351. BAUMANN, *Strafrecht (Allgemeiner Teil)*, 2.ª ed. Bielefeld, 1961, págs. 484-486. MEZGER, *Strafrecht (Allgemeiner Teil) (Studienbuch)*, 6.ª ed. München-Berlin, 1955, págs. 233-234. También MEZGER en *Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar)*, t. I, 8.ª ed., Berlín, 1957, págs. 309-310, y la bibliografía por ellos citada. En Italia, Grisigni acepta la distinción como una especie de los delitos “plurisubjetivos”, que es precisada y completada por el ilustre autor. Vid. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*. Vol. II, 2.ª ed. Milano, 1947, pág. 229.

(15) MAURACH, *ob. cit.*, pág. 352. Para Mezger, son los que “requieren conceptualmente la concurrencia de la actividad de otro, esto es, acciones que se corresponden mutuamente, pero que no son equivalentes o que no es necesario que lo sean” (MEZGER, *Strafrecht* cit., pág. 233). A juicio de Grisigni, se caracterizan por el hecho de que las conductas tengan una dirección recíproca, esto es, se mueven una *hacia* la otra, encontrándose. (GRISPIGNI, *ob. cit.*, pág. 231).

(16) Vid., además de la bibliografía citada en la nota 14, H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht (Eine systematische Darstellung)*, 7.ª ed., Berlín, 1960, pág. 108. H. MAYER, *Strafrecht (Allgemeiner Teil)*, Stuttgart-Köln, 1953, págs. 336-337. A juicio de Binding, no existe participación necesaria, pues puede resultar impune uno de los dos y, sin embargo, subsiste el delito para el otro. Así, en *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts (Besonderer Teil)*. T. I, 2.ª ed., Leipzig, 1902, págs. 222-223. Especialmente también en su *Grundriss des deutschen Strafrechts (Allgemeiner Teil)*, 7.ª ed., 1907, pág. 146. Siempre de interés, el estudio de R. LANGE, *Die notwendige Teilnahme*, Berlín, 1940.

(17) Así, expresamente, MAURACH, *ob. cit.*, pág. 352.

posición mantenida en la teoría general, que no es momento de reproducir.

b) Se ha preferido, en orden a la delimitación de su naturaleza, operar con el tipo (conductas), habiéndose llegado, en abstracto, a planteamientos y soluciones con acertada visión de la realidad, acen- tuándose en el tratamiento de la cuestión tanto aquél como la culpabilidad o, mejor si se quiere, la dimensión volitiva de cada uno de los sujetos.

5. *Breve síntesis del delito (tipo) pluripersonal y requisitos.*

La literatura penal española ha prestado escasa atención a los problemas y tratamiento de los tipos de "participación impropia o necesaria", o si se quiere, conforme desarrollamos en este trabajo, a la naturaleza del delito pluripersonal (18), término que diferencia más claramente el tema de otras cuestiones provenientes de la teoría de la participación delictiva que, por ahora, no son del caso, y al mismo tiempo, más expresivo de las concretas cuestiones que en el terreno de los sujetos activos del delito se plantean sobre ese extremo. Existe, pues, verdadera dificultad en afrontar su estudio y construcción aunque sólo sea en inmediata referencia con una figura delictiva en particular y, por ende, con mínima pretensión. De aquí que, en consecuencia, únicamente se lleve a cabo —con fundamento en la doctrina extranjera—, un breve esquema general para acto seguido centrar el examen en el delito de adulterio, que en atención a su naturaleza, y también a la importancia que la solución implicará en su desarrollo técnico, merece especial y separada reflexión.

Se han venido manteniendo, con fundados argumentos, dos actitudes generales, que perfectamente pueden ser diferenciadas: de un lado, la concepción restringida, que limita el ámbito de la institución a contados casos que solamente pueden considerarse como auténticos y genuinos delitos necesariamente pluripersonales; de otra, un más amplio entendimiento, principalmente basado en consideraciones sustanciales.

(18) También se lamenta Dell'Andro del poco interés que se ha mostrado por la cuestión en la doctrina italiana y alemana. Vid. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurissoggettiva in Diritto penale*, Milano, 1956, págs. 141-142. Posteriormente, vid. A. R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, 2.^a ed., 1964, págs. 267 y sigs., si bien incidentalmente, puesto que, como es sabido, cuando la pluralidad de agentes constituye elemento ineludible del tipo, no son de aplicación las normas del concurso, por lo que la distinción entre *concorso necessario* y *eventual* resulta un tanto impropia, ya que el supuesto adquiere una específica singularidad que le hace autónomo de la institución del concurso, conforme se formulara hace tiempo, con innegable agudeza, por F. GRISPIGNI, *ob. cit.*, págs. 220 y sigs., reproduciendo su artículo *Il reato plurissoggettivo*, en *Annali di dir. e proc. pen.*, 1941. La tesis es también recogida por PISAPIA, *ob. cit.*, pág. 423, nota 1. Redactado ya este trabajo, se publica el estudio de E. GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, especialmente págs. 290 y 294-296, referidas a su toma de posición sobre el problema de la participación en delitos especiales.

Los partidarios de la primera han utilizado la "punibilidad", entendida en su dimensión *concreta* o *abstracta* (19), como instrumento para acotar el campo de la "llamada participación necesaria". Así, se ha dicho, que solamente estaremos a presencia de verdaderos delitos con pluralidad de agentes cuando sea imprescindible la concreta y efectiva punibilidad de todos ellos para la existencia del delito (20).

Una mayor extensión supone la postura de quienes exigen la punibilidad, en sentido *abstracto*, de los sujetos activos, pero añadiendo que ésta deberá deducirse de la sola figura delictiva descrita en el libro II del Código, sin necesidad de acudir a las normas de la Parte general que disciplinan la participación y concurso de personas en el delito (21).

Sin embargo, en recientes contribuciones sobre el tema se ha mantenido que, en forma alguna, ha de ser en base a la punibilidad o no (*abstracta* o *concreta*) de los sujetos, donde se resuelva si determinado delito constituye un supuesto pluripersonal (*plurisoggettivo*), e incluso, se pone en tela de juicio por Dell'Andro, la utilidad dogmática de distinguir, con fundamento en aquélla, entre una acepción restringida de los delitos necesariamente pluripersonales y una concepción amplia de los mismos, de acuerdo con que se dé o no la nota de la punibilidad, en los términos antes expuestos (22). Para estos autores, la atención debe centrarse en la figura específica descrita por el legislador en el *tipo*, en las *conductas* que en él se han estampado, en la *lesión* que las mismas comportan, y no en aquellas características que, desde su punto de vista, pueden considerarse accidentales (23).

Resumiendo esta última posición, podrá hablarse de tales casos, siempre y cuando se den las notas siguientes:

a) Que sean *varias* las conductas que componen el *tipo*, para cuya

(19) Vid. un planteamiento de la cuestión con validez tanto para el adulterio como para la bigamia en el Código penal italiano, en PISAPIA, *ob. cit.*, págs. 422 y sigs. y 511. Muy interesantes, en cuanto a su aspecto abstracto y concreto, las consideraciones de B. PETROCELLI, *Reato e punibilità*, en Riv. it. di dir. e proc. pen., 1960, págs. 670 y sigs.

(20) Como expresaba sobre el particular, por ejemplo, BINDING, *Lehrbuch* cit., pág. 223. Del máximo interés, B. PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, Napoli, 1950, págs. 221 y sigs., especialmente pág. 233.

(21) Vid. la exposición desarrollada por PISAPIA, *ob. cit.*, págs. 425 y 511-512, particularmente. De interés, igualmente, la tesis de F. GRISPIGNI, *ob. cit.*, págs. 220 y sigs.

(22) De interés sobre la cuestión, R. SESSO, *Saggio in tema di reato plurisoggettivo*, Milano, 1955, págs. 15 y sigs. DELL'ANDRO, *ob. cit.*, pág. 159. Por nuestra parte, tampoco podríamos acoger la tesis de quienes exigen la "punibilidad", por el carácter que a la misma le atribuíamos en el concepto y estructura general del delito y parcialmente adelantamos dicha formulación en un trabajo previo al desarrollo de la total tesis, vid. M. COBO, *Función y naturaleza del artículo 226 del Código penal*, Madrid, 1965, pendiente de publicación.

(23) Así, puede afirmar Dell'Andro: "E soltanto la fattispecie che può essere *plurisoggettiva*, mai el reato nel significato *antiprecettivo e personale* del termine" (*ob. cit.*, pág. 157). También R. SESSO, *ob. cit.*, pág. 40, y la abundante bibliografía por ellos citada.

realización se necesite la inevitable contribución de dos o más personas (24).

b) Que se trate de una única figura delictiva y de *un mismo* bien jurídico protegido que solamente *una vez* se vea lesionado, es decir, que sea, desde el punto de vista de la *lesión* que se verifica, un *único delito* (25).

c) Distinción entre el plano típico y lesivo (hasta ahora expuesto) y el disvalor *personal* que implica el delito (26). Son, pues, "*varios*, y no equivalentes, los preceptos que se dirigen a los diversos *partícipes*" (27), y, por tanto, existe una neta diferenciación entre la dimensión personal del injusto y la dimensión típica y lesiva del mismo, siendo el primero autónomo e *independiente*, pues afecta tan sólo a *cada uno de los sujetos en particular* (28). Consecuentemente, carece de sentido cualquier alusión a la punibilidad (abstracta o concreta) en orden a la presente delimitación, conforme expusimos al inicio.

6. *Análisis del tipo desde su perspectiva pluripersonal. Afirmación de sus diferentes requisitos en la figura legal descrita por el artículo 449 del Código penal.*

Si penetramos en nuestro artículo 449 con el anterior esquema, probaremos dos extremos, por demás interesantes: de un lado, la bondad de las afirmaciones generales expuestas ante un caso concreto de nuestro derecho positivo; de otro, si, consecuentemente, cabe calificar el delito de adulterio como un supuesto que necesariamente exige una pluralidad (al menos dos) de sujetos activos. Así, por el orden lógico utilizado en su descripción, y de forma correlativa, tenemos:

a) Un examen superficial de la descripción típica del artículo 449 lleva a la convicción de que se han descrito *dos* conductas: *comete* adulterio la mujer casada que yace con varón que no es su marido, y *comete* adulterio el varón que yace con mujer casada, sabiendo que lo es, aun cuando después se declare nulo el matrimonio. Se describen, por consiguiente, no una, sino dos conductas, que inequívocamente *constituyen* adulterio, y así, empleando el plural, expresamente indica el tipo *cometen*, significando que tanto la mujer casada como el que tiene acceso carnal con ella pueden ser sujetos activos del delito (29).

(24) DELL'ANDRO, *ob. cit.*, pág. 158. SESSO, *ob. cit.*, pág. 40.

(25) DELL'ANDRO, *ob. cit.*, pág. 165.

(26) DELL'ANDRO, *ob. cit.*, pág. 164. Dentro de esa misma línea, la diferenciación que se ve obligado a realizar R. Sesso entre "sujeto activo del hecho" y "sujetos activos del delito", cuyo antecedente inmediato debe buscarse en la conocida distinción de Grisignani entre "delito-institución jurídica" y "delito-hecho" (*ob. cit.*, págs. 16 y sigs.). Un resumen de la misma en la recensión que hicimos en ADPCP, 1957, págs. 396-397.

(27) DELL'ANDRO, *ob. cit.*, pág. 165.

(28) DELL'ANDRO, *ob. cit.*, págs. 152, 155 y 182.

(29) Aceptando la tesis de Maurach para nuestro derecho positivo, Cór-

No obstante, de un análisis más detallado del párrafo segundo del artículo 449 pudiera, en principio, sostenerse que cuando se dice *cometen*, se ha expresado que la mujer casada y el varón *son*: o sujetos activos de un delito llamado adulterio, o, cada uno de ellos, sujeto activo de un delito con denominación idéntica. Es decir: de la interpretación estrictamente *gramatical* no puede derivarse una solución segura y rigurosa, puesto que la expresión utilizada es, en ese sentido, equívoca, desde el momento que, por el plural empleado, tanto puede haberse aludido a la realización de *un* delito por dos, como a la comisión de *dos* delitos, del mismo nombre, por cada uno. En el segundo supuesto, siempre de acuerdo con la anterior interpretación, subsistirá, cuando menos, la posibilidad de que se trate de *delitos* susceptibles de ser verificados por uno o varios sujetos, con lo que, en verdad, estaríamos en el mismo punto, sin conseguir una argumentación decisiva para pronunciarse sobre su naturaleza pluri o unipersonal. Es, en consecuencia, necesario analizar un plano que pueda sostener, con mayor firmeza, un examen más profundo de la cuestión, que de esa forma queda planteada. La investigación, pues, ha de centrarse en las conductas, y en el contenido de las mismas, según se expuso en el anterior apartado, que deberá tenerse presente en todo momento.

Por lo que se refiere a la *conducta*, constitutiva del tipo, tenemos: Las dos interpretaciones (amplia y restringida) mantenidas sobre la acción en el adulterio —conforme quedó mostrado en otra ocasión— y el entendimiento del verbo “yacer”, en referencia inmediata con el artículo 449, conducen a idéntica solución (30). Ambas concepciones son concordes: para que exista yacimiento y alguien yazca, es inevitable la concurrencia de dos actividades, en sentido amplio, y, consecuentemente, la necesaria y material participación de dos personas. Conseguimos, por tanto, una firme conclusión que coincide con el requisito general exigido, cual es la de que son *varias* las conductas y también *varias* (dos, cuando menos) las personas que concurren a su realización. Sin embargo, la incógnita que la interpretación gramatical planteaba no ha quedado totalmente despejada, y tampoco se ha contestado plenamente a la pregunta de más largo alcance que ella supone, como es la de si el párrafo segundo del artículo 449 contiene *uno* o *dos* delitos (de adulterio), en cierta medida diferenciados, aunque haya quedado en vías de solución el problema, pero necesitado todavía de precisión en algunos extremos.

Así, en un intento de justificar la naturaleza unipersonal del adulterio, negando se trate de una sola figura delictiva en el artículo 449, sino más bien de dos, con un solo sujeto, *podiera pensarse*, que la reiterativa actitud de nuestro legislador aludiendo por partida doble al verbo

doba Roda anota diciendo, “también en Derecho español, según el art. 449, cometen adulterio tanto la mujer casada como el que yace con ella sabiendo que es casada” (*ob. cit.*, pág. 352, nota 2).

(30) Vid., sobre el contenido y desarrollo de dicha conducta, M. Cobo, *La supresión*, cit., págs. 65-70, con bibliografía y jurisprudencia al respecto.

“yacer”, referido una a la mujer casada y otra al varón, abona dicho entendimiento. Si hasta ahora únicamente se ha mostrado, se continuaría, que “yacer” exige siempre la participación de otro, y *ésta pudiera ser de cualquier forma*, ¿qué razón tiene la reiteración empleada en la descripción del artículo 449? ¿No podía haber sido utilizada por el legislador una fórmula en que tan sólo una vez fuese mencionado? ¿No indica, entonces, que nuestro artículo 449 o se refiere a dos figuras delictivas o es, en parte, ciertamente superfluo? (31).

Sin embargo, nuestro texto legal no ha sido ni reiterativo ni parcialmente superfluo, ni tampoco ha pretendido describir dos delitos de adulterio, con el artículo 449; afirmaciones que, en principio, pudieran poner en peligro su constancia como delito con pluralidad de sujetos activos: la verdad es que no ha tenido más remedio que emplear esa redacción y ser consecuente, tanto con la propia naturaleza de las conductas típicas como con la del delito de adulterio en general. De esa suerte, para que estemos a presencia del adulterio (tipo) se ha exigido no sólo que yazca la mujer casada con alguien, participando éste en la forma que fuese —lo que ni siquiera ha sido puesto en duda por quienes propugnan su carácter unipersonal (32)—, sino que *necesariamente* este último *también* yazca. De aquí, pues, que cuando se habla de “yacimiento”, por lo que al artículo 449 se refiere, se está ya indicando una *unidad* que implica, forzosamente, la imposibilidad de realización por un solo sujeto; es más, que lleva dentro de sí dos actividades correlativas y equivalentes, inexorables para que se conjugue el tipo de adulterio. Tenemos, como consecuencia, que por propias exigencias del tipo (33) es necesaria no cualquier forma de participación *en* la conducta del otro sujeto, sino única y exclusivamente aquella que se traduzca en *yacer*. Quien “participa” de esa concreta y específica forma en la conducta del otro —en el hecho, si se quiere— se convierte en *autor*, siendo elevado a este rango por expreso y específico imperativo legal, *sin* que para nada tengan que ser empleadas normas de la Parte General.

Ahora bien: lo que da sentido al adulterio es, precisamente, el *encuentro*, la relación, de esas dos actividades —conforme se apuntaba por un sector de la doctrina extranjera—, que debe verificarse de determinada manera (yaciendo), y que mutuamente se complementan, funcionando ambos entre sí como ineludible y necesaria participación para que aquél se produzca.

En resumen, tenemos: no existen dos conductas, con diferente

(31) Vid. los lugares citados en las notas 12, 19, 20 y 21, por lo que a dicha tesis se refiere, en la literatura italiana, que es innecesario repetir.

(32) “Naturalísticamente plurisubjetivo”, como afirmaba Pisapia. Vid. la nota 12 de este trabajo y la referencia bibliográfica en ella recogida.

(33) La cuestión, sin embargo, es más difícil de demostrar en los casos de violación y estupro, no pudiendo ser afirmada sin más, y necesitando para ello una específica interpretación, a la vista de cada uno de los textos legales que describen dichas figuras delictivas.

sujeto, que pueden generar, ya desde ese momento, dos delitos unipersonales de adulterio, en cierto modo diferenciados, sino más bien dos conductas, con sus sujetos correspondientes, que se agrupan y enlazan por el plural empleado, y unificadas en categoría superior (tipo), que sólo se dará en la medida que ambas *necesariamente* se verifiquen y *encuentren* en la forma antes afirmada.

La duda, pues, que podía ofrecer la interpretación gramatical queda desde esta vertiente contestada, sin detrimento, al menos por ahora, de la naturaleza pluripersonal del adulterio.

b) Con lo desarrollado hasta el momento se han sentado las bases para sostener, con cierto rigor, que el adulterio es delito con inequívoca exigencia de pluralidad de agentes. Sin embargo, la bondad de esta afirmación solamente podrá ser aceptada cuando se cumpla otro de los requisitos, quizá el más importante y también controvertido, a saber: si desde el punto de vista *lesivo*, sea una sola vez el mismo bien jurídico el ofendido por esa pluralidad de conductas y sujetos. Igualmente, y de forma paralela, se pone a prueba la construcción que, en estudios precedentes, hemos mantenido acerca del bien jurídico, especialmente referido al extraño a la relación conyugal (34).

Como se recordará, algunos autores (35) sostuvieron, con fundamento en su concepción del bien jurídico, que el adulterio únicamente puede verificarse por un solo sujeto activo (mujer casada), que es quien efectivamente quebranta el primero, quedando el extraño por fuera de la específica incriminación, y siendo necesario operar con las reglas de la Parte General del Código para su punición, con lo que su estimación como *plurisoggettivo* carecería de base en la que apoyarse. No obstante, la anterior tesis —censurada acremente desde diferentes ángulos (36)—, pierde de vista las distintas vertientes que el bien jurídico ofrecía en el presente delito, y que fueron recogidas en su momento, salvándose la afirmación, al menos en principio, de que aquél condicionara sólo y totalmente la solución de tan complejo problema. Si como veíamos el bien jurídico, en este concreto delito, ofrecía un aspecto bifronte —sin dejar de ser único y única la lesión— y se concretaba en ser un deber *de* fidelidad y correlativamente un derecho a la exclusividad sexuales, y éste se proyectaba a su vez extramatrimonialmente, afectando al ajeno a la relación conyugal, no existirá inconveniente alguno en admitir su naturaleza necesariamente pluripersonal (37). Por esta razón, podemos suscribir las palabras de R. Dell'Andro, quien, a pesar de que el Código italiano presenta más dificultades que el nuestro, y tras advertir que las posteriores consideraciones son válidas no sólo para la bigamia, sino también para el *adulterio* y el amancebamiento (“concubinato”), afirma lo siguiente:

(34) Extensamente en M. COBO, *El bien jurídico*, cit., págs. 509-530.

(35) Vid. PISAPIA, *ob. cit.*, pág. 511, y la bibliografía por él citada al desarrollar su tesis.

(36) Vid., por ejemplo, R. SESSO, *ob. cit.*, págs. 26-37.

(37) Vid. M. COBO, *El bien jurídico*, cit., pág. 530. Muy interesante G. ZUCALÁ, *L'infedeltà nel Diritto penale*, Padova, 1961, especialmente pág. 188.

“la bigamia es tan *uno* y *solo* delito que cada una conducta esencial, considerada aisladamente, no es capaz de cualificación alguna autosuficientemente lesiva”, y “solamente del conjunto de las dos conductas esenciales la figura de bigamia asume relevancia penal: exclusivamente de la síntesis de las citadas conductas resulta lesionado, y *una sola vez*, el bien protegido” (38).

De la misma forma, aceptada la tesis apuntada, y concretándola al presente supuesto, inevitablemente se deberá concluir que, en el adulterio, es *uno* el bien jurídico, y *una* la lesión del mismo, y, necesariamente, deberán concurrir *dos* conductas y *dos* sujetos para que aquélla se ocasione, de acuerdo con la exposición verificada en *a*), desde el momento que no sólo se trata de que una conducta, aislada, carezca de eficacia lesiva, sino todavía más: que no puede llevarse a cabo el tipo en la medida que siempre son necesarias *dos* acciones, cuyo “ayuntamiento” es el que las circunscribe como típicas de adulterio.

c) Por último, en el adulterio es distinta la posición personal (39) de los sujetos activos ante la norma, lo que constituye afirmación cierta de una de las características fundamentales exigidas por la doctrina en estos supuestos, es decir, que exista *unitariedad* en cuanto a lo desarrollado en *b*) (plano estrictamente lesivo), pero *pluralidad* en lo que afecta al concreto disvalor personal de cada uno de ellos. Así, quedaba precisado, al estudiar el bien jurídico, que los mandatos dirigidos a los sujetos eran distintos, y tenían un carácter eminentemente personal e intrasferible, sin posibilidad alguna de confusión, e incluso eran también diferentes, en cierto modo, las instancias normativas en las que tenían su origen y fundamento (40). En el adulterio, quizá todavía más claro que en cualquier otra hipótesis de la misma naturaleza, puede observarse ese personalismo e independencia de cada una de las posiciones de los sujetos: uno (mujer casada), ligado al marido por una relación y deber estrictamente personal, de fidelidad; otro (extraño), que se atribuye el derecho del marido, dimanante de esa relación, sin que inexorablemente tenga que existir entre éste y el segundo la menor vinculación en el plano del cumplimiento de determinados derechos-deberes personales.

La dimensión personal es, por tanto, *autónoma* e *independiente*, sin que afecte a uno de los sujetos la del otro, puesto que corresponde, en forma muy concreta, a cada uno en particular. Es obvio, por consiguiente, que en referencia con la “concreta o abstracta *punibilidad*” de los autores produce la anterior comprobación efectos inmediatos y contundentes: no deberá darse, de manera inevitable, como preten-

(38) DELL'ANDRO, *ob. cit.*, págs. 183 y 192.

(39) Concretamente, LANGE, *ob. cit.*, págs. 34 y sigs., alude al adulterio como caso específico de esta distinta posición, haciendo particular hincapié en dicha cuestión.

(40) Vid. nota 37 de este trabajo y la bibliografía allí citada.

dieron algunos, la "punibilidad" (abstracta o concreta) (41) en nuestro caso, de los dos sujetos, para que exista adulterio.

7. *Solución de acuerdo con su naturaleza pluripersonal de concretos problemas relacionados con la misma. Criterios para una interpretación del artículo 450 del Código penal.*

Una vez precisada su naturaleza y entendimiento como delito pluripersonal se ofrecen, conforme veíamos (42), tanto por la doctrina como por la práctica, una serie de problemas evidentemente relacionados con la anterior cuestión, y que, fundándose en ella, pueden tener justa solución, consiguiéndose al mismo tiempo criterios del máximo interés interpretativo en orden a la comprensión del artículo 450 que, como es sabido, tiene vigencia para el delito previsto en el artículo 449 y para el del artículo 452, por expreso mandato del último párrafo de este precepto.

Con la finalidad de obtener mayor claridad, verificamos la exposición de las distintas cuestiones de forma analítica:

a) Desde el punto de vista estrictamente material y físico —por decir así— se ha planteado, un tanto impropiamente, la hipótesis de que si bien existiendo la certeza real de la verificación del tipo, sin embargo, no fuese posible dirigir querrela contra uno de los sujetos activos, por desconocerse o no hallarse el otro, o bien formalizada ésta contra ambos, después acontece su desaparición, y entonces, ¿qué solución cabe? ¿Estamos o no a presencia de delito, si éste exige inexorablemente una pluralidad de sujetos activos? ¿Cómo se explica el párrafo segundo del artículo 450 del Código penal?, se ha preguntado la doctrina.

A nuestro entender, el presente problema debe ser situado de acuerdo con la anterior formulación, desde dos momentos: *primero*, que la desaparición o el desconocimiento de la concreta persona sea o se produzca con anterioridad a la interposición de la querrela; o, *segundo*, que ello acontezca una vez formalizada ésta, habiéndose presentado ante la autoridad judicial correspondiente. Desde esa perspectiva dos órdenes de consideraciones pueden hacerse: *una*, referente a las concretas cuestiones que se suscitan en relación con el requisito procesal de la querrela (43); *otra*, relativa a la posible afirmación o negación de la propia existencia del delito, a la vista de la naturaleza *sui generis* asignada.

(41) Vid., de interés, el examen que lleva a cabo Dell'Andro de los casos en que uno de los partícipes necesarios no es concretamente castigado (*ob. cit.*, págs. 154 y sigs.).

(42) Vid. las opiniones de los autores españoles recogidas en el apartado 4 de este trabajo.

(43) En otro momento se estudiará la función específica que desempeña la querrela en este concreto delito, y los diferentes obstáculos que pueden impedir su procedencia.

En ese sentido, tenemos:

a') Por lo que se refiere a la concreta formalización de la querrela, el artículo 450, en su párrafo 2.º, impone la expresa obligación de que el marido agraviado no podrá deducirla sino *contra ambos culpables*, y al ser uno de ellos ignorado o ausente, existe la imposibilidad material de que se precise en la misma o se fijen los requisitos para su localización de acuerdo con la exigencia del número tres del artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No obstante, como es sabido, el mismo precepto procesal ofrece margen para que se supla el dato que pudiese faltar al respecto (44), y a mayor abundamiento, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha estimado que la no determinación del nombre del querrellado —o en su caso, los datos de su vecindad— no es defecto que impida la admisión de la querrela (S. 4-2-1886, por ejemplo). Por esa razón, si bien la querrela deberá dirigirse contra ambos al no poderse determinar uno de ellos, y respetándose dicho mandato legal, deberá ser interpuesta contra el conocido y determinado y aquella persona que “resultare” ser autor o expresando su constancia como ausente (45), una vez salvado el requisito previsto por el artículo 278 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en orden a la previa demanda de conciliación, que ya de por sí constituirá un instrumento para investigar, con anterioridad a la propia interposición de la querrela, la fijación de los requisitos personales y domiciliarios del presunto querrellado. Sin embargo, deberá advertirse que en aquellos casos en que se deduzca la querrela solamente contra uno de ellos, ésta será necesariamente inadmisibile, por defecto de forma, a la vista del tenor imperativo del párrafo segundo del artículo 450, a excepción de que uno de los sujetos activos hubiese fallecido. La razón de dicha actitud legislativa debe verse en la igualdad y correlación que, en todo momento, existe en el presente delito, hasta el punto de que incluso en los supuestos en que no sea conocido o hallado uno de los autores, también deberá deducirse la querrela genéricamente contra él para que no se cierran las puertas a su *posible* incriminación y enjuiciamiento en casos de que fuese hallado o conocido, con lo que resalta, hasta sus máximos

(44) El artículo 277, número tres, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dice: “La querrela se presentará siempre por medio de Procurador con poder bastante y suscrita por Letrado. Se extenderá en papel de oficio, y en ella se expresará: 3.º El nombre, apellidos y vecindad del querrellado. *En caso de ignorarse estas circunstancias se deberá hacer la designación del querrellado por las señas que mejor pudieran darle a conocer.*” (Hemos subrayado.) La misma solución es propugnada, de forma expresa, por FERRER SAMA, *Adulterio, cit.*, pág. 427, cuando dice: “una solución práctica al problema apuntado puede encontrarse en el artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, y a continuación transcribe el texto legal que hemos subrayado.

(45) La misma posición es mantenida ininterrumpidamente por la doctrina jurisprudencial. Vid., por ejemplo, SS. 17-I-1889, 24-X-1894, 31-XII-1912, 21-XII-1913, 12-I-1928, 27-X-1928, 7-VI-1951, 5-VI-1962, etc., etc.

límites, la paridad en que el legislador ha querido colocar a ambos autores del delito.

b') Si la desaparición se produce con posterioridad a la formalización de la querrela, y salvados los requisitos formales para la admisión de la misma, no existe el menor problema de carácter particular y la cuestión se regirá por las normas procesales de orden general previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para tales casos, sin que sea necesario llevar a cabo consideración alguna al respecto.

c') Por lo que se refiere a la posible afirmación o negación de la propia existencia del delito, el hecho de la desaparición o no conocimiento de uno de los autores, ya sea antes o después de la formalización de la querrela, en modo alguno afecta a la configuración del adulterio como delito, siempre que exista la constancia real de que se ha producido el yacimiento, en la forma ya expuesta, núcleo del tipo previsto por el artículo 449 del Código penal. De esa manera, el delito existirá con independencia de la "punibilidad concreta" de uno de los autores, pues no es necesario, de ninguna forma, la simultánea punición de ambos sujetos activos para la existencia del mismo, dándose la fehaciencia de la verificación del tipo. En consecuencia, puede castigarse a uno y no al otro, ya sea porque uno de ellos no ha sido hallado, o bien porque no haya podido ser determinado, o por la razón que concretamente se presente (46). Su naturaleza pluripersonal no supone el menor obstáculo en atención a que ésta, única y exclusivamente, se ha contraído a la exigencia de dos o más personas que, inevitablemente, deben concurrir para que pueda ser realizado el tipo, y en esas hipótesis no se niega lo anterior, sino que, por el contrario, se afirma la participación de dos sujetos activos y su mútua concurrencia, aunque posteriormente uno de ellos no haya sido encontrado o las pesquisas de la acusación particular o las derivadas de la instrucción no diesen resultado en ese sentido, sin que ello suponga, en ningún momento, la negación de la naturaleza que se le ha conferido a este delito, sino más bien de cuestiones de carácter puramente funcional —pudiéramos decir—, de la instrucción del sumario y concreta averiguación del delincuente, que nada tienen que ver con la presencia y existencia del hecho delicto.

b) En el caso de que uno de los sujetos activos sea declarado *culpable* y el otro no, bien porque sea inimputable, bien porque desconozca la existencia del vínculo matrimonial, o por la razón que en concreto se presente, su exoneración de ninguna forma alcanza a quien *personalmente* carece de ella, de acuerdo con la autonomía e independencia conferidas en los delitos pluripersonales a esta concreta dimensión, sin que ello suponga obstáculo alguno para el entendimiento del adulterio como tal delito (47). Ahora bien, desde la perspectiva depa-

(46) En el mismo sentido, expresamente, la doctrina del Tribunal Supremo, vid., entre otras, especialmente, SS. 24-X-1894, 27-X-1928, 7-VI-1951, etc., etc.

(47) Vid., además de las sentencias ya citadas, que abundan genéricamente en dicha posición, la muy reciente de 6-IV-1965, que supone un resumen de la

rada por la vigencia del artículo 450 del Código penal, sin duda se dirá lo siguiente: si para la parte agraviada —concretamente en este específico supuesto el marido—, existe la plena, *objetiva* e íntima, convicción de la inculpabilidad de uno de los sujetos activos (y lo mismo da sea la mujer casada o el extraño), y dado que el aludido artículo 450 se expresa, de forma muy precisa, empleando el término “culpables”, al no serlo más que uno, parece que la imperativa obligación de dirigir la querrela contra “ambos” carecerá de fundamento y la acusación privada tan sólo deberá formalizar querrela contra *el* “culpable”, y no contra quien no lo es, alejándole, de entrada, de la situación de querrellado, con todo lo que ello comporta en orden a que sobre él no grave procedimiento criminal alguno no siendo culpable. La anterior forma de razonar encontraría apoyo en consideraciones que pudiéramos denominar políticocriminales, a la vista de las relaciones familiares, por demás hipersensibles, y sin duda existentes entre querellante y querellado en este delito. No obstante, son, en definitiva, razones de certeza las que obligan a negar la admisión de dicha tesis, interpretando el “culpable” del artículo 450 como vocablo no sujeto solamente a la libre apreciación y determinación del presunto querellante, sino más bien condicionada su valoración a la decisión judicial correspondiente (48), puesto que, de lo contrario, se correría el peligro, por demás evidente, de que una de las partes se erigiese en juez de cuestión tan delicada y debatible como es la culpabilidad de uno de los sujetos activos, perdiéndose así de vista la concreción y exquisitez que debe presidir el enjuiciamiento criminal en su dimensión de apreciación y valoración de las pruebas. En ese sentido, el mandato que supone el párrafo 2.º del artículo 450, en orden a la

tesis jurisprudencial en orden a la distinta suerte que pueden correr los sujetos activos, y declara la siguiente doctrina: “la omisión en los hechos que se declaran probados, respecto a la indentificación del varón con quien la procesada cometió el adulterio no es causa del quebrantamiento de forma que se alega, cuando en esas premisas de *facto* se dice que no ha podido determinarse quién fuera el varón que tuvo relaciones carnales con ella” y “si es cierto que en la sentencia recurrida no se determina concretamente quién fuera el varón con el que la procesada tuviera el yacimiento, por no haber podido ser identificado, la realidad y certeza de la cópula carnal, no puede ponerse en duda, puesto que dio a luz un niño... es incuestionable que la procesada tuvo que yacer con varón distinto a su marido y, por consiguiente, cometió el delito de adulterio, por el que tiene que ser sancionada, y si, como en el presente caso, no ha podido concretarse quién fuera el amante de la adúltera se cumple con la exigencia del artículo 450 del Código penal, dirigiendo la querrela contra la esposa infiel y contra quien resultare ser el hombre con el que tuviese o hubiese tenido relaciones carnales, aunque en el curso de la investigación no hubiera podido identificarse la persona coautora.” Del máximo interés general para los distintos problemas planteados en el núm. 7 de este trabajo.

(48) Acentuadamente sobre el extremo del texto, aunque en su dimensión positiva, QUINTANO RIPOLLÉS, *Hacia una posible concepción unitaria jurídico-penal de la culpabilidad*, en Homenaje a N. Pérez Serrano, t. II, Madrid, 1959, pág. 441, cuando dice: “Este es tal (culpable) porque el juez así lo afirma en la sentencia, hasta tal punto que, mientras no lo haga, la idea de culpabilidad puede flotar difusa en el ambiente, como el agua de futuras lluvias en las nubes lejanas, pero sin virtualidad ni vida propias en lo jurídico.”

necesidad de deducir querrela contra ambos sujetos activos, no sufrirá la menor merma por la palmaria constancia de la inculpabilidad de uno de ellos, exigiéndose también en este caso la formalización de aquélla, de forma inevitable, contra quiénes han realizado, sin más, la conducta de yacer al margen de otras instancias valorativas reservadas a la decisión judicial (49).

c) La única excepción a la exigencia de deducir querrela "contra ambos culpables", cabe extraerla del pasaje expresamente reseñado por el artículo 450: *si uno y otro vivieren*. De esa suerte se pone de manifiesto, indubitadamente, que salvo muerte de uno de los sujetos activos, la querrela *siempre*, invariable siempre, tendrá que dirigirse contra ambos. Sólo en la hipótesis de absoluta imposibilidad para así hacerlo, libera la ley de tan radical exigencia. Pero, ¿se ha querido decir *algo más* con ese pasaje legal?, ¿se trata solamente de afirmar una cosa que de por sí es obvia?, ¿no es evidente por demás que no cabe formalizar querrela contra un difunto?, ¿no parece absurda, en esa línea de pensamiento, por supérflua, la fórmula legal del artículo 450, en lo que a este extremo se refiere?

Las anteriores preguntas quedarán, sin duda, contestadas planteada la cuestión desde el siguiente ángulo: ¿qué sucede si verificado el tipo fallece uno de los sujetos activos *antes* de la interposición de la querrela por el marido? (50), ¿podrá perseguirse criminalmente, mediante la debida querrela, al sujeto activo superviviente?, o por el contrario, ¿fallecido uno de ellos, no existe posibilidad de inculminación para el otro?

Como presupuesto necesario, incluso para poder afrontar el problema, no deberá olvidarse que la muerte del sujeto activo de un delito extingue la responsabilidad criminal, como es de suyo obvio, pero de ninguna forma hace desaparecer el delito; las causas descritas por el artículo 112 del Código penal no inciden, en manera alguna, sobre uno de los elementos del delito, para negarlo, sino más bien suponen ya la existencia del delito mismo, su afirmación plena (51). Independientemente de las variadas razones que pueden ser es-

(49) No entramos en el estudio de los distintos problemas que cabría plantearse en régimen de autoría mediata, y que serán objeto de atención detenida en su oportuno lugar sistemático.

(50) Si muere uno de los querrellados, *admitida* a trámite la querrela, la cuestión se rige por las reglas generales del enjuiciamiento criminal, conforme sucedía con la posterior desaparición expuesta en el texto a), b'), es decir: si fallece uno, sigue la causa para el otro. Implícitamente declarado, sin lugar a dudas, en S. 18-IV-1966.

(51) En contra de la opinión que sostenemos, vid. DEL ROSAL, *Principios de Derecho penal español*, t. II, Valladolid, 1948, pág. 427, cuando afirma que las causas previstas por el artículo 112 del Código penal, niegan un elemento del delito que sería la "punibilidad o la posibilidad de aplicar la pena", siguiendo en esto la tesis desarrollada por G. Battaglini. Del mismo, en idéntico sentido, *Derecho penal español*, t. I, Madrid, 1960, págs. 204-205 y t. II, Madrid, 1960, págs. 86-87, recogiendo el artículo 112 del Código penal dentro del epígrafe "causas extintivas de la penalidad". Para Córdoba Roda, "el or-

grimidas en favor de esa tesis, en principio es suficiente con tener en cuenta lo que a continuación se expresa: el texto del artículo 112 del Código penal afirma que “la responsabilidad penal se extingue”, y, desde luego, no se llega a comprender cómo puede extinguirse algo, sin que antes haya existido, sin que antes haya nacido, y la única forma posible para que nazca y surja responsabilidad criminal es, inexorablemente, mediante la afirmación del delito, es decir, que el susodicho precepto no dice que “exime” de responsabilidad criminal, o que “impide” que ésta tenga nacimiento, sino, simplemente, que, una vez afirmada, se extingue; en suma, que el delito ya ha existido, ha pasado, si se quiere, pero ni ha desaparecido, ni se ha negado.

Precisado lo que antecede, y contestando al específico problema apuntado, sucedería que muerto uno de los sujetos activos del adulterio, el delito subsistiría con autonomía plenamente (52), no siendo imprescindible la deducción de querrela contra ambos, sino solamente dirigida contra el supérstite, como veíamos, pero al mismo tiempo se está afirmando la posibilidad —siempre en este caso— de incriminar a uno sólo, y así, en el aspecto de la interrelación pluripersonal, sería suficiente con la simple constancia del hecho material, al margen de la concreción o actual existencia del otro sujeto activo, sea cual fuese de ellos.

Ahora bien: de la misma forma, cuando el artículo 450 se expresa en el sentido de que *no podrá deducirla (querrela) sino contra ambos culpables, si uno y otro vivieren*, está poniendo de manifiesto la radical bilateralidad y equivalente paralelismo que debe reinar en el tratamiento de los sujetos activos, hasta el punto de que sólo si uno deja de existir queda rota naturalmente esa paridad, lo que significa que, en condiciones normales, viviendo uno y otro, siempre podrán correr en el terreno de las posibilidades la misma fortuna. Pero lo que no puede ser deducido del texto comentado, salvo que el precepto parece de supérfluo —como al comienzo se preguntaba—, es que la prohibición “no podrá deducirla sino contra ambos culpables”, sea sinónima de “no podrá deducirla sino sólo contra ambos culpables”, y justamente creemos que lo que da sentido al cuestionado pasaje— que sería absurdo *per abundantiam iuris* si se acepta la identificación—, es la imposibilidad de dicha equiparación. Con lo anterior se pone de manifiesto la falta de consistencia de la interpretación que ha extraído argumentos de la expresión legal comentada para con-

denamiento español distingue entre prescripción del delito y de la pena, al tratar las causas que extinguen la responsabilidad penal. Una y otra especie de prescripción se encuentran reguladas en los artículos 112-116 del Código penal. La inclusión de la característica de la *penalidad* en la noción legal de delito, formulada en el artículo 1.º del Código español, da lugar a que en nuestro Derecho, a diferencia del alemán, no pueda admitirse una consideración procesal de la prescripción” (*ob. cit.*, pág. 625, nota 5).

(52) Idéntica solución es mantenida por la jurisprudencia, vid., por ejemplo, la S. de 16-IV-1948, en la que incluso se admite que, fallecida la adúltera *antes* de la interposición de la querrela, el adúltero no deja de ser por ello impune. La tesis de la disociación *personal* no puede ser más clara y palmaria.

cluir afirmando, tenaz y férreamente, que es imposible ejercitar querrela por el marido, concretamente, contra los cómplices, según se expresara la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 3-VI-1876, que sostuvo tan restrictiva tesis (53). Si bien no es este el momento para tratar la cuestión de la participación en este delito, sin embargo, y con independencia del resultado que arroje la investigación en su correspondiente lugar sistemático sobre su relevante posibilidad o no, debe quedar bien sentado, desde ahora, que con fundamento en el artículo 450, y específicamente en el texto legal aludido *no* podrá extraerse la menor razón en su favor o en su contra, puesto que, como se ha mostrado, se refiere a cuestión completamente distinta, que nada prejuzga sobre ese particular (54).

d) Por último, y de forma conclusiva, deberá ponerse de manifiesto la indiferenciación y *disociación* que en orden a los sujetos activos, mujer casada y varón distinto al marido, preside el *tratamiento legal* del adulterio. Dicha consideración, conseguida en el presente apartado, adquirirá su desarrollo dogmático en el concreto epígrafe, objeto de estudio separado, referido a sí y hasta qué punto estamos a presencia de un *delito especial o de propia mano*, o incluso, de un *delito especial de propia mano*, o, por el contrario, se trata de una figura sumamente particular, con peculiares perfiles en cuanto atañe a ese extremo.

(53) Posición muy criticada por la doctrina española, conforme expondremos detenidamente en su lugar sistemático. No obstante, debemos precisar lo siguiente: Quintano Ripollés afirma que la restrictiva y censurada tesis jurisprudencial "fue iniciada por los comentaristas ALVAREZ y VIZMANOS" (*Comentarios al Código penal*, 2.^a ed. Madrid, 1966, pág. 822), lo que tan sólo en parte es cierto. Tomás María de Vizmanos, que es quien suscribe el comentario al título de los "delitos contra la honestidad", se muestra un tanto titubeante sobre el particular, puesto que si bien es cierto que comienza afirmando "que no hay complicidad en este delito", acto seguido dice que "el adulterio es un delito de naturaleza especial, y no consiente la aplicación de las reglas prescritas en el artículo 13 para declarar la complicidad: *es, por lo menos, necesario que concurren circunstancias muy difíciles de reunir para considerar a un tercero como cómplice del delito de adulterio*". (*Comentarios al Código penal*, t. II, Madrid, 1848, págs. 368-369). Como puede verse, y en su momento desarrollaremos, la cuestión no es tan tajante en Vizmanos, por el fundamento que ofrece, entendiendo el adulterio como delito *especial* y, por tanto, "incompatible" (?) con normas de la Parte general del Código, y no cerrándose definitivamente a la admisión de la complicidad, aunque exija que "concurran circunstancias muy difíciles" (?).

(54) En parecido sentido ya expusimos en otra ocasión, que "se ha partido en la fundamentación de la tesis restringida, de un error de planteamiento, que nuestro Tribunal Supremo debiera corregir definitivamente. La explicación, a nuestro entender, es la siguiente: el artículo 450 lo que prescribe no es simplemente que *sólo* pueda dirigirse la querrela contra los adúlteros, sino más bien que nunca podrá deducirse acción criminal *contra uno* de ellos, es decir, que deberá interponerse *contra los dos* culpables, y jamás contra uno solamente, pues de lo contrario se prestaría a evidente injusticia" (Vid. DEL ROSAL. COBO, MOURULLO, CASTRO, *Código penal con jurisprudencia, concordancias y comentarios*, Madrid, 1964, págs. 560-561). Sobre el fondo de la cuestión, volveremos con detenimiento en su lugar sistemático.

El parentesco como circunstancia mixta de modificación de la responsabilidad penal

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Valencia

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El artículo once del Código penal aparece dedicado a regular, en este capítulo independiente, la llamada circunstancia mixta de modificación de la responsabilidad criminal. Tras enumerar las atenuantes y agravantes, la ley configura una circunstancia, que, según los casos, disminuye o incrementa la responsabilidad penal.

El presupuesto del artículo 11 está integrado por una determinada relación de parentesco entre los sujetos activo y pasivo: el agraviado ha de ser cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano legítimo, natural o adoptivo, o afín en los mismos grados del ofensor. El efecto que de dicho presupuesto se deriva, es el de la atenuación o la agravación, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito.

II. LA RELACIÓN DE PARENTESCO

1. La relación de parentesco debe mediar, dice la Ley, entre el «agraviado» y el «ofensor». Con estos términos el Código se refiere a los sujetos activo y pasivo del delito —cfr. la sentencia de 16 junio 1944—. El mantenimiento de esta exigencia debería, pues, conducir en rigor a desechar la estimación de la circunstancia mixta, no sólo, como es evidente, en aquellos casos en los que la relación parental une entre sí a los partícipes en el delito —cfr. la resolución de 16 de junio de 1944, ya citada—, sino además en aquellos otros supuestos en los que, por ser la comunidad el sujeto pasivo de la infracción, falta en absoluto la posibilidad de hablar de un vínculo de parentesco entre sujeto activo y pasivo.

Ello no obstante, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de apreciar la presente circunstancia modificativa en delitos tales como la falsedad y el atentado —sentencias de 8 de julio de 1901 y 27 de octubre de 1964 respecto a aquélla, y de 24 de septiembre de 1926 en relación a éste—, en los que no es el individuo, sino la comunidad, el sujeto pasivo de la infracción.

La estimación de la referida circunstancia en las falsedades responde, al parecer, al hecho de haber sido el apoderamiento patrimonial la finalidad perseguida por el agente. En atención al bien jurídico tutelado por las falsedades y al sujeto pasivo de las mismas, no resulta, sin embargo, a nuestro juicio, correcta la apreciación de dicha circunstancia.

En el atentado, la razón que motivó la estimación de la indicada causa modificativa, fue la de que «la confianza en que venían conviviendo unos y otros les hizo desconocer el respeto que, por las funciones de su cargo y la autoridad que representaba, merecía su cuñado» (sentencia de 24 de septiembre de 1926). En un tal caso la cuestión hubiera debido plantearse, no ya en el plano de la circunstancia mixta, sino en el del elemento subjetivo (I) de la figura de atentado: el menor desvalor de la conducta no radica en la relación de parentesco entre sujeto activo y pasivo, sino en la actitud de los agentes que «les hizo desconocer el respeto que, por las funciones de su cargo y la autoridad que representaba», merecía el objeto de su acción.

2. Los grados de parentesco a los que la circunstancia mixta se extiende, son los que el artículo 11 enumera: el agraviado ha de ser cónyuge o ascendiente, descendiente, hermano legítimo, natural o adoptivo, o afín en los mismos grados del ofensor. Dado el carácter concluyente del texto legal, no cabrá extender el elenco del artículo 11 a otros grados distintos de parentesco; así lo reconoce la sentencia de 12 de diciembre de 1955.

La determinación de los grados de parentesco suscita varias cuestiones que seguidamente corresponde examinar:

A) En primer lugar se plantea la cuestión del significado de los términos «legítimo, natural o adoptivo», que el tenor legal refiere al hermano.

Hermanos *legítimos* lo son los hijos legítimos de un mismo ascendiente, entre sí, independientemente de lo que sean por vínculo sencillo o doble.

Hermanos *adoptivos* lo son los adoptados por una misma persona, así como éstos y los hijos consanguíneos de la misma. No existiendo en el texto legal una definición de aquéllos, y dado el sentido material, no formal, que ha regido la interpretación de la circunstancia mixta —tanto al exigirse un vínculo de afecto, como al condicionarse la atenuación y agravación a la mutación valorativa del hecho, por obra del parentesco—, creemos que no cabe adoptar una noción restrictiva en la determinación de los hermanos adoptivos.

La noción de hermanos *naturales* suscita a nuestro juicio mayores dificultades. De una tal categoría habla el Código civil en su artículo 945 al regular el orden de suceder; y, al parecer, por

(1) CUELLO CALÓN, *Derecho Penal. Parte especial*, I, Barcelona, 1967, página 133; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español. Parte especial*, Valladolid, 1966, pág. 683.

«hermanos naturales» entiende, el ordenamiento civil, los hijos naturales reconocidos de un ascendiente común, así como éstos y los hijos legítimos del citado ascendiente común, todos ellos entre sí. El determinar si esta noción es vinculatoria para la expresión «hijos naturales» del artículo 11 del Código penal, no resulta fácil.

Los comentaristas se inclinaron a considerar que «entre los hermanos legítimos, naturales o adoptivos, y de consiguiente, entre ellos solos tiene que estimarse la circunstancia; no entre los otros hermanos a quienes no nombra el número y que tienen otra clase de ilegitimidad» (1).

A nuestro juicio existen importantes razones para entender que la interpretación de la referida expresión legal ha de ser otra; a saber, «hermanos naturales» lo son todos los hijos de un mismo ascendiente, que no merecen la consideración de «hermanos legítimos».

En primer lugar, el Código penal en su artículo 11 no habla en absoluto de parientes, sino que inicia la enumeración de supuestos con la referencia a los «ascendientes y descendientes»; es decir, consigna, ante todo, unos supuestos que se dan por el simple vínculo de sangre (2). A este respecto se ha destacado siempre que «ascendiente y descendiente» lo son tanto los legítimos como los ilegítimos (3). En segundo lugar, la jurisprudencia, al interpretar el artículo 11, se ha inclinado claramente en favor de una concepción material de la circunstancia —pese a que a ello no obligaba el tenor de la ley—, al condicionar la estimación de la atenuante y agravante a la mutación valorativa que la relación de sangre, matrimonio o adopción, implica en el hecho criminal, y al exigir frecuentemente un vínculo de afecto entre los sujetos. Y obsérvese que esta mutación valorativa y dicho lazo de cariño, integrantes del aspecto material atribuido a la circunstancia mixta, pueden perfectamente concurrir en los hermanos ilegítimos. Tercero, el entender que son «hermanos naturales» los hermanos no legítimos, permite llegar a soluciones más justas, no ya tan sólo por poderse incluir en la esfera de la circunstancia a los hermanos ilegítimos, sino además porque, al interpretarse de este modo la expresión «hermano... natural», no existirá reparo alguno, desde el punto de vista material, para referir los términos de «legítimo, natural o adoptivo», tanto al «hermano», como a los «ascendientes» y «descendientes», conforme más adelante indicaremos.

En suma, dada la autonomía del Derecho penal en la configuración de sus presupuestos, el significado de la expresión «hermano... natural» no está en absoluto vinculado al sentido de dicha locución en el ordenamiento civil. Hermanos naturales lo serán, en la esfera

(1) CROIZARD, *El Código penal de 1870*, I, Salamanca, 1897, pág. 375.

(2) Cfr. KARL ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1964, págs. 12 y ss.

(3) CROIZARD, I, 375; LUZÓN, *Derecho Penal del Tribunal Supremo*, II, página 8.

criminal, todos los hijos de un mismo ascendiente, que no tengan la consideración de hijos legítimos.

La autonomía, pues, del Derecho penal conduce a atribuir tanto a dicha expresión, como a las restantes que aquí se estudian, aquel sentido que, con observancia de las fronteras impuestas por la interpretación, ofrece soluciones más justas.

B) Seguidamente se suscita el interrogante de si los términos «legítimo, natural o adoptivo», se refieren tan sólo al hermano, o también a los grados de ascendiente y descendiente primeramente enumerados en el texto legal. A dicha cuestión procede responder según el siguiente tenor. Desde el punto de vista literal y de la voluntad del legislador histórico, parece evidente que la citada expresión legal se constriñe al «hermano». La misma aparece, en efecto, redactada en singular y sin separación fonética alguna respecto a este último. Los comentaristas, a su vez, al ocuparse del correspondiente precepto de idéntico tenor de los Códigos del pasado siglo, llegan a idéntica conclusión (1).

Esta solución no resulta, sin embargo, plenamente satisfactoria desde el punto de vista de la justicia material: mientras que la cualidad de hermano adoptivo de la víctima respecto al ofensor, originará una modulación de la responsabilidad penal, la de adoptante o adoptado de aquélla en relación a ésta, carecerá de relevancia para la circunstancia mixta.

Si se considera, en cambio, que los términos de «legítimo, natural o adoptivo» son referibles tanto al hermano, como al ascendiente y descendiente, se hace desaparecer la incongruencia últimamente expuesta, sin que, dado el sentido antes atribuido a la cualidad de «natural», se produzca, de rechazo, injusta limitación alguna (2) en la esfera de los ascendientes y descendientes.

En atención a las razones últimamente aducidas procede, a nuestro juicio, referir los términos de «legítimo, natural o adoptivo», no sólo al hermano, sino además al ascendiente y descendiente. La letra de la ley, al no obstar de modo concluyente a dicha interpretación, no puede prevalecer sobre las referidas consideraciones de índole material.

C) Por lo que al alcance de la noción de «ascendiente» y «descendiente» se refiere, resulta indudable el que la misma corresponde tanto a los legítimos como a los ilegítimos.

D) El nexo de afinidad surge en virtud del matrimonio (3), y consiste, de morir uno de los cónyuges, entre el superviviente y los consanguíneos del fallecido. Así lo han declarado, entre otras, las sentencias de 21 de enero de 1924 y 6 de junio de 1928, aduciendo aquélla la vigencia de la noción de afinidad, existente en las Partidas. En favor de dicho criterio ofrece, asimismo, una importante

(1) GROIZARD, I, pág. 376.

(2) Cfr. LUZÓN, *Derecho Penal del Tribunal Supremo*, II, pág. 8 y ss.

(3) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, V, 1, Madrid, 1954, pág. 132.

base el tenor del artículo 84 del Código civil, que, al enumerar quiénes no pueden contraer matrimonio entre sí, consigna en el primer número a «los ascendientes y descendientes por consanguinidad o *afinidad*», haciendo asimismo referencia al vínculo de afinidad en los números tres y cuatro.

Por último, en atención al propio tenor legal —«ser el agraviado... afín en los mismos grados del ofensor»—, resulta indudable que el citado vínculo concurre, tanto cuando el sujeto pasivo es consanguíneo del cónyuge del sujeto activo, como cuando es cónyuge del consanguíneo de este último —sentencias de 18 de octubre de 1872, 26 de julio de 1877, 13 de noviembre de 1882, 21 de enero de 1924, 5 de agosto de 1927—.

3. En la averiguación del sentido correspondiente al parentesco, se suscita seguidamente la cuestión de si la ley exige aquí simplemente el nexo de consanguinidad, afinidad o adopción, o el que a dicho nexo se le suma una relación de afecto entre los sujetos.

La práctica judicial responde a dicha cuestión en el sentido de exigir ordinariamente la concurrencia de ambos vínculos: al lazo de la sangre, el matrimonio o la adopción, se le debe unir el del afecto entre las personas. Así lo declaran, entre otras muchas, las sentencias de 8 de junio de 1928, 16 de junio de 1944, 15 de octubre de 1957, 13 de marzo de 1958, 23 de febrero de 1966. En congruencia con esta actitud de entender que el parentesco presupone una relación de afecto entre los sujetos, la jurisprudencia se inclina a derivar, a modo de presunción, del vínculo de consanguinidad, matrimonio o adopción, aquel nexo de índole afectiva; claramente lo proclama así la sentencia de 2 de febrero de 1954.

La exigencia de este vínculo entre los parientes, no siempre ha sido, sin embargo, mantenida de modo riguroso por la jurisprudencia, pues si bien en los delitos contra las personas, integrantes de la mayor proporción de supuestos en los que se ha discutido la aplicación de la circunstancia, ha sido tal requisito casi siempre reclamado, en algunos supuestos de robo e injurias en los que la circunstancia mixta ha desplegado eficacia atenuante, se ha prescindido al parecer de esa exigencia —cfr. sentencias de 14 de abril de 1926, 18 de octubre de 1902—. Incluso en alguna ocasión, a saber, en los delitos contra la honestidad, el Tribunal Supremo ha declarado explícitamente que la ruptura de las relaciones familiares no obsta a la estimación de la circunstancia mixta como agravante —sentencia de 25 de marzo de 1964—.

El dar solución a la cuestión arriba planteada, no es a nuestro juicio fácil. Por un lado, aún admitiendo que históricamente se configurara la presente circunstancia en atención a la relación afectiva existente entre los parientes (1), el tenor de la ley no obliga hoy a condicionar la estimación de la circunstancia mixta a la presencia del referido nexo. Por otro lado, si bien en determinados casos la

(1) FACHECO, *El Código penal*, I, Madrid, 1870, pág. 215.

existencia de una relación de afecto o confianza entre los parientes, resulta ciertamente imprescindible para que el autor *merezca* la atenuación de la responsabilidad penal —vgr., en el hurto entre hermanos que no viven juntos, efectuado bajo la creencia de que el agraviado toleraría la sustracción—, en otros casos puede la conducta presentarse como más desvaliosa en atención al parentesco, pese a la ausencia de todo vínculo sentimental; así, el homicidio o las lesiones causadas al hermano representan una acción más reprochable que la comisión del mismo hecho en relación a un extraño, aún cuando estén rotos los lazos de cariño entre ellos.

Obsérvese, por último, que el mantenimiento por la jurisprudencia del requisito del nexo afectivo entre los parientes, frecuentemente aparece vinculado a la exigencia de un elemento subjetivo, a saber, al requisito de que el agente motive su conducta en una vulneración de los lazos familiares —sentencias de 8 de enero de 1910 (1), 12 de febrero de 1919 (2), 27 de septiembre de 1944 (3), 2 de febrero de 1954 (4). El que también la circunstancia del artículo 11 exige la concurrencia de un elemento subjetivo, resulta a nuestro juicio, según más adelante se examina, indudable. Obsérvese, sin embargo, que si dicho elemento equivale al conocimiento y voluntad del hecho constitutivo de la circunstancia mixta, el mismo no presupondrá en modo alguno una relación de afecto entre los parientes: en cuanto se cometa el delito a conciencia del vínculo de parentesco, se cumplirá la referida exigencia subjetiva, y para ello no se apreciará en absoluto la existencia del indicado nexo sentimental.

En suma, la interpretación del artículo 11 no permite condicionar, de modo general, la estimación de la circunstancia mixta al mantenimiento de una relación de afecto entre los parientes. Ello no obstante, puede muy bien ocurrir que el mantenimiento, o la ruptura, del vínculo afectivo entre ellos, despliegue una significación decisiva en el supuesto particular; esto es, puede muy bien suceder que la mutación valorativa —el mayor o menor desvalor— que el parentesco supone respecto a la comisión de la misma conducta entre sujetos extraños, esté condicionado a la presencia, o ausencia, del nexo sentimental entre los parientes.

(1) «... el parentesco ... es, de modo general, un motivo de agravación, porque viola el mutuo respeto y afecto impuesto por los vínculos de familia.»

(2) «... el parentesco es circunstancia agravante en los delitos contra las personas en cuanto su realización no sólo menoscaba el respeto a la personalidad, sino que implica un olvido a las consideraciones naturales entre quienes unidos por vínculos familiares se deben una más grande estima y un mayor apoyo y protección: que dicha regla sólo admite la excepción determinada, por circunstancias y situaciones entre agresor y agredido, en que otros estímulos más poderosos que el respeto familiar suscitan los actos punibles.»

(3) «... es de apreciar como agravante ... salvo ... que estímulos más poderosos que el respeto familiar ... impulsen la conducta.»

(4) «... circunstancias que colocaban a ambos hermanos en la consideración, transitoria quizás, pero desde luego influyente en el ánimo del agresor para no apretiar como freno de su ímpetu doloso la condición del agredido ...»

III. EL ELEMENTO SUBJETIVO

Si la circunstancia mixta representa un hecho que, al concurrir en una acción criminal, motiva la atenuación o agravación de la pena, constituirá una exigencia impuesta por el sentido final que a la propia noción de acto corresponde, la del conocimiento de los elementos objetivos integrantes de la indicada circunstancia: quién comete el delito a conciencia del vínculo de parentesco que le une a la víctima, cumplirá el presupuesto del artículo 11. Esta exigencia ha sido recogida, y de un modo en ocasiones excesivamente radical, por las sentencias, entre otras, de 15 de enero de 1886 y 23 febrero de 1966.

Además, la inclusión de «los motivos» del delito entre los criterios a los que se debe atender para decidir si ha de atribuirse eficacia agravante o atenuante al parentesco, conduce asimismo a reclamar dicho requisito.

Ciertamente si el sujeto desconoce la mencionada relación familiar no cabrá estimar la circunstancia mixta. Con ello se suscita, sin embargo, la cuestión de qué debe regir en el supuesto inverso, de errónea representación de un vínculo familiar con la víctima, en realidad inexistente. Imagínese, v. gr. la conducta de quién sustrae una cosa bajo la equivocada creencia de que pertenece a un hermano —con el que no convive—; un supuesto de características parecidas es enjuiciado por la sentencia de 5 de julio de 1890 (1). A nuestro juicio, la cuestión debe resolverse en el sentido de la irrelevancia de dicha figuración. Si para la culpabilidad es suficiente el conocimiento de la antijuricidad de la conducta, sin necesidad de representación de la punibilidad de la misma, y la concurrencia de la circunstancia mixta afecta tan sólo el grado de punibilidad de la acción, debe concluirse en que es irrelevante la errónea figuración sobre la presencia de una relación de parentesco con el agraviado.

IV. EL REQUISITO DE LA MODIFICACIÓN EN EL JUICIO DE DESVALOR

El parentesco deberá ser estimado como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, siempre que el hecho de mediar dicha relación entre agresor y agraviado, suponga un incremento o disminución del desvalor de la conducta. Así lo parece entender la jurisprudencia cuando toma en cuenta, para apreciar dicha circunstancia como agravante atenuante, la mayor o menor «perversidad»

(1) En dicha sentencia el error afectaba al presupuesto de la excusa absoluta del actual artículo 564. La cuestión se plantea en dicho precepto con características radicalmente distintas a las del artículo once: dado que la causa de la exoneración no afecta en absoluto al juicio desvalorativo que la conducta y el autor merecen, sino a razones de índole política, no se requerirá para la estimación del artículo 564 la representación del vínculo familiar por el agente. La errónea suposición sobre la concurrencia de un tal nexa carecerá, pues, de toda relevancia.

o «malicia», respectivamente, que la concurrencia del parentesco representa —sentencias de 24 de mayo de 1889, 27 de noviembre de 1839, 4 de julio de 1924, 6 de junio de 1928, 15 de octubre de 1957 (1)—.

Para determinar si el vínculo parental implica una mutación en el valor o gravedad de la conducta, deberá atenderse, según ordena el artículo 11, a «la naturaleza, los motivos y los efectos del delito». La «naturaleza» viene definida por el ataque a los bienes jurídicos, propia de la respectiva infracción. Los «motivos», equivalentes a los móviles que impulsan al delito, fueron incluidos en el texto del presente artículo por el Código de 1932, con la idea, al parecer, de que determinados estímulos concurrentes en la acción punible, tales como la ruptura del vínculo afectivo o la provocación del agraviado, permitan atribuir eficacia atenuante al parentesco, según había declarado ya la jurisprudencia (2). Por último, «efectos del delito» lo serán las consecuencias derivadas de la manifestación volitiva integrante del respectivo hecho criminal. constituye, pues una noción más amplia que la de resultado (3).

De este modo se ha entendido que la relación de parentesco entre agresor y agraviado, despliega de ordinario eficacia: agravante en los delitos contra las personas —sentencias de 22 de octubre de 1923, 10 de febrero de 1925, 15 de abril de 1942, 2 de febrero de 1954— y contra la honestidad, antes de la vigencia del texto revisado de 1963, cuyo artículo 452 bis, g), prevé, en forma de disposición general, una causa personal de agravación —sentencias de 27 de enero de 1908, 15 de noviembre de 1944, 11 de octubre de 1949, 17 de junio de 1950—; y atenuante en los delitos contra la propiedad —sentencias de 21 de abril de 1887, 22 de octubre de 1923, 14 de abril de 1926, 25 de abril de 1963—, de falsedad —sentencias de 8 de julio de 1901, 27 de octubre de 1964—, e injurias —sentencia de 18 de octubre de 1902—. En la formulación de esta agrupación de las infracciones a efectos de la estimación de la circunstancia mixta, se ha atendido a la configuración de las mismas en el libro II del Código penal, vgr., a la previsión del delito de parricidio del artículo 405 y de la excusa absolutoria del artículo 564: cfr. la sentencia de 4 de julio de 1921.

Téngase, sin embargo, en cuenta, que la concurrencia de la relación de parentesco en una infracción y, particularmente, en alguno de los delitos antes enumerados, no significa el que necesariamente deba atenuarse, o agravarse, la responsabilidad penal, pues la estimación de estos efectos se encuentra condicionada a que el hecho del parentesco suponga una mutación valorativa en el hecho criminal, y puede perfectamente suceder que la misma no se produzca. Resulta así encomiable el que la jurisprudencia haya supe-

(1) GROIZARD, I, pág. 448.

(2) MANUEL LÓPEZ-REY y FÉLIX ALVAREZ VALDÉS, *El nuevo Código penal*, Madrid, 1933, pág. 71 y ss.; FERRER SAMA, *Comentarios*, I, pág. 438 y ss.

(3) FERRER SAMA, *Comentarios*, I, pág. 440.

rado el antiguo criterio conforme al cual, de concurrir el parentesco en una infracción punible, *debe* el mismo ser estimado en uno u otro sentido —sentencia de 19 de noviembre de 1872, 2 de marzo de 1882, 20 de marzo de 1905 (1)—, por el de admitir que la relación parental *puede* carecer de toda relevancia modificativa de la responsabilidad criminal —sentencias de 10 de octubre de 1934, 29 de abril de 1950, 13 de octubre de 1962, 23 de febrero de 1966—.

Obsérvese asimismo que la clasificación de infracciones antes efectuada, no significa el que el parentesco en el primer grupo tenga siempre eficacia agravante, y en el segundo, siempre efecto atenuante, pues dicha clasificación sólo tiene un sentido indiciario que resulta desvirtuado en pluralidad de ocasiones: la relación parental ha dado lugar frecuentemente a la atenuación de la pena en los delitos contra las personas, y a la agravación en los contrarios a la propiedad. Lo decisivo en la indagación del significado correspondiente al parentesco viene, pues, dado por el caso particular: en cuanto a la concurrencia del parentesco origina un incremento, o disminución, del desvalor o gravedad del supuesto individual, deberá estimarse la circunstancia como agravante o atenuante, respectivamente. El «delito» de que habla el artículo 11, no equivale, pues, a la figura legal en la que la conducta realizada puede ser subsumida, sino al particular hecho cometido. El referido término legal de «delito» no constituye, pues, una realidad abstracta, sino concreta.

Por todo ello se infiere que la estimación del parentesco como causa de agravación o atenuación de la responsabilidad penal, no representa una facultad discrecional del tribunal sentenciador, como en alguna ocasión ha declarado el Supremo —sentencias de 10 de diciembre de 1874, 26 de abril de 1882, 2 de marzo de 1904 (2)—. La referida circunstancia modificativa debe, por el contrario, desplegar sus efectos en cuanto concurren los requisitos propios de ella, estando, pues, sometida su apreciación a la revisión en casación: cfr. v. gr., las sentencias de 15 de marzo de 1886, 16 de junio de 1944, 15 de octubre de 1957. El que lo decisivo en la indagación de la circunstancia mixta venga dado por las características del supuesto particular, según últimamente se ha indicado, no significa el que la apreciación de la circunstancia se ceda al arbitrio del juzgador. Cláusula legal necesitada de concreción, no significa cláusula de arbitrio.

V. EXAMEN DE DETERMINADOS GRUPOS DE DELITO EN PARTICULAR

A continuación procede examinar los principales grupos de infracciones en los que la presente circunstancia es estimada:

1. En los delitos contra las personas, el parentesco entre sujeto activo y pasivo despliega en principio eficacia agravante —senten-

(1) GROIZARD, I, pág. 445.

(2) Cfr. VIADA, *Código penal de 1870*, I, Madrid, 1890, pág. 250.

cias de 22 de octubre de 1923, 10 de febrero de 1925, 15 de abril de 1942, 2 de febrero de 1954—. La jurisprudencia condiciona, sin embargo, la atribución de esta eficacia al parentesco, a que la violación de los vínculos familiares represente el motivo o estímulo de la conducta criminal: «aún cuando por regla general la circunstancia mixta de parentesco se aprecie en los delitos contra las personas como agravante, puede y debe estimarse como atenuante cuando otros estímulos más poderosos que el respeto familiar impulsaron al reo a delinquir» (sentencia de 10 de febrero de 1925; de modo similar se pronuncian las resoluciones de 8 de enero de 1910, 12 de febrero de 1919, 27 septiembre de 1944, 2 de febrero de 1954).

La jurisprudencia declara además que la ruptura del vínculo familiar (1) o la concurrencia de estímulos distintos al de la consideración del nexo parental (2), tales como la provocación de la víctima (3), las ofensas de la misma al ofensor o a un pariente del mismo (4), o, por último, la infidelidad, incluso meramente supuesta, del cónyuge (5), dan lugar a que el parentesco deje de agravar

(1) «Que aún cuando por regla general en los delitos contra las personas se aprecie como agravante la circunstancia mixta de parentesco, los Tribunales pueden y deben estimarla como atenuante ... cuando vio éste quebrantado por la persona ofendida los lazos de respeto y afección que la familia impone» (sentencia de 10 febrero 1925); en sentido igual las de 15 octubre 1957, 13 marzo 1958, 23 febrero 1966.

(2) «... es de apreciar como agravante ... salvo ... que estímulos más poderosos que el respeto familiar ... impulsen la conducta» (sentencia de 27 septiembre 1944); en el mismo sentido se pronuncian las de 10 julio 1877, 26 junio 1918, 8 julio 1946.

(3) «... la actitud del procesado fue motivada por la conducta amenazadora de aquél, lo cual aleja toda idea en el culpable de faltar a los respetos debidos al parentesco de afinidad que a uno y otro les unía; que en consecuencia de esta doctrina, debe en el caso expuesto reputarse el parentesco como atenuante, en la necesidad de estimar tal circunstancia como motivo que agrava o atenúa la responsabilidad criminal» (sentencia de 20 marzo 1905); en el mismo sentido se pronuncian las de 6 junio 1928, 30 noviembre 1942, 15 octubre 1957.

(4) «... declarado por el juzgador haber delinquido el reo bajo la impresión de las ofensas de palabra inferidas por la víctima a la madre común de ambos, la circunstancia de parentesco entre agresor y agredido debe estimarse como atenuante, pues de otro modo resultaría dar virtualidad agravatoria a lo que, bajo otro concepto, se considera generador de un estímulo que atenúa la responsabilidad del culpable» (sentencia de 10 febrero 1925); en el mismo sentido se pronuncian las de 15 enero 1885, 15 enero 1886, 8 enero 1910.

(5) «... si aún erróneamente, llegó a creer el reo que con su hermano le era infiel la esposa y del mismo se hallaba ésta embarazada, imaginando también que las actitudes despectivas y de mofa mostradas siempre al cruzar con el supuesto adúltero eran consecuencia de tales relaciones íntimas, resulta explicable que luchando con el mismo llegase a herirle mortalmente, cegado por lo que juzgaba su deshonor, estimándose provocado por el causante de su deshonor, y con olvido de su relación familiar ... por lo cual debe reconocerse aquel vínculo familiar como constitutivo de la atenuante primera del artículo 10 del Código penal» (sentencia de 30 septiembre 1922); en sentido parecido se pronuncian las resoluciones de 23 marzo 1905, 30 noviembre 1917, 22 diciembre 1920, 30 septiembre 1922, 10 octubre 1934.

la responsabilidad, e incluso a que ejerza el mismo en ocasiones eficacia atenuante.

La consideración de toda esta jurisprudencia conduce a sentar las observaciones siguientes:

En primer lugar, el que se condicione la estimación de la circunstancia mixta a la presencia de un elemento subjetivo, resulta a nuestro juicio correcto.

Dicho requisito subjetivo requiere, sin embargo, tan sólo, según se indicó, el que el agente, al realizar la conducta, tenga conciencia del parentesco que le une con la víctima. Una ulterior exigencia, vgr., la voluntad de desatender la relación afectiva creada por la familia, o la exclusividad del móvil de vulnerar los vínculos creados por ésta, como en ocasiones ha reclamado aquí la jurisprudencia, no resulta, por el contrario, en modo alguno de la ley.

En inmediata relación a ello obsérvese, en segundo lugar, que el presupuesto del artículo 11 y, en particular, su requisito subjetivo, pueden perfectamente concurrir, en la realidad, con la situación de ruptura del vínculo familiar y con los estímulos, antes enumerados, de provocación de la víctima, ofensas o infidelidad de la misma. El que el delito, vgr., unas lesiones, haya sido causado tras haberse roto la relación afectiva con el pariente, o como consecuencia de provocación, ofensas o infidelidad del mismo, no obsta a la presencia de los requisitos integrantes de la circunstancia mixta, y, en particular, a que el agente efectúe su conducta criminal con la consciente vulneración del vínculo de la familia.

En atención a esta compatibilidad no resulta, a nuestro juicio, correcto el criterio, extendido en la jurisprudencia, de negar la estimación de la circunstancia mixta como agravante. Dada la referida compatibilidad, lo justo sería, no el desestimar dicha circunstancia del artículo 11 y apreciar la atenuante de provocación, arrebató u obcecación o vindicación de ofensa, sino proceder a la racional compensación de todas esas circunstancias concurrentes en la realidad, según preceptúa el número tres del artículo 61.

Más criticable resulta aún la jurisprudencia que en los supuestos considerados incompatibles con la eficacia agravante del parentesco, arriba enumerados, ha recurrido, no ya a negar toda eficacia al mismo, sino a atribuirle significación atenuante, en concreto incluso, de ordinario, a la circunstancia de provocación —sentencias de 22 de diciembre de 1920, 20 de marzo de 1905, 10 de febrero de 1925, 16 de junio de 1926—. Obsérvese, en efecto, que la razón de la estimación de la responsabilidad no radica en el parentesco, pues no cabe pensar en que se disminuya la pena en atención a que es un familiar el lesionado, sino en la concurrencia de provocación, vindicación de ofensa o arrebató u obcecación. En la estimación del parentesco como circunstancia atenuante, posiblemente haya, sin embargo, influido la idea, muy extendida en la antigua jurisprudencia, de que la circunstancia mixta, ya en uno ya en otro sentido, debe en todo caso ser apreciada —cfr. sentencias de 19 de noviembre de 1872, 2 de marzo de 1882, 20 de marzo de 1905—.

Por otro lado, la conjunta estimación de la circunstancia mixta como atenuante con las referidas de provocación, vindicación o arrebató, del artículo 9, representa una vulneración del principio *non bis in idem*. Ciertó que la actualidad de pariente de la víctima, puede haber incrementado la perturbación emotiva o la ofensa, propias de las circunstancias últimamente referidas —cfr. sentencia de 30 de septiembre de 1922—; pero dado que la razón entonces de la atenuación estriba en el indicado aumento, el parentesco deberá desempeñar una significación atenuante sólo en los márgenes de las citadas circunstancias del artículo 9, posibilitando desde luego la estimación de las mismas como muy calificadas. Con mucho mejor criterio el Supremo ha apreciado, en otras ocasiones, la compatibilidad entre el parentesco como agravante y el arrebató u obcecación: «... tratándose de delitos contra las personas, el parentesco es, de modo general, causa de agravación de la responsabilidad criminal; circunstancia perfectamente compatible con la atenuante de obcecación y arrebató, pues ambas obedecen a distintos accidentes de hecho en la ejecución del acto punible» (sentencia de 21 de marzo de 1911; en el mismo sentido se pronuncia la de 13 de abril de 1918).

Téngase además en cuenta que la jurisprudencia desestimatoria del parentesco como agravante, en los casos de ruptura del vínculo afectivo, provocación, ofensas o infidelidad, trasluce con frecuencia una concepción compensatoria, inadmisibile en la esfera jurídico-penal: puesto que la víctima quebrantó el respeto a la relación parental, el delito cometido contra aquélla no debe resultar agravado por el vínculo de la familia. A nuestro juicio, la referida conducta del sujeto pasivo no obsta necesariamente a que la acción criminal efectuada contra el pariente, se presente como más grave o desvaliosa que la realizada contra un extraño.

Por último, la jurisprudencia estimatoria del parentesco como atenuante en los delitos realizados en atención a la infidelidad de la esposa, real o supuesta, por el marido en contra de ella o del amante —cfr. sentencia de 23 de marzo de 1905, 30 de noviembre de 1917, 22 de diciembre de 1920, 30 de septiembre de 1922, 10 de octubre de 1934—, merece aquí una breve consideración particular. Frente a dicha práctica, ante todo, no cabe sino observar que la razón de que se atenúe la pena no puede estribar en el hecho del parentesco entre agresor y víctima, sino en la perturbación afectiva sufrida por aquél; el entender que el nexo parental integra una atenuante, resulta, pues, recusable. Posiblemente el deseo del juzgador — un tal deseo, aparece declarado en la sentencia de 22 de diciembre de 1920— de mitigar aquí la responsabilidad penal, explica en parte la referida actitud de la jurisprudencia. Por otro lado, la atribución de significación atenuante al vínculo matrimonial por las sentencias arriba enumeradas, origina, dada la configuración de dicho nexo como circunstancia cualificativa en los artículos 405 y 420, penúltimo párrafo, una notable incongruencia

punitiva, según reconoce la citada sentencia de 22 de diciembre de 1920: si el ataque al cónyuge integra un homicidio o unas lesiones graves, no cabrá sino estimar el lazo conyugal como circunstancia cualificativa, conforme al tenor de los indicados artículos 405 y 420, mientras que si el resultado lesivo producido no alcanza la entidad de las lesiones graves, ese mismo vínculo será apreciado como causa de atenuación.

En suma, el parentesco entre sujeto activo y pasivo origina de ordinario en los delitos contra las personas un incremento en el desvalor o gravedad de la conducta, sin que la concurrencia de estímulos, tales como la provocación, ofensa o infidelidad, obstene de ordinario a la estimación de la circunstancia de parentesco como agravante. Dichos estímulos desplegarán, por supuesto, eficacia atenuante, en la medida en que constituyen circunstancias modificativas reguladas en otros preceptos legales, con la posibilidad, por tanto, de ser apreciadas como muy calificadas, y la consiguiente necesidad de su compensación racional conforme a la regla tercera del artículo 61. Además, importa observar que en algunas de las situaciones creadas por la concurrencia de los citados estímulos, podrá resultar excluida la circunstancia de parentesco como agravante, por falta de alguno de sus requisitos. Imagínese, vgr., el supuesto del marido que, en un estado de ofuscación motivado por el conocimiento de las relaciones íntimas que su esposa mantiene con el hermano de aquél, causa a éste unas lesiones. En un tal caso el parentesco entre sujeto activo y pasivo no añadirá mayor gravedad al hecho; no cabrá afirmar que la cualidad de pariente concuriente en la víctima, modifica el juicio desvalorativo de la conducta realizada. La consecuencia será la irrelevancia del nexo parental para la determinación de la pena.

2. En los delitos contra el honor, el parentesco, como ya destacaban los comentaristas (1), puede desempeñar una muy diversa significación: mientras que en los supuestos de injurias a los descendientes, debe el lazo familiar ordinariamente apreciarse como atenuante, en otros casos, vgr., en las injurias dirigidas a los padres, debe el parentesco ejercer eficacia agravante —cfr., sentencias de 24 de febrero de 1835, 9 de abril de 1892, 18 de octubre de 1902—.

Lo decisivo ha de venir dado, a nuestro juicio, por la consideración del caso particular.

En atención a la configuración de la cuarta modalidad de injurias graves en el artículo 458 —«las que racionalmente merezcan la calificación de graves atendido el estado, *dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor*»—, debe entenderse que si la relación de parentesco ha sido tomada en cuenta para calificar la conducta conforme al referido número cuatro, no cabrá a la vez, por imperativo del artículo 59, apreciar la circunstancia mixta —sen-

(1) FACHECO, I, pág. 215; GROIZARD, I, pág. 448.

tencia de 10 de marzo de 1929—. Por el contrario, si las injurias han sido calificadas según algún otro precepto, de forma que para dicho juicio el nexo familiar no ha ejercido influencia alguna, no existirá reparo para apreciar la circunstancia del artículo 11 como agravante —sentencias de 24 de febrero de 1885, 9 de abril de 1892—.

3. En los delitos contra la honestidad el parentesco ha sido estimado, antes de la vigencia del texto revisado de 1963, como circunstancia de agravación. Así lo establecieron las sentencias de 27 de enero de 1908, 15 de noviembre de 1944, 11 de octubre de 1949, 17 junio de 1950, 25 de marzo de 1964. La especial consideración que al parentesco dedican, como hecho que aumenta la gravedad de la conducta, ciertos preceptos del título de los delitos contra la honestidad —artículos 435 y 445—, es un dato legal que posiblemente haya contribuido de modo decisivo en la formación de la referida jurisprudencia.

Desde la entrada en vigencia del texto revisado de 1963, la disposición general del artículo 452 bis, g), da lugar a que en el título de los delitos contra la honestidad no pueda ser apreciada la circunstancia mixta.

4. En los delitos contra la propiedad el parentesco desempeña de ordinario significación atenuante —sentencias de 14 de abril de 1926, 25 de abril de 1963—.

Las razones que tradicionalmente se han esgrimido a tal efecto, no están, sin embargo, exentas de reparos: por un lado se invoca la excusa absolutoria del artículo 564, recurriéndose incluso en ocasiones a una argumentación inspirada en la regulación del artículo 9, número uno, para entender que, al faltar alguno de los requisitos de la exención prevista en el citado artículo 564, debe atenuarse la pena (1); por otro, se arguye la existencia de «cierta especie de condominio» entre los familiares —sentencia de 14 de abril de 1926 (2)—. Respecto al primer argumento observemos que no existe base alguna para extender la regulación de las eximentes incompletas a la disposición del artículo 564; además, este último precepto confiere una exoneración de responsabilidad penal, por consideraciones de política criminal (3), no por entender que la conducta realizada deja de motivar un juicio de desvalor. Por lo que a la segunda razón se refiere, no resulta ciertamente muy correcta la afirmación de la existencia de una «especie de condominio» entre los familiares —cfr. la sentencia de 25 de abril de 1963—. Ahora bien, obsérvese que, tras esta consideración realmente poco exacta, se agita una idea significativa para estimar el parentesco como circunstancia atenuante: el agente puede sustraer una cosa, vgr., a su hermano, del que vive separado, en la creencia de

(1) GROIZARD, I, pág. 445.

(2) PACHECO, I, pág. 215; GROIZARD, I, pág. 445.

(3) ANTON ONECA, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1949, pág. 316.

que el mismo tolerará posteriormente el hurto realizado, en atención a la necesidad del primero.

Por otro lado, téngase en cuenta que la comisión de un delito contra la propiedad entre personas unidas por el vínculo de familia, puede traslucir un abuso de la confianza resultante de dicho vínculo; en un tal caso el parentesco no puede ser considerado como un hecho cuya concurrencia origina una menor gravedad de la conducta delictiva: cfr. la sentencia de 25 de abril de 1963.

Finalmente téngase en cuenta que en los delitos contra la propiedad caracterizados por la concurrencia de un ataque a la persona de la víctima, el parentesco desempeñará significación agravante; así lo ha destacado la jurisprudencia en relación a los robos con violencia o intimidación en la persona —sentencias de 20 de junio de 1887, 14 de abril de 1926— y el delito de incendio —sentencia de 22 de noviembre de 1902—.

5. En las falsedades el parentesco ha sido estimado como circunstancia de atenuación —sentencias de 8 de julio de 1901, 27 de octubre de 1964—, en atención al apoderamiento patrimonial, perjudicial para un familiar, perseguido por la comisión del hecho falsario. El requisito legal de que el parentesco una a «agresor» y «agraviado», obsta en rigor, sin embargo, a la apreciación de la circunstancia mixta.

VI. RELACIÓN CON LAS RESTANTES CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y CIERTAS FIGURAS DE DELITO EN PARTICULAR

1. Ninguna dificultad suscita a nuestro juicio la compatibilidad de la circunstancia mixta con las atenuantes del artículo 9. La posibilidad de estimar conjuntamente la citada circunstancia y el arrebato u obcecación, es reconocida por las sentencias de 21 de marzo de 1911 y 13 de abril de 1918.

Respecto a las agravantes, la cuestión tan sólo se suscita, a nuestro juicio, en relación al «abuso de confianza», debiendo resolverse el problema en el sentido de la incompatibilidad entre una y otra circunstancia (1). Como la confianza que se vulnera, estará basada en la relación de familia, no cabrá estimar a la vez ambas causas modificativas de la personalidad penal.

2. Por otro lado, importa observar que en todos aquellos supuestos en los que la ley penal ha tomado en consideración el parentesco como elemento de un determinado tipo o como causa específica de un privilegio o cualificación, deberá excluirse la estimación de la circunstancia mixta. Así, no cabrá apreciar dicha circunstancia en las figuras siguientes: encubrimiento de parientes

(1) GROIZARD, I, pág. 228.

del artículo 18; parricidio del artículo 405 y lesiones graves del artículo 420; infanticidio del artículo 410; lesiones menos graves del artículo 423; mutilación o inutilidad del artículo 426, segundo párrafo; estupro del artículo 435; complicidad en los delitos contra la honestidad, del artículo 445; delitos contra la honestidad, conforme a la disposición general del artículo 452 bis, g); excusa absolutoria del artículo 564 (1).

(1) Cfr. FERRER SAMA, 1, pag. 439 y ss.

Sociedad, delito y derecho

ISRAEL DRAPKIN

Director del Instituto de Criminología de la Universidad Hebrea de Jerusalén

Nos resulta particularmente grato y extraordinariamente honroso el ocupar hoy día esta tribuna, con la intención de tratar de expresar nuestra posición frente a las encontradas corrientes de opinión que predominan actualmente en la disciplina criminológica.

La Criminología, por razones comprensibles, no puede lucir con orgullo los atributos de otras ciencias más antiguas y tradicionales. En efecto, carece aún de límites definidos a su campo de acción, de precisión en su metodología y de nitidez en sus postulados básicos. Esta ingrata situación deriva del hecho que los planos en que se desenvuelven los estudios criminológicos tienen, por lo menos, tres orientaciones totalmente diferentes una de otra: la biología, la sociología y la jurídica.

Cualquiera que sea la definición de delito, éste no es, en última instancia, más que una expresión de la conducta de un individuo, en un momento dado de su existencia, causada por una determinada constelación de factores. En otros términos, es un acto humano y, por ende, una relación bio-psicológica. Por otra parte, como ya lo dijera Aristóteles, "solamente Dios o un Bruto pueden vivir aislados", indicando en esta forma que el hombre no puede vivir en un vacío social. Pero esta indispensable atmósfera social está regida no ya por las leyes biológicas a que aludimos anteriormente, sino que por las mismas normas que determinan las características culturales propias de cada grupo humano, en un momento dado de su devenir histórico. Tenemos, pues, que considerar dos planos diferentes, uno biológico y otro sociológico. Para terminar por complicar aún más las cosas es menester tener presente que la conducta del individuo, en el seno del grupo social al que pertenecen, se desenvuelve dentro de un marco jurídico determinado, sin el cual sería difícil mantener el equilibrio y la estabilidad necesarios para su supervivencia y desarrollo progresivo. Cuando hay que analizar problemas que tienen un entronque en tres planos diferentes, las complicaciones no se desarrollan en progresión aritmética, sino en progresión geométrica. He aquí las razones por las cuales la Criminología constituye campo propicio para la expresión de toda suerte de teorías, de la más dispar naturaleza. Por lo mismo y como responsables de una cátedra universitaria de criminología, nos ha parecido necesario precisar nuestros propios conceptos y doctrinas.

Se nos recuerda a menudo el hecho de vivir en un mundo que cambia continúa y rápidamente. Cada uno de nosotros tiene conciencia de ello, por cuanto formamos parte integral del fenómeno. Simultáneamente somos testigos y actores de este extraordinario panorama de la sociedad humana en movimiento. Sin embargo, no siempre logramos captar sus verdaderas perspectivas y sus notables consecuencias. Con frecuencia queremos creer que este cambiar, en este mundo nuestro, es una experiencia exclusiva de nuestra generación, jamás vivida antes por nuestros antepasados. Por cierto que esto es una mera ficción, ya que cada época ha presenciado cambios tan trascendentales que no sólo han influido, sino que han alterado incluso el curso de nuestra propia historia. Olvidamos con suma facilidad que los filósofos presocráticos, siglos antes que Platón y Aristóteles, ya habían expresado el concepto de "flujo" o cambio constante y continuo, el principio universal presente en toda manifestación de vida y de pensamiento, sea en el mundo físico que nos rodea, en el individuo mismo, o en la sociedad humana. Así fue considerado en el pasado y esta misma verdad no ha perdido vigor en la actualidad. En otros términos, la más grande de las paradojas sigue siendo el hecho que el elemento más constante y seguro de la vida, en este inconstante e inseguro mundo en que vivimos, es la noción de cambio en sí misma.

Tal vez sea efectivo que nunca ante estos cambios fueron tan trascendentales y sus ritmos tan acelerados como lo son en la actualidad. El desarrollo demográfico de la humanidad, los reajustes sociopolíticos y el progreso técnico, son, tal vez, los tres factores principales que pueden darnos una explicación de estos cambios impresionantes, y al parecer interminables, que han ocurrido en el transcurso de nuestra propia existencia y que continúan haciéndose presentes con cada día que pasa. Veamos separadamente cada uno de estos factores.

El desarrollo demográfico, que algunos denominan, no sin razón, la revolución o la explosión demográfica, es un hecho real que se da en toda su brutal intensidad en los cuatro puntos cardinales de nuestro pequeño planeta. Su tasa más alta se registra en Asia, precisamente en aquella zona donde existe menor cantidad de elementos. Pero esto no es una excepción, ya que el incremento demográfico de muchas regiones es superior a la tasa de producción de alimentos, con lo cual se mantiene en forma trágicamente constante el apocalíptico problema del hambre, esa "Hija de la Noche", como la llamara Hesíodo, criatura cruel que acompaña a la humanidad desde sus más tiernos inicios. Veamos algunas cifras. La población del mundo era de unos trecientos millones de seres humanos en la época del Emperador romano Augusto. A mediados del siglo XVII la cifra ya se elevaba a quinientos millones. En 1850 llegó a mil millones y en la actualidad se calcula en unos tres mil millones de individuos. Las predicciones de los expertos de la Unesco y de la Organización Mundial de la Salud, indican una población de 6.000.000.000 para comienzos del próximo si-

glo y de 200.000.000.000 para alrededor del año 2200. Comprendo que es fácil decir: "lo que suceda en el año 2200 no nos interesa." Sin embargo, el problema fundamental que se plantea es el siguiente: si en los momentos actuales dos de cada tres seres humanos padecen hambre o desnutrición en diversos grados ¿qué sucederá dentro de cuatro o cinco décadas cuando seamos el doble de lo que hoy somos? En otros términos, para usar expresiones más familiares y, por lo mismo, más dramáticas, ¿cuál será la situación de nuestro planeta cuando vivan en él nuestros hijos o nuestros nietos? De modo que el año 2200 no resulta tan remoto. Nuestros descendientes vivirán en un mundo super-poblado y tendrán que procurarse los medios alimenticios correspondientes. Esto de por sí no será tarea difícil, especialmente si existirá para entonces una mayor justicia social, de acuerdo con la cual, *el derecho a no morir de hambre* estará incorporado efectiva y realmente a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Los reajustes socio-políticos recientes han permitido a territorios con una tercera parte del total de los habitantes de la tierra, auto-determinarse en el curso de los últimos tres lustros. Hemos presenciado trascendentales transformaciones políticas, económicas, y sociales en la escena europea, en el Continente Americano, y en el mundo demográfico de Asia. Pero mucho más importante y dramático es el brusco despertar nacionalista de los pueblos africanos y del completo realineamiento de sus masas políticas. La situación que todavía prevalece en muchos de estos nuevos e independientes estados de Africa, es tan fluida, a consecuencia directa de tantos cambios y modificaciones, que cabe desearles lograr un razonable grado de equilibrio y de estabilidad, para permitir en ellos el establecimiento de un orden político, social y económico, serio y responsable, del tipo que ellos mismos deseen para satisfacer sus inmediatas necesidades.

El progreso técnico, es el tercer factor que ha influido e influye en la importante evolución de nuestra época. La técnica moderna ha transformado al mundo en que vivimos. Algunos de estos descubrimientos son indudablemente espectaculares, tales como la conquista del espacio extraterrestre —del "cielo", como decíamos en nuestros años juveniles— y los ensayos de los viajes a la Luna y a Venus. Pero hay muchos otros no menos sensacionales, que han influido decisivamente no sólo en nuestra manera de vivir, sino también en nuestra manera de morir... Allí están el ejemplo de Hiroshima, el descubrimiento y el uso de la energía nuclear, la navegación aérea supersónica, la electrónica, la automoción y los nuevos medios de comunicación masiva como la televisión y los transistores, para no citar más que algunos.

Todo ello, todos estos progresos, todas estas nuevas técnicas contribuyen a crear en el hombre la orgullosa convicción que muy pronto él será el único dueño y señor del mundo material en que vivimos y que, mediante la ciencia y la técnica, logrará la solución de todos sus pro-

blemas, conquistando así esa felicidad eterna con la que siempre hemos soñado.

Siempre debemos considerar el progreso como una gran fuerza del bien y no del mal. No tenemos razones válidas para renunciar al mismo. Pero también debemos comprender que todas nuestras fantásticas inversiones no serán más que un peligroso fetiche si llegaran a constituir la sola razón de nuestra existencia, con exclusión de la razón y de la emoción, de la cultura y del arte, de la filosofía y de la religión.

Es inútil —amén de imposible— pretender detener la marcha del tiempo o tratar de mantener el tipo de equilibrio y de estabilidad que fueran útiles a pasadas generaciones. Hoy nos hace falta un nuevo equilibrio, uno que responda a las necesidades y a las exigencias de la hora actual. Desgraciadamente mucho nos falta aún, para alcanzar este objetivo. Debido a la enorme distancia que existe entre el progreso técnico, que he descrito tan someramente, y nuestras instituciones políticas y socio-económicas, nos es indispensable establecer una planificación a largo plazo, con el mayor énfasis posible en las medidas de carácter preventivo. Disminuir la distancia existente entre nuestras actuales instituciones políticas y socio-económicas y aquellas cuya existencia es una consecuencia directa del progreso técnico, es uno de los imperativos más urgentes y necesarios del mundo contemporáneo.

Tal como no hay acción sin reacción, así tampoco hay cambios sin consecuencias. Por su misma naturaleza, todo cambio exige reajustes y readaptaciones que nunca son fáciles. Por lo general, estos cambios representan un proceso lento, fatigante y doloroso, que puede expresarse de mil maneras, entre las cuales el delito y las otras manifestaciones de la patología social, no son precisamente excepciones. De aquí que, no menos importantes que las modificaciones socio-económicas y políticas son los medios por los cuales el individuo logra o no logra adaptarse a este tan agitado mundo nuestro.

La adaptación del hombre a su medio resultará tanto más difícil cuanto más compleja sea la estructura social en que le toque vivir. Y cuando no se logra establecer el necesario equilibrio entre los microcosmos individuales y el macrocosmos que nos rodea, la única resultante, posible se proyecta en términos de psicopatología o sociopatología. Así por ejemplo, cuando debido a traumáticas experiencias sufridas en la infancia, un sujeto da al mundo en que vive un sentido que los demás no comprenden, ese sujeto, si desea continuar manteniendo un cierto grado de comunicación con sus congéneres, deberá ocultar su drama personal e íntimo y vivir dolorosamente sus relaciones con el mundo exterior. Así se genera la *neurosis*, tan característica del hombre contemporáneo. Pero cuando el individuo no logra ese tipo de compromiso, no le quedará otro recurso más que el de interrumpir sus comunicaciones con los otros integrantes de su grupo social y encerrarse en una torre hermética, impenetrable para los demás. Tendremos entonces la *psicosis*, la alieneación mental. Por otra parte, si recordamos

que las emociones constituyen el lenguaje expresivo que nos permite matizar nuestras comunicaciones con terceros, pero que al mismo tiempo pueden producir reacciones y cambios funcionales en el organismo humano, nos será fácil comprender que, cuando las comunicaciones con el mundo exterior son difíciles, la mayor parte de las manifestaciones se concentrarán precisamente en el organismo, dando lugar así a las *enfermedades psicosomáticas*. Finalmente, cuando por distintos motivos las comunicaciones con los demás se hacen confusas y hasta contradictorias; cuando no se puede concebir la sociedad en la misma forma en que la entienden nuestros compañeros y amigos; cuando las normas y los valores fundamentales no tienen ya el mismo significado que los demás les dan, entonces puede manifestarse la *sociopatía* o conducto social irregular, sea bajo la forma del crimen, del alcoholismo, la toxicomanía, la prostitución, el juego clandestino, etc.

Bajo este enfoque especial, no resulta difícil comprender que todo el complejo conjunto de medios y de sistemas de comunicación que existen entre el individuo, el mundo exterior que le rodea y las demás personas, es el perpetuo triángulo de inter-acciones que caracteriza la vida social del hombre. Es el lugar preciso en que se juntan todas las disciplinas que conocemos con el nombre genérico de *Ciencias del Hombre*.

Una sociedad tan heterogénea y compleja como la nuestra, cambiando a una velocidad cada vez mayor, plantea difíciles exigencias al hombre moderno. Cada uno de nosotros debe aprender a seguir siendo el mismo, sin llegar a aislarnos de los demás. Debemos aprender a comprender y a aceptar el mundo de los otros, sin renunciar a nuestras propias normas y valores. Debemos reconocer como nuestro semejante, al hombre que no tiene que ser necesariamente nuestro igual.

* * *

Pocos temas despiertan un interés tan vivo y universal como el de la criminalidad. Ello se debe tal vez a la sed de aventuras, románticas unas, dramáticas o trágicas otras que anidan en la naturaleza misma del hombre. Como, por otra parte, la criminalidad involucra serias consecuencias sociales y constituye también campo propicio para estudios e investigaciones científicas de la más variada índole, resulta tan sólo natural, que el hombre se preocupara siempre del problema del delito. Así fue ayer, sucede hoy y lo será mañana. Las sucesivas doctrinas sustentadas hasta la fecha, no sólo sirvieron de norma interpretadora de la criminogénesis, sino que contribuyeron a justificar la aplicación de las medidas punitivas imperantes en cada época.

La criminalidad es tan antigua como antigua es la sociedad humana. La fragilidad de la conducta del hombre se ha manifestado ininterrumpidamente en todos los tiempos y en todos los lugares, así como también en todos los tipos y formas de organización social, arcaica o

contemporánea, sencilla o complicada. Por lo tanto, es necesario reconocer, que la criminalidad es una condición negativa, inherente a todo conglomerado humano, y que no puede extirparse mediante leyes y decretos, sanciones y medidas de seguridad. Haría excepción a esta triste realidad la utópica e idílica sociedad creada por el genio imaginativo de Tomás Moro. Cada vez que afloran algunas de las habituales debilidades humanas, tales como la codicia, los celos, la ira, se esgrimieron vanamente las medidas punitivas contra lo irracional y lo erróneo, lo impulsivo y lo patológico. Por razones a la vez muy sutiles y muy complejas, se rompe en determinados casos el molde de la tolerada conducta individual, mantenida hasta entonces en la sumisión y en la conformidad, mediante las presiones impuestas por el mundo social circundante. No hemos dado aún con el esquema de la vida perfecta, de aquella que podrá satisfacer las necesidades de todos los hombres en todo lugar y en toda época. Al igual que la enfermedad y la muerte, la Criminalidad es una condición perenne y pandémica, con sus períodos de desarrollo y de apogeo, de crisis y de declinaciones. Sólo que a medida que la sociedad se hace más compleja, se quebranta con mayor facilidad y frecuencia las normas sociales establecidas, debido fundamentalmente a la mayor dificultad del individuo para adaptarse a las mismas. La multiplicación de las leyes restrictivas sólo puede —lógicamente— incrementar el mal en vez de atenuarlo.

A pesar de lo expuesto, es necesario reconocer que los planteamientos indicados hasta aquí, tienen un carácter muy general y que existen diferencias sustanciales entre el volumen y el tipo de criminalidad predominante en las estructuras sociales del pasado y del presente. Así, por ejemplo, en las sociedades primitivas, las presiones y las influencias que se ejercían sobre el individuo, eran estables, armónicas y consistentes, debido a lo cual el sujeto las aceptaba y las toleraba con facilidad. La China milenaria, hasta la revolución de Sun Yat-Sen, en el año 1911, así como otras muchas comunidades orientales, aún en la actualidad, constituyen los ejemplos más clásicos.

En la China de entonces, el individuo vivía rodeado por todos sus familiares y era este "clan familiar" quien determinaba su carrera, sus ambiciones, su trabajo, su profesión, su matrimonio, en resumen, su vida entera. El sujeto, por su parte, vivía satisfecho y seguro, dentro de su círculo familiar, ya que éste se preocupaba de satisfacer sus necesidades en caso de enfermedad, accidente, vejez, insania o cualquiera otra emergencia similar. Esto no se consideraba como gesto de caridad y no involucraba ni representaba estigma o condición infamante de ninguna especie, ya que esa era la norma, vale decir, la peculiar manera de vivir comunitariamente. A su vez, el grupo familiar vivía perfectamente integrado dentro de la comunidad más amplia a la que pertenecía, la que era también armónica, estable y consistente en su cultura tradicional y milenaria.

En las condiciones descritas, la conducta del individuo era casi

completamente previsible, pues estaba pre-determinada, ya que cada cual tenía un mínimo de posibilidades conductuales alternas entre las cuales elegir. Existían muy pocas oportunidades para la expresión de puntos de vista individuales o la adopción de actitudes personalistas. El grupo familiar, por otra parte, tenía muy pocos contactos con gente extraña y ese mismo semi-aislamiento contribuía a otorgar a los moldes conductuales familiares e individuales una mayor consistencia, una mayor estabilidad. Las querellas dentro del hogar eran escasas, la violencia estrictamente evitada y la competencia entre los miembros de la familia era objeto del desprecio común. En cambio, existía una gran afinidad entre los individuos que formaban un mismo grupo familiar, dentro del cual se estimulaba la generosidad y la prestación de toda clase de servicios. Esto era considerado como el único proceder honorable y aceptado. En estas condiciones las posibilidades de cometer delitos dentro o fuera del grupo familiar, sea por extraños o por los miembros de la familia, eran realmente muy limitadas.

En la actualidad y dentro de nuestra cultura occidental, no existe ni esa consistencia, ni esa estabilidad, ni esa uniformidad. El niño occidental contemporáneo se ve confrontado desde el comienzo de su vida, con varios tipos de conducta, aún dentro de su propio hogar. Ello se debe a que prácticamente nadie en la vida moderna —y ello incluye a los padres— puede actuar consistentemente, ya que cada cual tiene frente a sí muchos tipos de conducta a seguir.

Cada uno de los grupos sociales ajenos al grupo familiar tiene sus propios patrones de conducta, los cuales pueden ser muy diferentes de aquellos que imperan en casa. Por otra parte, cada uno de nosotros pertenece a una serie de grupos sociales, cada uno con sus propios principios, necesidades, intereses y apetencias. Las normas de conducta que prevalecen en una familia determinada, son con frecuencia discutidas y hasta antagonizadas por las normas que predominan en otro grupo familiar o en los diversos grupos políticos, económicos, sociales, religiosos, sindicales, etc.

Sucedé con frecuencia que lo que es justo y correcto en un grupo puede ser injusto e incorrecto en otro, perteneciendo el individuo a ambos. En estos casos el sujeto, lleno de dudas y de angustias, no sabe qué es lo que le corresponde hacer o qué es lo que los otros esperan de su conducta. Nuestra sociedad está tan completamente organizada, que puede suceder, y sucede con relativa frecuencia, que una persona que pertenezca a un grupo organizado en contra del delito (Rotary, Leones y otras instituciones similares) y, al mismo tiempo, forme parte de otro grupo que actúa o participa en actividades delictivas. Es el caso del magnate que pertenece a alguna de las sociedades indicadas, en las cuales el tema de la prevención de la delincuencia juvenil no sólo se debate con mucha frecuencia, sino que incluso se fomentan campañas efectivas con el mismo propósito. Esto no impide que ese mismo magnate, paralelamente, incremente su fortuna en empresas de

dudosa legitimidad. Todo consiste en poder mantenerse en un equilibrio inestable, en este límite tan impreciso entre lo lícito y lo ilícito. Cuanta mayor complejidad exista en nuestra cultura, tanta mayor necesidad tendremos de pertenecer a un mayor número de grupos diversos y mayores serán las posibilidades que las respectivas normas de conducta prevalecientes en los diversos grupos sean dispares. Esto es lo que conocemos como el *conflicto de las normas*, que nos permite interpretar mejor una serie de situaciones vitales en nuestra propia cultura, muy especialmente lo que llamamos *desorganización social*, que se manifiesta en su más directa y dramática consecuencia en la criminalidad.

Los conceptos expresados fluyen, en parte, de una de las ideas más productivas del gran sociólogo francés EMILE DURKHEIM, y que él llamó *anomia*, es decir, la ausencia de normas, la falta de valores y principios sociales. Esto desorienta al individuo y le impide saber con precisión cuál es el camino a seguir. Como, por otra parte, la sociedad parece incapaz de poner límites y controles adecuados a los deseos de cada cual, solemos tener fácilmente desorbitadas aspiraciones, la mayoría de las cuales están condenadas a quedar insatisfechas. El gran sociólogo norteamericano MERTON ha ampliado últimamente el concepto de anomia, señalando que la desorganización social puede aparecer aun cuando existan normas sociales, debido a las frustraciones que se producen cuando nuestras aspiraciones quedan insatisfechas. Ello sucederá fatalmente cada vez que se produzca la quiebra en la relación que debe existir entre las metas u objetivos propuestos y la falta de precisión en los medios legítimos para alcanzarlas.

En otros términos, cuando la gente llega a la convicción que en la sociedad a que pertenece cierto tipo de aspiraciones—como, por ejemplo, la adquisición rápida de riquezas, que permita llevar una vida fácil y disipada—son plausibles, pero luego se siente ubicada por esta misma sociedad en que viven, en una posición desde la cual todos los medios legales, decentes y aceptados para lograr la realización de esas mismas ambiciones están bloqueados, no es sorprendente que las normas sociales que prescriben e indican cuáles son los medios legítimos y cuales no lo son, tiendan a perder valor, a ser despreciados y a tirarse por la borda. La anomia llega así por otro camino.

DURKHEIM aplicó también el concepto de anomia al análisis del suicidio. En una sociedad anómica el individuo está perdido, porque no sabe qué es lo que debe hacer y qué es lo que de él se espera. Cuando este conflicto le resulta demasiado para que se crea capaz de resolverlo, el sujeto, desorientado e inseguro, se destruye a sí mismo. De aquí y por analogía, se ha aplicado el concepto de anomia a varias interpretaciones del problema de la criminalidad, las cuales, por razones de tiempo y de oportunidad, no podemos, naturalmente, abordar aquí. Bástenos tan sólo con indicar que este estado de anomia se ha ido

originando paulatinamente en nuestra civilización occidental debido, fundamentalmente, a tres fenómenos diversos:

Primero, los *conflictos culturales*. Con mucha frecuencia se cree que los conflictos culturales pueden existir solamente cuando grupos humanos de formación étnica y cultural diversa se ponen en contacto, como sucedería, por ejemplo, en los países de inmigración. Sin embargo, los conflictos culturales pueden existir en cada país, incluso en aquel que tiene una cultura nacional idéntica o similar.

Segundo, la gran *movilidad y rapidez de desplazamiento* de individuos y de grupos humanos en su totalidad, tan características del mundo contemporáneo, produce, entre otras muchas consecuencias, el quebrantamiento de la estructura familiar. Es dramático observar cómo esa institución milenaria de la familia—que durante siglos fue la piedra angular de nuestra civilización— está haciendo agua por todos lados. Aun cuando ello no signifique necesariamente su próxima desaparición, no cabe duda alguna de que sus características fundamentales se están transformando para poder adaptarse mejor a las condiciones socio-económicas que predominan en la actualidad.

Y tercero, el *espíritu de competencia*, tan indisolublemente ligado a nuestra civilización, que estimula el egoísmo de cada cual y tiende a lograr las satisfacciones de nuestros deseos y aspiraciones, sin prestar atención suficiente a los medios utilizados para alcanzar tal objetivo, sean estos lícitos o ilícitos.

Las limitaciones propias de una exposición sobre aspectos tan complejos como el delito y la sociedad, apenas han permitido esbozar algunas de las diferencias que caracterizan al mundo actual del mundo de ayer. Pero el cuadro descrito sería groseramente incompleto, de no incluir siquiera algunas observaciones marginales al rol que debe desempeñar el Derecho en esta etapa tan trascendental en la evolución de la Humanidad.

Nadie podrá negar la importancia que ha tenido el Derecho en la evolución de la sociedad humana. Es el Derecho uno de los elementos fundamentales que ha permitido la pavimentación del camino por donde ha seguido el desarrollo de nuestra cultura y de nuestra civilización. Es el Derecho el que ha marcado los límites de la permitida conducta al establecer los derechos y obligaciones de cada cual, respetando los derechos de terceros. Todo esto es una verdad casi dogmática e indiscutible. Pero este Derecho nuestro—aquel que todavía está vigente en estos días—es un Derecho que ya no satisface ni podría satisfacer las necesidades de la sociedad contemporánea. Es un Derecho que ha quedado pequeño, anticuado e insuficiente frente a las necesidades del mundo de hoy. Por lo mismo, necesitamos con urgencia la creación de un nuevo marco jurídico capaz de satisfacer estas necesidades. Si es cierto que las fuentes del Derecho son por demás respetables, no es menos cierto que el ritmo de la vida actual difiere bastante del que imperaba en tiempos de Hammurabi, de Alfonso X el Sabio, de Na-

poleón y demás creadores de Derecho. Parece inconcebible que tengamos aun vigente en Latinoamérica algunos Códigos penales dictados con anterioridad a la aparición de la primera edición de *L'uomo delinquente*, de César Lombroso, en 1876. Y no es mucho mejor la situación de países ubicados en otras regiones geográficas o culturales.

Si debemos entender por Derecho el molde cultural de una sociedad determinada, sancionado por las leyes, en un determinado momento de su evolución histórica, se comprenderá sin dificultad que el factor temporal ejerce una decisiva importancia, si se desea efectivamente hacer imperar la norma del Derecho. Aplicados estos mismos conceptos al Derecho penal—la norma obligatoria, pues, lleva anexa la sanción en caso de infracción—, el factor temporal adquiere todavía una mayor preponderancia. Y si esto es así, ¿cómo es posible admitir que todavía se encuentren vigentes Códigos penales dictados hace ya más de medio siglo, cuando el mundo vivía aún su sueño de “fin de siècle”, lleno de romántica placidez, de la que vino a despertar bruscamente con la Primera Guerra Mundial? Los nuevos tipos de criminalidad, en particular el pavoroso desarrollo de la delincuencia juvenil, de la criminalidad organizada (gangsterismo, tráfico de drogas heroicas, trata de blancas, juego clandestino, etc.) y de la mal llamada “criminalidad de cuello blanco”, eran prácticamente desconocidos entonces.

Todo esto exige perentoriamente la revisión de los textos penales, para hacerlos más dúctiles y maleables a las necesidades del presente. Sabemos que no es tarea fácil ni sencilla, ni debemos esperar milagros. Pero también sabemos que debemos afrontarla lo antes posible y que es imprescindible aunar esfuerzos. Sólo si el sociólogo y el psiquiatra, el pedagogo y el médico se unen al jurista, podremos esperar y aspirar a crear ese nuevo marco jurídico que necesitamos en la actualidad. Este trabajo en equipo es insustituible para alcanzar la meta tan urgentemente requerida. Y mientras más pronto despertemos a la realidad y nos demos al trabajo, tanto mejor será para nosotros y para nuestros descendientes en el mundo de mañana.

El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 12 de noviembre de 1958 (1), se ocupa del siguiente caso: El procesado, “en acción rápida e inopinada que impidió que el ofendido pudiera darse cuenta, sacó una pistola de la que iba provisto e hizo dos disparos contra el Belarmiró que no hicieron blanco y al oír tales disparos el acometido se volvió, estando en el mismo plano, distancia y de frente al procesado ..., haciéndole el procesado rápidamente otro tercer disparo que alcanzó a Belarmino penetrándole la bala por la región inframamaria derecha, cayendo la víctima desplomada y falleciendo a los pocos momentos”. La dificultad del supuesto de hecho objeto de esta sentencia reside en lo siguiente: El agente dispara alevosamente dos tiros que no alcanzan a la víctima; al disparar el tercer tiro —el que mata, el que hace que el delito se consume— ha desaparecido la alevosía. ¿Qué hacemos en un caso así: castigamos por homicidio, o por asesinato, o por asesinato frustrado en concurso con homicidio consumado? ¿He aquí el problema!

Por lo que alcanzo a ver, en el limitado tiempo en el que necesariamente ha tenido que ser preparado este artículo, fue mi querido maestro Quintano el único penalista español que estudió este grupo de casos que se inician como asesinato (en el alevoso es donde parece más factible que se produzca una situación así) y acaban como homicidio. Fue él también quien apuntó las tres posibles soluciones —homicidio, o asesinato, o concurso— sobre las que vamos a desarrollar nuestro estudio. Y si bien mostraba ciertas simpatías, pero sin adoptar una actitud tajante, por la tesis del homicidio (2), admitió que la cuestión era “ardua” y susceptible de ser decidida en cualquiera de los tres sentidos (3).

Objeto de este trabajo —escrito para el presente fascículo del ANUARIO DE DERECHO PENAL, dedicado a honrar la memoria del profesor

(1) *Repertorio Aranzadi*, número 3.367.

(2) Cfr. QUINTANO, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, tomo I: *Infracciones contra las personas*, 1962, págs. 227-228; el mismo, *Curso de Derecho Penal*, tomo II, 1963, págs. 40-41.

(3) Véase QUINTANO, *Tratado*, I, 1962, pág. 227.

Quintano— es examinar los eventuales argumentos a favor y en contra de cada una de las “tres soluciones posibles” a un problema que, como tantos otros de la Parte Especial, seguramente le habría pasado desapercibido a la ciencia española si no hubiese sido porque mi maestro llamó la atención sobre él.

I

LA TESIS DEL HOMICIDIO

A favor de punir por homicidio consumado se declara la mencionada decisión del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1958, casando así la sentencia de la Audiencia que había condenado al procesado como autor de un delito de asesinato del artículo 406, circunstancia 1.^a del Código penal.

1. Abogan por esta solución, más que los argumentos positivos, los negativos, a saber: la inviabilidad que aparentemente presentan las otras dos alternativas posibles.

Castigar por asesinato consumado supone desconocer que, como con razón apunta Quintano, “al fin y al cabo, no se mató alevosamente” (4), supone desconocer que “el culpable de la muerte no mató *con alevosía*” (5).

La otra posibilidad, la de hacer entrar en juego un concurso, ofrece también, a primera vista, serias objeciones: pues es “anómalo una doble imputación de muerte con una única víctima” (6); y además: imputar al autor dos delitos contra la vida —uno frustrado y otro consumado— llevaría, al tener que aplicarse las reglas del concurso, a una pena evidentemente excesiva: “esta doble calificación concursal”, escribía Quintano con razón (7), haciendo sin duda referencia a este argumento de la excesiva penalidad, “...repugna a nuestra sistemática de aplicación de penas”.

En pocas palabras y resumiendo: Negativamente, la tesis del homicidio tiene en qué apoyarse; pues si sólo hay tres posibilidades imaginables de solución y dos de ellas (asesinato y concurso) son descartadas, ya no hay donde elegir: hay que inclinarse por la única solución que aún queda en pie: la de castigar por homicidio consumado.

2. a) Pero a esta tesis se le presentan los problemas cuando lo negativamente fundamentado se intenta argumentar positivamente. Veamos cómo lo hace el Tribunal Supremo en la mencionada sentencia de 12 de noviembre de 1958: “Aun cuando no cabe desconocer que los dos primeros disparos han sido hechos hacia la víctima rápida e inopinadamente, sin que ésta pudiera darse cuenta, la circunstancia de ... no haber sido alcanzado el acometido con ninguno de esos dis-

(4) QUINTANO, *Curso*, II, 1963, pág. 40.

(5) QUINTANO, *Tratado*, I, 1962, pág. 227 (subrayado en el texto original).

(6) QUINTANO, *Curso*, II, 1963, pág. 41.

(7) *Tratado*, I, 1962, pág. 227.

paros, aleja toda creencia de obrar a traición y sobre seguro por cuanto al ruido de las detonaciones se vuelve el agredido enfrentándose con quien disparase que le hace rápidamente el tercer y mortal disparo ..., porque en estos últimos momentos del suceso que son los que dan realidad punible al hecho de autos sancionado no se aprovechaba el agresor de ventaja alguna buscada de propósito, estando ya prevenido el agredido no obstante la rapidez del último disparo”.

En este Considerando se contienen dos argumentos con los que se trata de demostrar, no por la vía de descartar las otras dos soluciones posibles, sino por la de exponer lo que habla a favor de la tesis del homicidio aisladamente considerada, que lo que procede es castigar en base al artículo 407. Ninguno de los dos argumentos jurisprudenciales convence.

Por lo que al primer argumento se refiere, no se entiende bien cómo es posible afirmar, primero, que “no cabe desconocer que los dos primeros disparos han sido hechos hacia la víctima rápida e inopinadamente, sin que ésta pudiera darse cuenta” (esto es: no cabe desconocer que los dos primeros disparos han sido hechos a traición y sobre seguro); y, a continuación, desconocer lo que “no cabía desconocer”: “la circunstancia de no haber sido alcanzado el acometido con ninguno de esos disparos [esto es: los hechos a traición y sobre seguro], aleja toda creencia de obrar a traición y sobre seguro”. Pero no es sólo que la primera frase citada de la sentencia sea incompatible con la segunda; es que, además, en esta segunda frase se contiene un razonamiento sumamente raro. Pues la circunstancia de que los dos disparos hechos a traición y sobre seguro no alcanzaron a la víctima, sólo aleja, pienso yo, una creencia: la de que fueron estos tiros los que mataron; pero esa circunstancia no sirve para que esos dos primeros disparos se esfumen en el mundo del no-ser, como parece pensar el Tribunal Supremo cuando niega que haya habido comportamiento alevoso.

El segundo argumento de la sentencia de que “estos últimos momentos del suceso (sc. los momentos del disparo no alevoso) ... son los que dan realidad punible al hecho de autos sancionado” equivale a afirmar que dos tiros alevosos que no dan en el blanco no son realidad punible, que eso es un hecho ajeno a todo juicio penal de desvalor. Contra esto hay que decir: Si un asesinato frustrado no es una realidad punible, entonces es que el artículo 3.º del Código penal no está en el Código penal.

b) La tesis del homicidio no sólo fracasa porque los argumentos que en su favor se aducen son insatisfactorios; fracasa, también, porque no está en situación de hacer frente a estas dos objeciones.

Primera objeción: El primer sorprendido sería, sin duda, el mismo autor del delito si, después de haber realizado los dos fallidos disparos alevosos, se le dijese: “Ahora ya te da lo mismo disparar que no disparar; puedes matar a tu víctima impunemente (entendiendo

impunemente en su sentido literal y estricto)". Por muy sorprendido que se quedase el delincuente: la tesis del homicidio lleva a esa consecuencia de que al autor le es lo mismo, a efectos de pena, matar que no matar. Pues la pena de reclusión menor que se le impone por homicidio consumado si realiza el tercer disparo no alevoso, se la ha ganado ya con los dos tiros que sí fueron alevosos, esto es: con el asesinato frustrado (8).

Segunda objeción: Calificar de homicida al que dispara dos veces alevosamente y mata, finalmente, sin alevosía, es equiparar a este sujeto con el que "sólo" es homicida desde un principio y durante todo el proceso que desemboca en la muerte de la víctima; o sea: es equipararle con el sujeto que no actuó con alevosía ni en los dos primeros disparos fallidos ni en el último mortal.

3. Al comienzo de este trabajo hemos afirmado que el apoyo más sólido lo encontraba la tesis del homicidio en una consideración de orden negativo: en la consideración de que era la única que ofrecía una salida, dado que ni la tesis del asesinato ni la del concurso parecían viables. Pero ahora hemos llegado a otra conclusión ulterior que complica el problema: la tesis del homicidio no ofrece tampoco una salida. Como evidentemente son estas tres soluciones las únicas imaginables calificaciones del supuesto de hecho objeto de nuestro estudio, es preciso volver a examinar las dos primeramente descartadas, para ver si no lo han sido precipitadamente.

II

LA TESIS DEL ASESINATO

Conocemos ya una objeción contra ella: la que aduce Quintana (9) de que no es posible castigar por haber matado *con* alevosía a quien ocasionó la muerte cara a cara.

Todavía es posible oponerle un reparo más: Si la tesis de castigar por asesinato consumado en estos casos fuese correcta, y volviésemos a tener oportunidad de hablar con el agente después de los dos disparos alevosos fallidos, quizás le sorprenderíamos, otra vez, con lo que ahora habría que decirle. Que sería esto: "Ahora te da lo mismo que tu tercer tiro sea también alevoso o que esta última vez dispares sin

(8) Por supuesto que el no efectuar el tercer disparo no puede estimarse, en ningún caso, desistimiento de la frustración (que en la frustración el desistimiento desempeña el mismo papel que en la tentativa es correcta teoría dominante: cfr., por todos, QUINTANO, *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., 1966, págs. 51-52), con la consecuencia de la impunidad del agente. Si se disparó y se falló, el camino de la retirada hacia la impunidad ha quedado cerrado para el delincuente; pues el culpable ha practicado "todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo [no lo han producido], por causas independientes de la voluntad del agente [su falta de puntería]" (art. 3 Código penal).

(9) Cfr. *supra*, notas 4 y 5.

cobardía; no tienes escapatoria: en cualquier caso se te va a castigar por asesinato consumado”.

Con ello, la tesis del asesinato hace iguales al que conserva hasta el final su maldad asesina, matando alevosamente, y al que, en última instancia, rebaja su ánimo criminal y mata sin que concurra la circunstancia cualificativa de asesinato. En este punto dejamos la tesis del asesinato. Pero no para siempre: aún vamos a tener que volver a ella una tercera vez (infra IV). Pues frente a estas objeciones que acabo de hacer es posible alegar una sólida defensa que, no obstante y en última instancia, tampoco puede prevalecer. Ahora pasemos a la tercera tesis.

III

LA TESIS DEL CONCURSO

En realidad, la tesis del concurso encierra, a su vez, tres posibilidades: entre el asesinato frustrado y el homicidio consumado puede haber un concurso de leyes, o bien pueden figurar ambos delitos en concurso real, o bien, por último, concurrir idealmente.

No puedo entrar, dentro del marco de este artículo, en la dogmática jurídicopenal del concurso (10). Doy por supuestos los principios generales que rigen la concurrencia, limitándome aquí a examinar qué luz arrojan para el problema objeto de este trabajo.

1. La tesis de aplicar el *concurso real* (entre asesinato frustrado y homicidio consumado) al supuesto de hecho que nos ocupa no es sostenible ni en su fundamentación ni en sus resultados.

a) Por lo que se refiere a su fundamentación, hay que tener en cuenta que el concurso real exige que el sujeto haya cometido *dos acciones* independientes (esto se deduce de la definición del artículo 69 en relación con la del párrafo primero del artículo 71). Por eso no existe concurrencia material en casos como el que sirve de base a la sentencia de 12 de noviembre de 1958; pues ahí sólo existe *una* acción (11). No es posible decir que cada disparo constituye una acción por sí misma. Como no es posible decir que el que hurta las frutas de un árbol dándole sacudidas, realiza una acción cada vez que agita el tronco (12) y que, por ello, hay que castigarle por tantos hurtos (en concurso real) como sacudidas dio y no por un único hurto de una cuantía equivalente a la *totalidad* de las frutas sustraídas. “Sería incompatible con el concepto de acción”, escribe Maurach, con razón (13), “dividir en estadios, mediante cesuras arbitrarias, este pro-

(10) De ella me he ocupado, pero también incidentalmente, en mi libro sobre *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, págs. 302 y sigs.

(11) Para más detalles sobre el concepto de unidad de acción, véase, por ejemplo, ANTÓN, *Derecho penal*, tomo I, Parte General, 1949, págs. 455-456.

(12) Cfr. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch*, 3.^a ed., 1965, § 54 III B 1 a, pág. 627.

(13) *Op. cit.*, § 56 II A 2 a, pág. 657.

ceso fluído que no sólo es dirigido por una voluntad unitaria de acción, sino que representa una progresiva realización de la voluntad". A este argumento hay que añadir, además, este otro: una concepción que vincule el calificativo de acción a cada movimiento corporal está irremediamente condenada al fracaso. Pues ya podemos tomar el movimiento corporal que queramos: siempre podremos dividirlo en dos movimientos corporales aún más breves; y así sucesivamente *ad infinitum*: la nueva subdivisión nos hará ver, cada vez, que aún no habíamos alcanzado la unidad de acción independiente buscada.

Hasta aquí los argumentos de por qué el asesinato frustrado y el homicidio consumado *no constituyen dos acciones* y, por ello, no pueden figurar en concurso real.

b) Pero no es sólo en su fundamentación donde la tesis del concurso real se presenta inadmisibile; más inadmisibile aún lo es en sus resultados.

Quintano pensaba evidentemente en el concurso *real* cuando hacía referencia a la "imposibilidad de esta doble calificación que repugna a nuestra sistemática de aplicación de penas" (14). Y es que, en efecto, si se aplican las reglas del artículo 70, la pena es insatisfactoriamente excesiva. Que ello es así, lo demuestra la siguiente consideración: Si castigamos por un concurso real de asesinato frustrado y homicidio consumado, entonces el juez, al imponer la pena, ha de moverse dentro del siguiente marco punitivo: de veinticuatro años y dos días a treinta años (art. 70). Por ello, de aceptarse esta tesis, lo que le interesa al delincuente que ha fallado dos tiros alevosos es disparar el tercero *también con alevosía*, pues entonces se le castiga, por asesinato consumado, a una pena cuyo marco va, si —como en el caso que comentamos— no concurren agravantes, de veinte años y un día a treinta años. Mientras que si en el último disparo prescinde de la alevosía, el "premio" que recibe por ello es el de aumentársele el límite mínimo de punición en cuatro años y un día.

Rechazada la tesis del concurso real (15), queda por examinar si la aplicación del concurso de leyes o del ideal está en situación de resolver satisfactoriamente el problema planteado.

2. Anticipo mi opinión respecto de la *tesis del concurso de leyes*: esta solución no convence tampoco ni en su fundamentación ni en sus resultados.

(14) *Tratado*, I, 1962, pág. 227.

(15) Por supuesto que sólo rechazamos la tesis del concurso real para supuestos como los que nos ocupan en este trabajo en que el asesinato frustrado (los dos primeros tiros) y el homicidio consumado (el último tiro) integran *una sola acción*. En cambio, es de aplicar el concurso real cuando el asesinato frustrado y el homicidio consumado constituyen *dos acciones independientes* (ejemplo: el autor dispara contra otra persona dos tiros alevosos, no da en el blanco, y abandona entonces, de momento, su propósito de asesinarle; al cabo de tres días vuelve a encontrarse con la víctima y la mata sin que concurre ninguna de las circunstancias del asesinato). Que la solución es distinta en el caso de una interrupción de la acción es algo sobre lo que QUINTANO había llamado la atención ya con toda claridad (cfr. *Curso*, II, 1963, pág. 41).

a) De modo general se puede decir que existe concurso de leyes cuando un mismo hecho constituye dos delitos y se da la circunstancia de que con la sola aplicación de un tipo penal queda *totalmente agotado* el juicio de desvalor. Concurso de leyes existe, por ejemplo, entre el robo del artículo 501, número 5, y el delito de coacción. El que se apodera del dinero de otro amenazándole con una pistola está realizando un hecho que es subsumible en dos tipos distintos: roba y coacciona al mismo tiempo. Pero el desvalor de su comportamiento queda agotado por completo castigándole únicamente por robo; pues el legislador ya ha tenido en cuenta, en el 501, número 5, que el hecho allí tipificado va acompañado de coacciones; por eso no es posible castigar al autor, además, por este último delito: aplicándole el tipo del robo no queda ya ningún “cabo suelto” que haya que someter a un ulterior juicio desvalorativo.

En cambio, existe concurso ideal cuando ninguno de los dos tipos infringidos agota totalmente el desvalor del comportamiento. Pensemos en el funcionario público que abre una carta y se apropia de su contenido. Si aplicamos el artículo 192 abarcaremos un trozo del desvalor de su acción: la violación del secreto de correspondencia; pero nos quedará un “cabo suelto” que no ha sido tenido en cuenta al imponer la pena: el “cabo suelto” de la lesión de la propiedad. Si, por el contrario, sólo le castigamos por hurto, no habremos tenido en cuenta el otro trozo de reprochabilidad de su acción: la lesión de su deber funcional al violar el secreto de correspondencia. Para agotar por completo, en un juicio de desvalor, la reprochabilidad de esta conducta, sólo queda una salida: aplicar los dos tipos penales, abarcando, así, los dos aspectos jurídicopenalmente relevantes de su acción. Aquí entra en juego, por consiguiente, no el concurso de leyes, sino el ideal.

Que el ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio no puede regirse por las reglas del concurso de leyes difícilmente puede ponerse en duda. La acción *única* ha constituido, al mismo tiempo, un asesinato frustrado y un homicidio consumado. Si castigamos sólo por el primer delito *frustrado*, entonces nos queda un “cabo suelto” de la conducta que no es sometido a juicio de desvalor: el “cabo suelto” de que el sujeto ha *consumado* la lesión del bien jurídico “vida”. Si condenamos únicamente por homicidio consumado, estamos prescindiendo de un sector del desvalor contenido en el comportamiento: no estamos tomando en consideración que antes de matar cara a cara el autor había disparado, sin acertar, dos tiros alevosos. De todo ello se sigue: el concurso de leyes no es aplicable a este supuesto de hecho.

b) Por qué la aplicación del artículo 68 es insatisfactoria también en sus resultados no requiere un detenido razonamiento. Pues la entrada en juego del concurso de leyes significaría imponer al delincuente la pena de reclusión menor. Que esta pena no puede ser la adecuada es algo que he tratado de demostrar al ocuparme de la tesis del homicidio; a lo allí (supra I, 2, b) expuesto remito ahora.

3. En mi opinión, la aplicación del *concurso ideal* ofrece la solución correcta.

a) Correcta en su fundamentación, porque en el ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio, estamos ante *una* acción (cfr. supra III 1 a) que constituye *dos* delitos (asesinato frustrado y homicidio consumado) y cuyo desvalor sólo queda agotado teniendo en cuenta los dos aspectos de su reprochabilidad (cfr. supra III 2 a). Estamos, pues, ante un caso paradigmático de concurso ideal.

b) Pienso que los resultados a que llega la tesis del concurso ideal son también convincentes. Pues al imponer al autor la pena de reclusión menor en su grado máximo (art. 71, párrafo 2) le estamos castigando con más rigor que si los dos primeros disparos no hubiesen sido alevosos (reclusión menor en toda su extensión) y con menos rigor que si el tercer disparo hubiese ido acompañado, también, de la alevosía (asesinato consumado).

IV

OTRA VEZ: LA TESIS DEL ASESINATO

1. A pesar de haber tomado posición ya a favor de la tesis del concurso ideal, a pesar de haber rechazado (supra II) la del asesinato, a pesar de todos los argumentos a favor de aquélla y de todas las objeciones en contra de ésta, la opinión de que es un asesinato consumado lo que en realidad existe en los supuestos que examinamos tiene que volver a ser objeto de nuestro estudio. Pues contra nuestra solución la tesis del asesinato puede alegar reparos bastante bien fundamentados.

Los reparos son los siguientes: ¿Qué es eso de ir examinando el proceso de causación de muerte tiro por tiro sometiéndolo cada uno, por así decir, a una investigación microscópica? ¿No equivale eso a violentar la estructura del comportamiento punible tal como se dio en la realidad? ¿Por qué considerar el comportamiento sometiéndolo a cortes artificiales? ¿Por qué no considerarle *en su totalidad*?

Hasta aquí, las objeciones de la tesis del asesinato contra nuestra solución y contra el *procedimiento* que ha conducido a ella.

2. Pero la tesis del asesinato no está sólo en situación de atacar otras soluciones; puede también defenderse y alegar argumentos en su favor. Estos argumentos consistirían en mostrar que el supuesto aquí examinado no se diferencia en nada de un asesinato, donde la circunstancia cualificativa subsiste hasta que la muerte se produce. Es indiscutible que el autor cuya conducta enjuició el TS el 12 de noviembre de 1958, había demostrado ya, con sus dos primeros disparos, que estaba dispuesto a asesinar, a matar a traición; y si no lo consiguió no fue mérito suyo, sino que fue *la misma víctima* la que se volvió y la que hizo imposible que en el disparo final concurriese la

alevosía. ¿No son las circunstancias del tiro final meramente anecdóticas? ¿Es que disminuye o aumenta en algo la reprochabilidad del autor dispuesto a asesinar —y que demuestra que lo está disparando dos veces alevosamente— porque la víctima (lo que el autor no puede controlar) se dé o no se dé la vuelta? Además: Si la tesis del concurso ideal aquí defendida fuese correcta, la mayor o menor pena del delincuente dependería de circunstancias carentes en absoluto de fundamento material. Pues el destino de la alevosía basada en la sorpresa del ataque es el de desaparecer rápidamente si el autor no consigue la muerte en los primeros momentos: el ataque aleroso pone en guardia a la víctima y, con ello, deja de existir la circunstancia cualificativa del asesinato. Lo que quiere decir: cuanto más nervioso sea el autor o peor puntería tenga, más probabilidades de que consume la muerte como homicidio y se le imponga, así, una pena menor.

Estas consideraciones representan un argumento más a favor de la tesis del asesinato y una objeción más contra la nuestra. Un argumento a favor de aquella solución en cuanto que con dichas consideraciones parece quedar demostrado que no existe diferencia alguna en la reprochabilidad entre quien mata disparando dos tiros con alevosía y el último —el definitivo— sin ella, y el autor que, después de fallar dos tiros alerosos, mata, definitivamente, con otro aleroso también; y como no existe diferencia, los dos sujetos merecen el mismo castigo: el de asesinato consumado. Los razonamientos de la tesis del asesinato representan, asimismo, una objeción contra la posición aquí mantenida en cuanto que parecen echar por tierra una de las alegaciones en la que nos habíamos apoyado, a saber: la de que nuestra solución es justa porque trata con menos rigor al que dispara dos tiros alerosos fallidos y uno (el que acierta) sin alevosía que al que hasta el final es un asesino —tres tiros (también el último) alerosos—. Si, como parece, no existe diferencia entre estos dos comportamientos, entonces yo no he tratado lo desigual desigualmente, sino que he tratado desigualmente lo igual; por ello, mi tesis no puede aducir en su favor la idea de la justicia: es, en realidad, una tesis injusta.

3. Ha llegado el momento de pasar a la defensa y de intentar demostrar por qué —a pesar de toda la fuerza de convicción de los argumentos de la tesis del asesinato— la solución del concurso ideal es, no obstante, la correcta. Lo es, fundamentalmente, porque ella es la única que se basa en “hechos” de los que el Código penal declara expresamente que son penalmente relevantes, mientras que la tesis del asesinato acude al examen de circunstancias a las que nuestra ley penal no concede relevancia alguna. Naturalmente que tengo que examinar microscópicamente cada disparo; pues el Código penal exige que se *mate* alerosamente (¡no basta con que se *intente* matar alerosamente!), y si en el último disparo no encuentro la alevosía, no hay asesinato consumado. Ciertamente que la tesis del asesinato demuestra, bastante convincentemente, que este sujeto al que su mala puntería le libra de un último disparo a traición realiza un comportamiento en todo equiva-

lente al que consuma el hecho alevosamente. Pero no lo demuestra como lo quiere el Código: al Código Penal no le basta para castigar por asesinato con que se demuestre que un sujeto es igual de depravado que un asesino; exige, además, que esta *demonstración* la proporcione el autor ejecutando el "hecho" que el legislador penal ha tipificado como asesinato. Y si no realiza ese "hecho" no podemos condenar por asesinato, por mucho que en base a otros "hechos" no recogidos en la legislación penal lleguemos al convencimiento de que el sujeto no se diferencia en nada del que asesina realizando el tipo del artículo 406.

¿No son todo esto elucubraciones de jurista alejadas de la justicia y de la realidad? Porque no deja de ser extraño que concedamos a la tesis del asesinato que demuestra, sin lugar a dudas, la igual reprochabilidad del que dispara el tiro final sin y con alevosía y luego defendamos para éste la pena de asesinato consumado y para aquél una inferior. Pues bien: lo extraño deja de serlo si consideramos la cuestión dentro de un marco más amplio: dentro del principio básico del pensamiento penal occidental de la tipicidad. Las consideraciones sobre la mayor o menor reprochabilidad del sujeto carecen de trascendencia si no se han traducido en un hecho que el legislador ha convertido expresamente en un elemento del tipo. Este principio es absoluto y no admite quiebra alguna, porque de él depende la garantía del ciudadano frente al poder punitivo estatal. Admitir la tesis de castigar por asesinato a quien —por nerviosismo, por mala puntería o por lo que sea— no ha cometido un asesinato, sería conceder al juez la facultad —que, con razón, sólo está reservada a la ley— de castigar al sujeto por delitos que no ha cometido, pero por los que se les hace responder porque el magistrado, en base a criterios que no han sido recogidos por el Código penal, estima que el comportamiento es equivalente en reprochabilidad a la acción delictiva tipificada.

Variedades de tipos de delincuentes *

SHELDON (a) Y ELEANOR (b) GLUECK (Harvard)

Traducción de: JOAQUIN MARTIN CANIVELL

Juez de Primera Instancia e Instrucción y Profesor del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid. Graduado en la Universidad de Harvard

Introducción

En los últimos años bastantes personas que se ocupan de delincuencia y criminalidad han insistido sobre que el hecho de tratar a todos los individuos antisociales como una clase única tiende a borrar las distinciones de valor significativo, no sólo para una comprensión etiológica, sino también para programas terapéuticos y preventivos. Muchas y diferentes formas de conducta desviada —desde el absentismo escolar al asesinato— son compendiadamente incluidas en textos legales y procesos que se ocupan de “delincuencia”, y similar diversidad existe entre las edades de los jóvenes delincuentes. Sin embargo hay pruebas de que, lo mismo entre los delincuentes que entre los que respetan la ley, hay notables diferencias en personalidad, temperamento y, en menor grado, relaciones paterno-filiales. Puede ser que estas diferencias de efectos del ambiente sobre el temperamento y de este sobre el ambiente sean susceptibles de una integración inductiva en figuras con valor significativo y que estas combinaciones de herencia-ambiente en la estructura y funcionamiento humanos requieran diversas formas de tratamiento.

Ya indicamos nuestro interés por las tipologías en “Untraveling

(*) Este trabajo es un capítulo de un informe sobre una investigación intensiva sobre tipología de delincuentes. La investigación está siendo subvencionada por una donación del Servicio de investigación de Salud Pública de los Estados Unidos (MH 07286), desde el Instituto Nacional de Salud Mental.

(a) Profesor de Derecho en la Cátedra Roscoe Pound, Emérito, Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard.

(b) Investigadora Asociada en Estudios Especiales sobre Delincuencia, Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard.

Juvenile Delinquency”, donde hablábamos de un tipo-núcleo y de tipos marginales. Allí (GLUECK, S. y E. T., 1950) resumíamos en las siguientes palabras nuestros descubrimientos más detallados de las diferencias significativas entre 500 delincuentes verdaderos y un grupo de control de 500 no delincuentes estudiados por parejas igualadas en edad, inteligencia general, procedencia técnico-racial y residencia en áreas urbanas no privilegiadas:

“Los delincuentes como grupo se distinguen de los no delincuentes: 1) *físicamente*, en ser esencialmente mesomórficos en su constitución (sólida, fuertemente trabada, muscular); *temperamentalmente*, en ser de energía incansable impulsivos, extravertidos, agresivos, destructivos (a menudo sádicos); *en cuanto a sus actitudes*, hostiles, desafiantes, resentidos, suspicaces, obstinados, socialmente asertivos, aventureros, poco convencionales, insumisos a la autoridad: *psicológicamente* en sus tendencias a la expresión directa y concreta, más que a la simbólica e intelectual, y en ser menos metódicos en sus enfoques de problemas; *socio-culturalmente*, en haber sido criados en hogares de poca comprensión, afecto, estabilidad o solidez moral, por padres no aptos para ser guías y protectores efectivos, o, según la teoría psicoanalítica, fuentes deseables de emulación y de construcción de un super-yo consistente, equilibrado y socialmente normal durante las fases tempranas de desarrollo del carácter.

En el ambiente apasionante y estimulante, pero poco controlado y culturalmente incongruente, de las zonas poco privilegiadas, tales muchachos bien pronto dan expresión a sus impulsos indisciplinados y a sus deseos egocéntricos mediante formas varias de conducta delincuente. Sus tendencias a la expresión sin inhibiciones de su energía están profundamente ancladas en *soma* y *psyche* y en las malformaciones del carácter durante los primeros años de vida” (pág. 281).

Continuábamos diciendo (pág. 282) que “aunque en casos individuales las influencias de algunas de las tendencias al comportamiento disocial antedichas pueden determinar por sí solas la persistencia de la delincuencia, en general la probabilidad grande de delincuencia depende sobre todo de la interrelación de condiciones y fuerzas de todas estas áreas: Señalábamos que el cúmulo de los principales descubrimientos a los varios niveles de investigación (antropológico, médico, psiquiátrico, psicológico, test Rorschach, hogar, escuela y vecindad) es susceptible de modificaciones sobre la base de un estudio más intenso de los casos atípicos:

“Por ejemplo, hay casos en los que los delincuentes son más ectomórficos que mesomórficos en su constitución, y ca-

sos en los que los delincuentes son de temperamento psiconeurótico e introvertido. Existen también algunos no delincuentes que se han criado en hogares inmorales y criminales. Aunque todos estos grupos son relativamente pequeños, necesitan más amplio estudio, y su examen más profundo puede resultar en modificaciones del análisis inicial”.

Debe subrayarse que el panorama general delineado en la relación de los rasgos y factores diferenciativos más importantes distinguen al grupo delincuente como un *todo* del grupo no delincuente también como un *todo*. Existen desde luego, dentro de los grupos ciertas variaciones subgrupales en cuanto a incidencia y combinación de atributos. Sin embargo, considerada *en masse*, la relación de rasgos y factores diferenciativos aplicables a la gran mayoría de los que forman el grupo entendido como un todo, puede ser considerada razonablemente como definiendo el tipo central de delincuente auténtico opuesto a los tipos marginales en los que ciertos atributos cruciales característicos del grupo no aparecen y presentan en cambio otros no característicos del grupo.

En la actualidad estamos explorando diversos enfoques encaminados a descubrir y definir tales tipos.

Algunas clasificaciones de estudios tipológicos

El examen de lo publicado sobre el tema descubre varios enfoques en la definición de tipos de delincuentes y criminales. Los estudios tipológicos se han hecho en los últimos tiempos tan frecuentes que se ha intentado simplificar el problema tratando de encontrar denominadores comunes a las muchas investigaciones recientes. Por ejemplo, KINCH (1962, pág. 323. Véase también VEDDER, 1962, y HAYNER, 1962) ha sugerido un método para ensamblar útilmente los varios estudios:

“Hay al menos quince formulaciones tipológicas en la literatura sobre la materia... Es la opinión de este autor que todas estas clasificaciones comparten al menos un atributo definidor... la actitud del delincuente hacia el grupo social más amplio y hacia los grupos delincuentes tomados como grupos de referencia. Por ejemplo una categoría de tipos delincuentes se compone de aquellos que mantienen una lealtad atenuada a las normas de la sociedad general, mientras se orientan hacia sus iguales en delincuencia”.

A continuación KINCH clasifica los diversos estudios en tres grupos: *prosociales*, *antisociales* y *asociales*, en razón a si los delincuentes se orientan hacia la sociedad en general o hacia los grupos delincuentes, y hace una lista de muchos estudios que se encuadran, en esencia, en una u otra de estas tres clases.

No encontramos esta clasificación muy útil porque es demasiado general y limitada. Además, parece confundir la gallina con el huevo, ya que la orientación hacia la sociedad o hacia el grupo afín de delincuentes es frecuentemente un resultado más que una causa del comportamiento delincuente.

Sin embargo, KINCH (pág. 326) hace meditadas sugerencias sobre los requisitos de una teoría tipológica de la delincuencia:

“Una buena teoría tipológica de la delincuencia, además de satisfacer los criterios aplicables a cualquier teoría científica, debe presentar los requisitos siguientes:

1) La teoría debe especificar claramente las características de los tipos delincuentes. Debe distinguir entre aquellos factores empleados en la definición del tipo y los correlatos de aquellos factores, es decir, las pretensiones reales que pueden hacerse sobre los tipos.

2) La teoría debe describir el proceso o procesos etiológicos propios de cada tipo. Debe especificar los factores causales que llevan al comportamiento que clasifica al delincuente en uno u otro tipo.

3) Una buena teoría indicará los procesos que explican las relaciones entre los tipos...

Dicho en una forma extremadamente simplificada: la teoría debe especificar los factores que definen los tipos, debe indicar los factores causales y, si es posible, debe indicar también en qué forma estos factores se interrelacionan” (1).

El análisis y clasificación más amplios y profundos de estudios etiológicos que influyen una tipología está contenido en el trabajo de MOLES, LIPPIT y WITHEY (1959) (2). Estos autores analizan numerosos estudios en términos de lo que ellos llaman “*el modelo E I B*”. Estas letras son abreviaturas de *condiciones ambientales* (E, environment en el original inglés), *estados y procesos intrapsíquicos*, obvia o probablemente resultado de la influencia del ambiente en el ser humano (I), y la *conducta* resultante de la influencia del ambiente y los procesos intrapsíquicos (B, behaviour en el original inglés). Los varios estudios examinados son clasificados y considerados bajo los epígrafes de: Organización Social, Subculturas Delincuentes, Organización Familiar, Factores de la Personalidad, Factores Constitucionales, y Factores Misceláneos. El análisis acaba con pensadas afirmaciones encaminadas “hacia la unificación de las orientaciones teóricas”.

Surge una cuestión básica: si el explicar diversos “estados intrapsíquicos” como producto de influencias ambientales específicas y el

(1) KINCH agradece el apoyo obtenido del trabajo de GIBBONS y GARRITY para ocuparse de la doctrina tipológica.

(2) Véase también VEDDER (1962), ROEBUCK (1962) y HAYNER (1962) para conocer otros valiosos resúmenes de estudios tipológicos.

apuntar al estado intrapsíquico alterado del que presumiblemente se deriva el comportamiento delincente en el que el mismo se expresa, no es considerar la motivación humana y su relación con el control de la conducta en términos más bien mecánicos. Sin embargo una cuestión similar puede plantearse frente a cualquier esquema de clasificación. El análisis de MOLES, LIPPITT y WITHEY es importante por:

a) Su intento de separación neta de los diversos filamentos etiológicos en las numerosas investigaciones de que se ocupan;

b) Su inclusión de las muchas variables bajo los útiles epígrafes de variables macroculturales, sociales, físicas, macrotemporales e interpersonales, y

c) Su relacionar estos cinco tipos de influencia ideológica con el producto final de variables dependientes: los actos delincentes o delincuencia.

El estudio apunta también la importancia de reconocer factores "precipitantes" y "de resistencia" al ocuparse de la etiología:

"Para explicar los orígenes de un conjunto de conductas puede no ser en muchos casos bastante una explicación de por qué las conductas persisten; en una explicación completa debe ser posible identificar ambos juegos de factores. En segundo lugar una buena teoría necesita ocuparse de los niveles o estadios del desarrollo a los cuales ciertas condiciones son capaces de producir efectos críticos. La preocupación por la edad (3) del joven es importante para la mayoría de las teorías de la delincuencia, aunque en algunos casos esa preocupación es sólo implícita... En tercer lugar, aunque es legítimo el postular una explicación a cualquier nivel de los fenómenos, una teoría cada vez más amplia debe relacionar clases de variables, de tal forma que las explicaciones antropológicas, sociológicas, económicas, psicológicas o psiquiátricas puedan ser ensambladas en un conjunto; entonces se puede comprender como pobreza o hacinamiento en la vivienda tienen consecuencias en la personalidad, o como la carencia afectiva en el primero o segundo año de vida produce un impacto en los años de adolescencia" (págs. 125-126).

Es por supuesto deseable que la relación de influencias en un período de tiempo, y las interrelaciones de influencias entre diversas áreas de exploración, se establezcan, en tanto lo permitan las complejidades del problema causal, en el comportamiento humano. Esto es algo extremadamente difícil de hacer y con frecuencia se puede tan sólo

(3) Nosotros siempre hemos estado especialmente preocupados por el papel de la edad, el crecimiento y la maduración en la comprensión de la delincuencia y la reincidencia. Véase GLUECK, S. y E. T. (1950), págs.: 13, 28, 32, 37, 154, 184, 189, 192 y siguientes. 345 a 346, 363; GLUECK, S. y E. T. (1937), págs.: 103 a 106, 158 a 161, 199 a 200, 205 a 206; GLUECK, S. y E. T. (1940), págs. 268 a 269; GLUECK, S. y E. T. (1943), págs.: 39, 64, 250, 292; GLUECK, S. y E. T. (1946), páginas: 34, 44, 76 a 84, 86, 88, 91, 106.

recurrir a inferencias basadas en los informes de clínicos experimentados, en lugar de una clara demostración de hechos de eslabón en eslabón. No hay duda, sin embargo, de que MOLES, LIPPITT y WITHEY establecieron una meta deseable a la que deben tender los análisis tipológicos.

Reconociendo los méritos de las antedichos intentos de clasificación —uno demasiado sencillo, el otro más elaborado— nosotros encontramos preferible para nuestro propósito, categorizar los estudios de tipología en consideración a: 1) la cercanía a los orígenes de la conducta desviante —una clasificación temporal— y 2) el *punto de partida* empleando en el análisis o *foco nuclear* —una clasificación metodológica—. Es evidente que los dos enfoques coinciden hasta un cierto punto.

1) Tomando en cuenta la clasificación temporal se pueden ordenar los diversos estudios como sigue: a) aquellos que se refieren a los estadios tempranos de delincuencia y desviación de la conducta, esto es estudios al nivel del tribunal o la institución juveniles, comprendiendo *tipos etiológicos primarios*; b) estudios de criminales jóvenes adultos y maduros al nivel de reformatorio o prisión, o *tipos de tratamiento*; c) estudios dirigidos hacia los resultados en términos de rehabilitación o reincidencia después de tratamientos correccionales, esto es investigaciones a niveles de libertad bajo palabra o posterior a ella, o *tipos de reincidencia*.

2) La segunda dimensión, o metodológica, según la cual los estudios metodológicos pueden ser considerados es la del *punto de partida* o del *núcleo principal de interés* del análisis. Así hay estudios que empiezan por los rasgos de personalidad derivados de examen y evaluación clínicos (algunas veces con ayuda de procedimientos estadísticos), estudios que comienzan por la clase de *delito* típicamente cometido, estudios que tienen su origen en una *orientación teórica* sociológica o cultural antropológica, y estudios (de estos muy pocos) que adoptan *categorías predictivas* como punto de partida para el análisis tipológico.

El describir todos o siquiera una proporción substancial de todos los intentos de establecer tipologías requeriría varios volúmenes y acarrearía no pocas repeticiones. Además, descripciones amplias de las tendencias más importantes han aparecido en los últimos años, notablemente la de ROEBUCK (1962). Las descripciones y comentarios

(4) Ver, por ejemplo, JENKINS y HEWITT (1944). La referencia en el texto está basada en gran medida en este completo artículo. Véase también JENKINS y GLICKMAN (1947), JENKINS (1955, 1957), MIZUSHIMA y JENKINS (1962). Comparar con LEWIS (1954), SAARI (1963). Por desgracia no hemos podido leer el original del último, pero su enfoque incluye la clasificación de los delincuentes en tipos corporales. La clasificación de tipos, en general, parece ser básicamente en términos de tipos de desajuste y tipos de delitos. Comparar con ELIASOPH (1963): "Nos ocupamos principalmente de desarrollar un modelo teórico en el que se incluyen conjuntos de atributos de individuos que demuestran diversa capacidad de asumir papeles" (pág. 17).

que van a continuación se refieren a dos o tres de los estudios más importantes a los niveles diversos, y pretenden ser ilustrativos y no exhaustivos. Estas investigaciones son explicadas esencialmente en relación con su dimensión temporal, y el punto de partida o núcleo principal de interés se apuntan cuando son necesarios o relevantes.

ILUSTRACIONES DE ESTUDIOS TIPOLÓGICOS

a) *Estudios que se ocupan de estadios tempranos de delincuencia*

Un trabajo de importancia en la determinación de la tipología de la delincuencia en sus estadios tempranos ha sido llevado a cabo por JENKINS y sus colaboradores (especialmente HEWITT). Este trabajo es resultado de experiencia clínica. Las conclusiones de un estudio básico se fundan en "un análisis estadístico extenso y detallado de quinientos casos examinados en el Child Guidance Institute de Michigan", aunque las estadísticas no se presentan en el artículo. JENKINS (1944, pág. 84) apunta que la "descripción de estos tipos es un conjunto de tendencias que son típicas", y previene cautamente que los esquemas tipológicos ofrecidos por él y sus colegas no deben aceptarse como algo real, sino más bien una "ayuda para la comprensión de la realidad de casos individuales". Basados fundamentalmente en conceptos elementales y bien conocidos de la psicología freudiana, los rasgos y factores que ofrece JENKINS son prontamente comprensibles para los modernos trabajadores en el campo de la orientación infantil.

"La personalidad se concibe como un núcleo central de impulsos primitivos... en el sentido de espontáneos y socialmente indisciplinados, o instintos en la terminología freudiana. Envolviendo este núcleo de impulsos primitivos existe en el adulto o el muchacho mayor una corteza de inhibiciones que impide la libre expresión de los impulsos... (que se corresponde) en cierto modo con el concepto freudiano del super-yo, mientras el núcleo de impulsos primitivos representa el concepto freudiano del ello. Esta corteza representa las fuerzas represivas de la acción, excepto cuando se ha modificado la disciplina social" (5).

Sobre la base de esta concepción general del desarrollo de la personalidad y el carácter, JENKINS llega a establecer tres tipos de delincentes clínicamente observados:

Tipo 1 (personalidad excesivamente inhibida). El desarrollo exce-

(5) JENKINS presenta figuras gráficas ilustrando los conceptos antes descritos. Comparar con BAZZI y FONTANESI (1962).

sivo de la inhibición en los muchachos de este tipo resulta en el impedimento de la expresión adecuada de los impulsos primitivos, con aumento de la tensión interna y fuertes presiones que conducen a conflictos internos crónicos. En la primera niñez existen síntomas neuróticos como timidez, tendencia a aislarse, temores, tics, disturbios del sueño, morderse las uñas y otros síntomas familiares de tensión y ansiedad. En años posteriores este individuo excesivamente inhibido probablemente sufrirá de sueños terroríficos, ataques de ansiedad o síntomas de conversión física como ritualismo forzado histérico o de defensa. "El punto esencial es descubrir que la persona con conflictos internos graves es, por regla general, el individuo inhibido en exceso" (pág. 85).

Los antecedentes de las relaciones paterno-filiales de los individuos que se encuadran en esta clase de personalidad está tipificado por una *represión paterna rígida y excesiva*:

"Probablemente ambos padres son fríos y asociales, la madre tratando de compensar cierto desvío con protección y restricciones excesivas, el padre perfeccionista e intolerante. Ambos padres con métodos de disciplina contradictorios... muy autocontrolados, socialmente disciplinados... típicamente de un estrato social y un nivel educativo superior al promedio de la clínica. Probablemente la madre está enferma con frecuencia con una u otra afección. Probablemente también el niño ha sufrido frecuentemente un número desacostumbrado de enfermedades, lo que contribuye a su inseguridad y dependencia. Posiblemente está celoso de sus hermanos en sus relaciones con los padres, sintiendo su relación con ellos menos segura" (pág. 86) (6).

De esta manera los mecanismos etiológicos en el niño del Tipo I se derivan esencialmente de padres mal orientados o educados inadecuadamente, cuya conducta estricta en exceso conduce a una disminución en el ambiente de seguridad del niño, con el resultado de una ansiedad crónica o temor de perder el cariño paternal. La carencia de afecto paterno puede llegar al extremo de que el niño sólo pueda obtener su aprobación siendo "muy bueno, muy conformista, muy inhibido". Un acto de agresión por su parte le determina un pánico de ansiedad por causa del profundamente asentado e "invasor miedo a que si no es un niño bueno sus padres no le amarán". De aquí que sólo puede sentirse seguro y aceptado siendo excesivamente "bueno", es decir inhibido en exceso. "Para autoprotgerse aprieta la válvula de seguridad de su núcleo central de impulsos primarios y la presión

(6) Conceptos tales como "sobrepotección" y "sobre-restricción" son extremadamente difíciles de evaluar. Lo que puede ser patogénico en un niño puede no serlo en otro, pero lo acotado más arriba describe una relación paterno-filial prontamente reconocible.

se eleva hasta producir una situación aguda de conflictos internos que puede aliviarse mediante anomalías neuróticas" (pág. 86).

La formulación en la manera que MOLES, LIPPITT y WITHEY califican de *modelo E, I y B* resulta convincente. *E*: padres excesivamente rígidos, fríos, *I*: dando como consecuencia un muchacho inhibido en exceso, con ansiedad y conflictos interiores, *B*: todo culminando en desórdenes neuróticos. Sin embargo el análisis del Tipo I deja sin respuesta la pregunta realmente esencial: ¿por qué algunos neuróticos se convierten en delinquentes y otros no?

Tipo II (personalidad poco inhibida). En esencia este tipo es el opuesto al I, presentando una persona con una corteza de inhibiciones insuficiente. Como consecuencia los impulsos primitivos no sólo se hacen conscientes, sino que se expresan directamente siempre que no hay frenos externos que lo impidan. Esta es la imagen del delincuente del tipo social-agresivo. Como JENKINS apunta correctamente, a los muchachos de este tipo se les califica erróneamente de neuróticos, pues este tipo "se relaciona más bien con la personalidad de carácter asocial y amoral" (pág. 85).

El muchacho del Tipo II es el hijo rechazado. Muestra escasos sentimientos de culpa o remordimiento (a propósito, un rasgo que recuerda el hecho de que LOMBROSO hiciera notar la ausencia de remordimiento como característica destacada de su tipo de "criminal nato"). El muchacho del Tipo II presenta como principal problema el trato hostil sin inhibiciones hacia los demás. Encuentra difícil entenderse con otros muchachos, es pendenciero, inclinado a amenazar y a ser jefe, egoísta, fanfarrón y envidioso. Antagoniza a sus profesores y, en general, es desafiante con las personas con autoridad. Cuando se le contradice tiene explosiones de mal humor. No acepta reproches de su mala conducta. Tiene pocos amigos, es evasivo en sus respuestas, y vengativo. "En nuestros pequeños grupos", dice JENKINS, "encontramos incluso casos de incendio y asesinato", y "los pequeños hurtos domésticos o en la escuela a veces se derivan de esta misma actitud vengativa" (7). El muchacho del Tipo II "se preocupa excesivamente del sexo y es sabido que se masturba". Su vocabulario es irrespetuoso y obsceno. (pág. 87).

El muchacho del Tipo II vive generalmente en una barriada mala, pero (y esto es algo descuidado por los investigadores de orientación excesivamente cultural o sociológica) sus problemas "no empiezan en la barriada ni siquiera en su propio hogar porque su vida ha sido siempre muy inestable. Ha llevado consigo sus dificultades desde el nacimiento y los orígenes de ellas precedieron incluso a este desgraciado suceso en la experiencia premarital de sus padres. La vida hogareña

(7) La variedad de estos delitos prueba la inseguridad del uso del crimen cometido como punto de partida para el análisis de los delinquentes juveniles en tipos.

de su madre en particular ha sido desgraciada. Es posible que dejara su hogar en edad temprana para escapar de sus propios padres, y encontrando casualmente al padre del muchacho. Probablemente este ha nacido ilegítimo. El embarazo no fue deseado "la madre probablemente sufrió dificultades emocionales considerables", y "sus sufrimientos del parto tendieron a aumentar la tendencia ya existente a rechazar al niño". La madre es a veces de escasa inteligencia y alcohólica, posiblemente no desea aceptar las responsabilidades de la maternidad. Las relaciones sexuales entre los padres no son satisfactorias, lo que contribuye al conflicto. En relación al niño uno de los dos es dominante en exceso, mientras el otro no asume responsabilidad. Existe desacuerdo entre ellos en cuestiones de disciplina, y el padre especialmente, suele adoptar una disciplina con alternativas. Ninguno de los padres es afectuoso con el niño, sino al contrario hostil o despegado, pero ambos tienden a escudarlo de la escuela y de las autoridades públicas. La familia es mal mirada por sus vecinos y a veces por toda la comunidad.

Este cuadro del caso del muchacho del Tipo II es en esencia un cuadro de "rechazo paterno general y continuo, particularmente de rechazo materno que comienza antes o al nacimiento del niño". La influencia etiológica subyacente es el hecho de que "ambos padres, y sobre todo la madre, denegaron al niño afecto desde el principio". Si los padres están casados el abandono del hogar o el divorcio son corrientes, siendo el niño "colocado" con parientes extraños; si los padres no están separados están constantemente disentiendo, la atmósfera del hogar es de desarmonía y acritud. Esto responde en muchos casos a la inestabilidad de la madre y en algunos casos también del padre, teniendo ambos tendencia a ser de temperamento violento y a los malos tratos. De este modo las influencias patológicas paternas tienden a producir:

"Un muchacho de hostilidad sin fin e inacabable acritud, que se siente engañado en la vida, que se ve a sí mismo como una víctima aunque es constantemente el agresor, desproporcionadamente carente de inhibiciones sociales o... carente en exceso su super-yo de sentido de la culpabilidad por su conducta... Tres fuentes de ello... la hostilidad del individuo que necesita y... tiene derecho a esperar afecto de sus padres y no recibe ninguno... reacción de resentimiento y amargura... natural en un niño que es rechazado por su madre..., este niño ha carecido de una relación afectiva verdadera con algún adulto a través del cual haber incorporado pautas de conducta o en pos del cual haber desarrollado su super-yo... el ejemplo de comportamiento que este muchacho contempla es grandemente egoísta y desconsiderado... Estas influencias han desarrollado una personalidad hostil y sin inhibiciones con tendencia a actuar con violencia directa ante cualquier

provocación o deseo. Tiene razones para su inseguridad y ansiedad, pero ésta le lleva generalmente a atacar" (pág. 88) (8).

Tipo III (pseudosocial). Se compone de chicos de personalidad normal (media) en su estructura y funcionamiento. Sin embargo, un muchacho del Tipo III, aunque posee una "corteza normal de inhibiciones hacia los miembros de un grupo", presenta un "déficit de inhibiciones, ningún sentimiento de tener obligaciones y libre expresión de impulsos primitivos" frente a los miembros de grupos extraños al primero. Es "el miembro de la pandilla, el buen camarada de la subcultura delincuente que está socializado, a menudo demasiado, dentro de un grupo delincuente, pero que considera al resto del mundo como botín legítimo" (pág. 88).

La psicología y conducta de los muchachos del Tipo III (pseudosocial) se parecen a las de los del Tipo II (muchachos agresivos, sin socializar). Las diferencias que existen están relacionadas con el hecho de que el muchacho del Tipo III es socializado y leal, pero sólo frente a su propio grupo. Como los chicos del Tipo II es insumiso y mentiroso, no acepta reproches y experimenta pocos sentimientos de culpabilidad por sus actos antisociales contra la sociedad en general. Sin embargo, cuando viola el código de su propio grupo o cuando da informes de sus compañeros, sí se siente culpable. Sus pequeños hurtos en casa o la escuela son motivados más por deseo de tener lo hurtado que por el de "resarcirse". Su oposición a la escuela no se debe a carecer de amigos en ella, porque con frecuencia es muy popular. Su odio a la escuela se expresa, sobre todo, faltando a ella. Probablemente es miembro de una pandilla de adolescentes bien organizada y se relaciona con compañeros indeseables. Típicamente está fuera de casa hasta tarde por las noches, o no vuelve a casa. Puede ser un fumador empedernido y probablemente ha tenido ya relaciones sexuales. Es una amenaza para las gentes corrientes, pero probablemente es popular o se siente a gusto en su propio grupo.

El muchacho pseudosocial del Tipo III procede de un hogar situado en mala barriada, con tradiciones de falta de respeto por la ley. Sus padres le dan poca preparación que esté de acuerdo con las normas sociales generales. Su familia está mal conceptuada. Su hogar está descuidado, es inadecuado, hay hacinamiento y poco espacio para el juego sin peligro y vigilado. Probablemente la familia recibe asisten-

(8) No está de más acotar aquí una afirmación frecuentemente olvidada de GARÓFALO en la cual describe la situación opuesta a la bosquejada por JENKINS, pero que refuerza en esencia el análisis de este último: "los hijos de una madre amante, afectuosa o severa según el caso lo pida, se acostumbra a observar la aprobación o el reproche en su mirada. ¿Qué pena puede ser superior al reproche dolorido que hace la madre al niño que ha mentado o maltratado a un compañero? Este niño adquirirá mes tras mes y año tras año un instinto opuesto a la falsedad, al latrocinio y a la crueldad, una aversión fisiológica, gracias a la cual ya no le será posible cometer un crimen. Entonces el problema de la educación estará resuelto". Citado por LOMBROSO (1912), págs. 303 a 304.

cia económica. El muchacho se da cuenta de la enorme diferencia entre su hogar y los de otros.

En contraste con el muchacho agresivo sin inhibiciones del Tipo II, el pseudosocial del Tipo III es producto esencialmente de mal funcionamiento paterno en cuanto a vigilancia, disciplina y control, que son inapropiados. Ello refleja a menudo la propia niñez desgraciada del padre mismo con tendencia a producir la desgana de aceptar responsabilidades familiares. La indiferencia paterna a las obligaciones familiares se muestra en la tendencia del padre a una disciplina laxa y en una indiferencia expresada abiertamente hacia el muchacho. El padre puede también no ser honrado y sufrir una enfermedad o impedimento físico que reducen su eficiencia como sostén de la familia. Tanto él como su mujer con inclinación a ser de carácter violento, a los malos tratos y al alcoholismo.

La madre escuda al muchacho de responsabilidad por sus actos pero ambos padres tienden a recurrir al castigo físico violento y a exageradas medidas de privación. Cuando hay rechazo materno no es debido a que el muchacho no fuese deseado, sino que es de origen relativamente reciente, desarrollado al desesperarse ante los problemas causados por el retoño delincuente. Aunque el muchacho está más resentido con el padre, por causa de su abierto rechazo, se siente no querido por ninguno de sus progenitores.

La desarmonía familiar en las situaciones del Tipo III difiere de la de la familia de la del chico del Tipo II; puede haber indiferencia entre los miembros, poca cohesión familiar en términos de sentir intereses o lealtad comunes. Las discusiones de los padres ocurren probablemente no por causa de relaciones sexuales inadecuadas (como entre los padres de los chicos del Tipo II), sino por razón de las "deficiencias funcionales o de nivel cultural de uno de los padres". Aunque los chicos pueden pelearse constantemente, hay "poca prueba de las profundas rivalidades y envidias entre hermanos, características tanto en el muchacho agresivo y sin socializar como en el excesivamente inhibido" (pág. 90).

Por lo tanto, aunque el comportamiento en general del muchacho del Tipo III es similar por completo al del chico del Tipo II, surge de circunstancias de la primera infancia distintas y da lugar a resultados diferentes tanto en la explicación etiológica como en el procedimiento terapéutico. Porque las razones del chico del Tipo III están más en el padre que en la madre. "En resumen, el muchacho pseudosocial típicamente recibió una socialización de base apropiada en su relación con su madre. Más tarde, como resultado de esta socialización, el fracaso de la función paternal y las influencias desviantes del barrio, cayó bajo la influencia de la pandilla delincuente y alcanzó su socialización en la adolescencia dentro del grupo delincuente".

Se verá que el análisis de JENKINS y sus colaboradores tiene el mérito de tomar en consideración las condiciones prenatales y de la primera niñez y la sujeción del desarrollo a diarias influencias pa-

ternas de un lado, y de otro las presiones y atracciones del barrio o vecindad. Otro mérito de su análisis es que las explicaciones de rasgos y conducta desviada toman algo en cuenta la naturaleza *sucesiva* del desarrollo de la personalidad y el carácter. Un defecto capital de la formulación es que no se indican las razones que inducen a un tipo de personalidad a tomar el camino de la delincuencia en vez del convencional o el neurótico como forma de adaptarse al dilema persona-sociedad.

El punto de partida es la visión clínica organizada comprendiendo al niño y los padres dentro de un esquema explicativo esencialmente psicoanalítico. En la derivación de tipos de desviados infantiles del hecho de la delincuencia, el clínico probablemente no emplea como punto de partida o de énfasis capital, las clases de actos delincuentes cometidos corrientemente por los muchachos, reconociendo implícitamente que en su estadio tan temprano de evolución de una carrera criminal, el tipo de delito no da mucha luz sobre el tipo de muchacho.

b) *Estudios referentes a tipos de tratamiento.*

Los estudios que se ocupan sobre todo del tratamiento son de interés para el estudio etiológico porque las variedades de tratamiento indicadas son relacionadas con diferencias en los antecedentes causales. La finalidad de esta tendencia ha sido expresada por GRANT (1961) en una publicación del Departamento de Corrección del Estado de California: "... parece que los encargados de ello en general buscan cada vez más algún sistema de clasificación que permita tomar decisiones administrativas o programas específicos, clase de lugar donde vivir, clase de trabajo o preparación y clase de terapia" (pág. 5). Después de sentar esto GRANT apunta que "al parecer existen cinco intentos de tipo general para desarrollar clasificaciones de delincuencia" (9) y que "aunque parezca que nuestras teorías actuales sobre tipos de delincuencia son inapropiadas, nuestras teorías actuales sobre tipos de tratamiento son más primitivas aún. En realidad creo

(9) "1. Los previos estudios de probabilidades, representados por los estudios BORSTAL y los del Dpto. de Correcciones y Jurisdicción Juvenil de California, dan base a los estudios de expectativas; los procedimientos de análisis de configuración están representados por GLASER.—2. Enfoques de orientación psiquiátrica representados por los trabajos de JENKINS y HEWITT, REDL, ERIKSON, AICHORN, BLOCH y FLYNN, ARGYLE, el Comité de Tratamiento de la Escuela de Aprendizaje del Estado de Illinois, y el Comité de Nomenclatura Unificada de la Jurisdicción Juvenil de California.—3. Tipologías de grupo de referencia representadas por SCHRAG y SYKES; tipologías de clase social representadas por W. B. MILLER.—4. Clasificaciones de conducta (que cubren una amplia variedad de especificaciones desde tipos de delitos a dicotomías del tipo conformismo-inconformismo, representadas por GIBBONS-GARRITY, OHLIN, RECKLESS y LEJINS).—5. Clasificaciones de percepción e interacción sociales de GOUGH y PETERSON, SARBIN, PETERSON, QUAY y CAMERON, STUD y SULLIVÁN, GRANT y GRANT" (pág. 6). (Las citas de artículos y libros de estos autores han sido aquí omitidas.)

que es honesto decir que en ningún lugar existe algo tan completo y organizado que pueda ser llamada una teoría de tratamiento” (pág. 7) (10). A continuación pasa revista a diversos estudios, cuyo propósito es poner de relieve la interacción entre clases de tratamientos y clases de delincuentes, esto es, elaboran tipos de tratamiento. Aunque denunciando el escaso desarrollo de la investigación y la doctrina en el campo del tratamiento, ofrece algunas indicaciones de ciertas variables que “entran en la estrategia del tratamiento en nuestros intentos de rehabilitar delincuentes”:

“Una lista parcial de las condiciones que han sido mencionadas como importantes en una institución por el personal encargado incluyen: grado de libertad de acción, proporción de afecto y calor humano ofrecidos, cantidad y clases de castigos, establecer instituciones abiertas o, por el contrario, cerradas, dormitorios individuales o generales, preparación manual o académica, nivel de seguridad de custodia, atribución de tareas, tiempo en la institución, empleo de tranquilizantes, colocación con compañeros de más edad o más jóvenes, orientación de ayuda exterior o terapia intrapsíquica, y asesoramiento individual, en pequeños grupos o en grandes grupos. En caso de libertad vigilada las decisiones sobre tratamiento toman también en cuenta lugar de situación, oportunidades recreativas, número de casos de que se encarga cada oficial de vigilancia (o cantidad de atención que recibe cada liberado) e importancia que se da al control externo frente al desarrollo interno de la personalidad.

En informes clínicos y reuniones de comités de clasificación las recomendaciones de tratamiento parecen adoptar algunas de las siguientes formas: Es analfabeto: mandémosle a la escuela. Sufre carencia emocional: démosle afecto. Obra con intrigas: rodeémosle de controles. Es hostil y agresivo: démosle tranquilizantes. Es homosexual: aislémosle. No le ocurre nada: preparémosle en un oficio. Está enfermo: no tomemos decisión alguna por que no estamos preparados para ocuparnos de él. O, simplemente, es un delincuente, luego debe tener problemas: démosle asesoramiento en grupo” (páginas 7-8).

GRANT señala que las variables de tratamiento pueden ser agrupadas en aquellas que se refieren a *instalaciones* para el tratamiento, las que se ocupan de las características de la *persona que lo aplica*, las relacionadas con los *programas* y las interacciones entre estos grupos de variables. Tras reconocer que “es mucho más fácil encontrar publica-

(10) GRANT parece no fijarse en el hecho de que la misma situación existe en gran medida en relación con la psicoterapia y otros métodos de modificación de la conducta humana.

ciones que sugieran diferentes programas para clases específicas de delincuentes, que encontrar investigación en su apoyo”, GRANT revisa las publicaciones más importantes en cada uno de los grupos de variables del tratamiento. Bastará una muestra. Refiriéndose al aspecto de “instalación para el tratamiento” se refiere a la sugerencia de BECK de que “los delincuentes socializados deben ser colocados en una atmósfera institucional abierta y tranquila donde se consigue mejor escape a las energías del delincuente; los delincuentes agresivos no socializados deben ser colocados en un ambiente institucional de control porque la libertad sólo consigue empeorar a este grupo”. (página 8) (II). Sugerencias de este tipo son poco a poco recogidas de lo

(II) Debe señalarse asimismo que JENKIS y HEWITT (1944), también deducen sugerencias prometedoras de tratamiento de su análisis de los tres tipos de personalidad. Para el individuo excesivamente inhibido (Tipo I) recomiendan una terapéutica influida por el psicoanálisis freudiano, dirigiendo el tratamiento “a canalizar la corteza de inhibiciones de tal forma que los impulsos primarios puedan encontrar alguna expresión en forma socialmente aceptable”, debiendo el terapeuta, tras desarrollar una relación esencialmente de tipo paternal, analizar el super-yo descubriéndole mediante asociaciones libres e interpretación de sueños. “Cuando el paciente ha aceptado tales interpretaciones y cree que tiene esos deseos y que el terapeuta no le rechaza o le mira como una persona despreciable, ha tenido lugar algo que reduce la inseguridad responsable de su excesiva corteza de represión... Las ansiedades desaparecen y los síntomas neuróticos ya no se necesitan para resolver el conflicto que, al menos, se reduce en intensidad... El paciente mejora.” A un chico del Tipo II (agresivo no socializado) no es, por el contrario, conveniente el psicoanálisis, ya que “tiene demasiado poco, en vez de excesivo, super-yo”, y la finalidad es no analizar un super-yo excesivo, sino crear uno por síntesis, ya que no hay que aminorar ansiedad culpable, y el comportamiento de un muchacho del Tipo II no está motivado por conflictos internos, “Debe creársele un sentido de la culpabilidad a través del uso de autoridad, firmeza, limitaciones premeditadas y, en ocasiones, castigo.” En otras palabras, lo que parece indicado es un proceso similar al de implantación de tabúes, bien en la enseñanza temprana en el hogar durante la infancia o, por ejemplo, cuando se convence a un joven de entrar en las fuerzas armadas. Comoquiera que el muchacho agresivo no socializado se siente rechazado y espera serlo, se requiere una actitud de afectuosa aceptación por parte del padre sustituto. Como la capacidad de lealtad e “identificación” es escasa, la atracción del adulto aceptable debe centrarse en los propios intereses del corregido y los privilegios abusivos irse retirando poco a poco. “Se necesita reasegurar constantemente el interés personal y el afecto al mismo tiempo que se desaprovechan ciertas formas de conducta”, explicándose repetidamente las razones de lo que se exige. También se requieren un control y limitaciones autoritarias que sean entendidas como castigo. “La psicoterapia aquí se encaminará a ayudar al paciente a comprender que su padre sustituto se interesa por su bienestar, no le es hostil e impone restricciones razonables y que lo sensato es aprovechar las oportunidades constructivas que ofrece la situación... Los resultados del tratamiento serán desarrollar algo la insuficiente corteza de inhibiciones, estimular la previsión y un autointerés mejor discernido y desarrollar ciertas pautas de conformismo. Si, además de ello, se adquiere alguna habilidad profesional, las perspectivas para un individuo razonablemente capaz de aceptar su puesto en la sociedad pueden ser buenas. El muchacho del Tipo III (muchacho delincuente socializado o pseudosocial) requiere un tratamiento menos psiquiátrico y más parecido a las técnicas corrientes de influenciar a los adultos normales. Aunque fundamentalmente ya socializado, el muchacho ha ido a caer en un grupo minoritario agresivo. Una vez establecida relación con un adulto varón con quien encuentra fácil

publicado y agrupadas en los otros epígrafes: variables que se ocupan de la persona que aplica el tratamiento, las que se refieren al programa y las que se ocupan de las interacciones de las clasificaciones básicas de las variables del tratamiento.

Parece que la investigación metódica encaminada a determinar la interacción entre tipo etiológico y tipo de tratamiento no sólo será una ayuda en sentido práctico sino también, mediante la anotación cuidadosa de los elementos específicos de tal interacción, arrojará luz sobre algunas de las características esenciales de varios tipos de delinquentes.

Otro artículo valioso sobre tipología de tratamiento es el de ARGYLE (1961). Pasa revista a lo publicado y reúne los rasgos separados de personalidad en cuatro "áreas" o dimensiones: *super-yo inadecuado*, *identificación desviada* (esto es, si existe identificación con padres o grupo de iguales), *control débil del yo* (impulsividad), *caren- cia de comprensión*, *neuroticismo* (12). Presenta pruebas de los orígenes esencialmente distintos de sus cuatro "dimensiones". Acaba con el ofrecimiento de "reformas subsiguientes" de los cuatro tipos "análogas a las cuatro dimensiones" (pág. 23). La diferenciación de ARGYLE en términos de debilidad en una u otra de sus dimensiones es una herramienta analítica útil. Da explicaciones razonables de por qué influencias tales como afecto y disciplina (relaciones paterno-filiales emocionales e intelectuales), son tan abundantes en resultados, sobre todo por que un afecto sano (verdadero, pero no excesivamente tolerante) y una sólida disciplina (firme, sin variaciones, honesta y afectuosa) son necesarios para la formación de un super-yo adecuado durante el proceso de identificación con un adulto admirado (13).

Las prescripciones de tratamiento de ARGYLE, aunque sencillas, son sensatas. Para los incluidos en su primer grupo, los que tienen un super-yo débil, se pregunta: "¿Cómo puede aumentarse la fuerza del super-yo en aquellos que presentan debilidad en esta dimensión?"

identificarse, puede ser conducido hacia la lealtad a las normas legítimas "dándole un escarmiento", o, por el contrario, mostrándole interés y confianza. El tratamiento aquí supone una ampliación gradual de las lealtades del muchacho más allá del grupo al que pertenece, y esto exige separación del grupo del que es miembro, o neutralización de su influencia, o abarcar al grupo completo en un amplio proceso de socialización. Para trabajar con muchachos del Tipo III "son particularmente apropiadas... las personalidades fuertes y varoniles, con capacidad de reaccionar con entusiasmo, sentimientos generosos, lealtad completa y una firmeza de propósitos sin compromisos" (pág. 94). Véase también Oficina Juvenil de la Ciudad de New York (1960).

(12) ARGYLE hace notar que la variedad de resultados de diferentes investigadores se debe, en parte, a diferencias en la forma de comprender el concepto "neuroticismo", y que los GLUECK encontraron excesivo neuroticismo entre los no delinquentes (a través de la aplicación del *test* RORSCHACH). Ignora el hecho de que los delinquentes tienden a dar salida a sus conflictos, mientras los neuróticos tienden a "embotellarlos".

(13) Encontramos que tales influencias tienen elevada fuerza predictiva en distinguir los delinquentes potenciales de los no delinquentes potenciales a la temprana edad de cinco o seis años.

Es claro que debe existir un contacto intenso con una persona con autoridad al menos (por ejemplo, un encargado de vigilancia comprensivo e inteligente) con quien establecer una íntima relación y de quien el sujeto se hace dependiente y busca aprobación. En segundo lugar, la autoridad debe exigir firmemente y retirar la aprobación si no se cumple lo exigido" (pág. 22). Para el tipo de identificación desviada, ARGYLE prescribe separación del delincuente de su grupo de iguales y su instalación en un ambiente esencialmente no delincuente (por ejemplo: servicio militar, hogar adoptivo apropiado, etc.). "Es interesante decir—señala—que los GLUECK informan que este tipo de delincuentes se comportaba bien en el ejército o la armada, y, sin embargo, mal en prisión." Para enderezar a los muchachos con el débil control del yo, se puede buscar apoyo en el paso del tiempo. "... este tipo de madurez retrasada desaparece a los treinta años de edad." El papel del crecimiento y la madurez en relación con la reforma y en oposición a la reincidencia ha sido señalado en nuestros anteriores trabajos (14) y nos ocuparemos de nuevo de él en el presente estudio (15).

ARGYLE menciona el hecho (1961) de que la Escala de Desviación Psicopática del Inventario Multifásico de Personalidad de MINNESOTA (MMPI) ha sido capaz repetidamente de diferenciar a los delincuentes en una larga serie de estudios, y que la Escala de Socialización de GOUGH del Inventario de Personalidad de California (CPI) "administrada a 2.000 delincuentes y 19.000 no delincuentes, comprobó los bajos resultados de 18 muestras de no delincuentes que iban de 39,44 a 36,66, mientras que las de las siete muestras de delincuentes iban de 31,25 a 26,23." Estos hallazgos, dice ARGYLE parecen "fundar la opinión de que, en realidad, existen diferencias de personalidad mensurables", pero queda el problema de integrar los diversos rasgos en "áreas de personalidad", algo que ARGYLE intenta hacer con sus cuatro "dimensiones" (págs. 15-16).

En los últimos años se ha hecho costumbre de habérselas con delincuentes adultos el empleo no de pautas de personalidad-ambiente, sino del delito típico como punto de partida para síntesis correlacionales, o como punto central de interés. El método consiste en adecuar a las pautas de conducta criminal, mediante técnicas correlacionantes, varias influencias de rasgos personales y del ambiente, las cuales se presume que se reúnen en torno a las diferentes pautas delictivas. La labor de ROEBUCK y sus colaboradores es la que mejor ilustra este enfoque.

(14) Nosotros siempre hemos estado especialmente preocupados por el papel de la edad, el crecimiento y la maduración de la comprensión de la delincuencia y la reincidencia. Véase CLUECK, S. y E. T. (1950), págs. 13, 28, 32, 37, 154, 184-189, 192 y siguientes, 345-346, 363; GLUECK, S. y E. T. (1937), págs. 103-106, 158-161, 199-200, 205-206; GLUECK, S. y E. T. (1940), págs. 268-269; GLUECK, S. y E. T. (1943), págs. 39, 64, 250-292; GLUECK, S. y E. T. (1946), págs. 34, 44, 76-84, 86, 88, 91, 106.

(15) En preparación.

El punto de vista de ROEBUCK y sus colaboradores quizá se refleja mejor que en ningún otro sitio en su estudio del individuo negro adicto a las drogas estupefacientes (ROEBUCK, 1962 a):

“Se sentó la hipótesis de que los criminales, en sus actividades delinquentes, al igual que los no criminales, en sus actividades legítimas, manifiestan una pauta de conducta característica que se convierte en su marca identificadora. Más aún, existe bastante base para avanzar la hipótesis de que las particulares pautas de comportamiento en la vida adulta están asociadas con particulares factores sociales y de los antecedentes personales. El ápice del problema tipológico parece centrarse en los siguiente puntos:

1. La presencia de pautas criminales en los antecedentes delictivos del delincuente.
2. La asociación de ciertos factores sociales y de los antecedentes personales con las pautas antes dichas” (páginas 37-38).

Usando como punto de partida historiales de detenciones, ROEBUCK ha definido cuatro pautas: *Pauta simple* (historial de arrestos con elevada frecuencia de una clase de imputación criminal) (16). *Pauta múltiple* (historial de arrestos con dos o más pautas). *Pauta mixta* (historial de tres o más arrestos, pero sin que ninguna imputación presente pauta de frecuencia); y *Sin pauta* (categoría residual de delinquentes con número insuficiente de arrestos para garantizar un análisis). Cincuenta delinquentes adictos a drogas fueron comparados con los otros internados negros del Reformatorio del Distrito de Columbia (350) en relación con 42 características personales y sociales, con los siguientes resultados estadísticamente significativos:

“En resumen, pues, los adictos, a diferencia de los otros delinquentes, lo eran en virtud de su vicio personal: adicción a las drogas estupefacientes. Como grupo eran más jóvenes más instruidos y más inteligentes que los delinquentes incluidos en otras pautas. Con menor frecuencia procedían de ambientes familiares desorganizados, y, en su niñez, sus ajustes escolar, en el hogar y en la comunidad requirieron me-

(16) Una pauta simple había de tener tres o más arrestos por la misma imputación. Un historial que presentara al menos cuatro arrestos por una imputación determinada y arrestos por otras era dividido entre secciones cronológicas (con ciertos requisitos que aquí no se indican) y era considerada pauta simple si estas imputaciones aparecían en la última sección del historial de arrestos al menos una vez, y si esta imputación comprendía al menos el 33 por 100 de las que se incluían en las últimas dos secciones. Los investigadores que usan materiales similares o relacionados con estos reconocerán la necesidad de “establecer líneas de separación” en la clasificación de datos. La formulación de ROEBUCK parece ser realista y razonable.

nos frecuentemente sanciones formales. Con menor frecuencia se mezclaron en hechos serios de delincuencia que determinaran el que fueran calificados de delincuentes juveniles. De otro lado, tuvieron más frecuentemente compañeros criminales adultos antes de cumplir los dieciocho años. Cuando se dedicaron a actividades delincuentes o criminales fueron más frecuentemente "solitarios". Fueron criados por madres dominantes que los mantuvieron en el hogar durante sus años de formación y que probablemente influyeron mucho en convertirlos en lo que aparecían como tipos de personalidad "pasiva-dependiente". Durante sus años de adolescencia y primera juventud fueron iniciados en el uso de la heroína por camaradas ya adictos, y, en su mayoría, no eran delincuentes antes de su adición. Todos ellos afirmaron que oír música de jazz era su principal forma de distracción. Sus héroes eran intérpretes de música conocidos como adictos a las drogas...

Puede ser que su tipo de personalidad les convierta en susceptibles a los estupefacientes. El estado de euforia producido por las drogas de esta clase se describe en la literatura como un tranquilo y pacífico nirvana con ensoñaciones. Este estado es la antítesis de la acción dinámica" (pág. 42).

ROEBUCK está convencido de que su análisis "demuestra la utilidad de una tipología basada sobre las carreras criminales reflejadas en las pautas del historial de detenciones. El uso de esta tipología permitió delinear categorías claramente delimitadas y homogéneas de delincuentes... Los datos empíricos, tanto cuantitativos como cualitativos (recoge frases características de adictos a los estupefacientes), demuestran claramente que los infractores de las leyes sobre drogas narcóticas difieren de otros tipos criminales en razón de factores sociales y de antecedentes personales teóricamente relevantes" (pág. 43).

Una técnica semejante ha sido empleada por ROEBUCK y JOHNSON (1962 *b*) para distinguir delincuentes negros "ebrios y causantes de ataques", "individuos que practican loterías ilegales" (ROEBUCK, 1963) y el grupo de delincuentes "capaz de todos los oficios" (ROEBUCK, y JOHNSON, 1962 *c*).

Es sorprendente que, partiendo de las pautas de detención y tomándolas como centro de interés, se obtengan resultados tan coherentes a través de la intercorrelación de delitos típicos con numerosas variables de naturaleza personal y social. En cierto modo resulta difícil de creer que la clase de delito que un criminal comete pueda ser indicativa de su constitución general y del ambiente a que ha crecido de tal forma que sea una pista significativa de su personalidad total y carácter, de las influencias que hicieron de él un criminal y, encima, de las que le hicieron un especialista en un delito particular. En el estudio continuado (follow up) de que informábamos en "500 Criminal Careers" (GLUECK, S. y E. T., 1930), encontramos que era muy elevada la relación entre

la puntuación de fracaso total basada en los factores que usamos en las tablas de predicción (hábitos industriales, responsabilidad económica, relaciones familiares, tipo de hogar, empleo del tiempo libre después de la libertad vigilada) y la conducta criminal después de la libertad vigilada. Los coeficientes de contingencias que expresaban estas relaciones variaban de 0,46 a 0,59. Sin embargo el coeficiente expresivo de la relación entre el tipo de delito cometido —es decir, si era sustracción de propiedad situada dentro de un edificio, hurto, robo o delito de motivación sexual— y situación delincuente tras la libertad vigilada, no era sino 0,12, una relación tan baja como para no ser tomada en cuenta (página 295).

No obstante como ha hecho notar TAPPAN (1947, al que se refieren ROEBUCK y JOHNSON, 1962 *b*, pág. 23) el Código Penal contiene más definiciones específicas de conducta delincuente que cualquier otro conjunto de categorías no legales; y esto puede ser una razón por la cual los elementos componentes del delito tal como son definidos legalmente puedan incluir un punto de partida útil en la construcción de tipos delinquentes.

ROEBUCK justifica su enfoque por analogía con los no criminales en sus legítimas ocupaciones, los cuales “manifiestan un comportamiento característico que se convierte en su marca identificadora”. Aunque esto es verdad hasta cierto punto en algunas ocupaciones que exigen habilidad y preparación especiales no corrientes, no es cierto en términos generales. Sin embargo ROEBUCK adopta su método siempre que nada se pruebe en contra cuando es aplicado a infractores de la Ley encarcelados como adictos a las drogas, asaltantes ebrios y los que manejan “juegos de loterías ilícitas”. Es probable que el uso de la vocación criminal típica como camino para deslindar influencias personales y situacionales que tiendan a desenvolver uno u otro tipo específico de criminal, sea probablemente de más ayuda en los casos de delinquentes adultos habituales y confirmados, que entre delinquentes juveniles con mayor plasticidad y probablemente más diversos.

Parece necesaria la experimentación con la metodología de delineación de tipos criminales: probar con varios métodos de enfoque —síntesis de la personalidad, influencias del ambiente familiar, influencias culturales más amplias, etc....— antes de que pueda determinarse que una senda que nos lleve a los orígenes motivacionales de uno u otro tipo de delincuente conduce a resultados más convincentes que otros.

Comenzando en el otro extremo del proceso y llegando a varios tipos criminales, GIBBONS y GARRITY (1962, pág. 27) sugieren una tipología basada en la idea de que el mundo real del comportamiento criminal se compone de una variedad de papeles sociales o pautas estables de conducta y que “estas pautas de actuación se diferencian según dos dimensiones: autodefinición y actitudes y comportamientos delinquentes.” A continuación enumeran ocho clases de delinquentes e indican su interpretación del significado de estas “pautas de actuación” bajo los

epígrafes "Pautas delictivas" y "Autodefiniciones y actitudes" (página 29 (17)).

Esta forma de enfocar el problema tipológico es de utilidad porque sugiere una combinación del estudio etiológico con las necesidades de tratamiento al nivel de las instituciones para adultos. Emplea ciertas suposiciones hipotéticas, tales como "papel", como medio de compaginar materiales contrapuestos. Puede ser de utilidad averiguar la "autodefinición" como instrumento explicativo, pero debe tenerse en cuenta que las autodefiniciones no son tan estables como este enfoque de integración de rasgos de la personalidad da por supuesto. La autodefinición de un joven predelincente o delincuente no es la misma que la de un criminal adolescente o maduro; y existe el peligro de encuadrar entre los datos del "papel" algunos a los que se ha llegado a través de entrevistas y pruebas con delincuentes adultos, como explicación de sus carreras delincuentes.

c) *Estudios de tipos de reincidentes.*

Hay investigaciones tipológicas que recalcan el estadio del posttratamiento y verifican la incidencia de la reincidencia en relación con tipos de personalidad o de situación, o de ambos. Nosotros hemos aportado varios de ellos. Aunque no centrando nuestro estudio específicamente en tipos, hemos hecho distinción entre los atributos y situaciones de aquellos que después de ciertas formas de tratamiento han resultado éxitos y los de aquellos que fueron fracasos. Por ejemplo en "One Thousand Juvenile Delinquents" (GLUECK, 1934) analizamos la relación entre tratamiento en clínica del tribunal y reincidencia. En relación con ello presentábamos una tabla mostrando el grado de relación

(17) Los tipos son: ladrón profesional, "duro" profesional (es decir autor de robos a mano armada, robos con entrada en edificios, y aquellos que cometen delitos similares que incluyen violencias o amenazas), delincuente contra la propiedad no profesional (que se distingue del primero en que sus actos son relativamente simples e inexpertos, produciendo beneficios relativamente pequeños), hurtador de vehículo con uso insensato del mismo, falsificador de cheques simple, criminal de cuello blanco, autor de apropiaciones indebidas, el profesional de la infracción "en los límites de lo Penal". Los autores aportan sugestivos comentarios sobre cada uno de los tipos. En un artículo previo GIBBONS y GARRITY (1959, pág. 52), establecen 14 tipos de criminales y sugieren siete "dimensiones" del comportamiento criminal "utilizables en la reunión de datos etiológicos y descriptivos referentes a tipos criminales... 1) autoconcepto e identificación (por ejemplo, criminal-no criminal)—2) antecedentes sociales (por ejemplo, zona suburbial de clase baja, clase media, etc.)—3) antecedentes familiares (por ej., abandono paterno, rechazo, tensiones familiares, etc.)—4) asociación diferencial—5) antecedentes delincuentes y criminales—6) papel de las instituciones, y—7) pronóstico (riesgo de continuar en la delincuencia). Como ejemplo ponen el de un delincuente contra la propiedad casi profesional, y señala la utilidad de la investigación tipológica para hacer los programas de tratamiento más agudos y realistas. Los autores sugieren emplear el concepto *carreras* como método unificador en la descripción de tipos, pero no mencionan los trabajos de los GLUECK que incluyen historiales de carreras de delincuentes tanto juveniles como jóvenes adultos.

entre subcategorías de varios factores familiares y personales favorables y desfavorables, de una parte, y la reincidencia y no reincidencia de otra. Señalábamos las subcategorías en relación con las cuales se encontró que la incidencia de reforma era más elevada. Entre las subcategorías de factores que encontramos mantener una relación más destacada con resultados favorables de conducta tras que los muchachos habían pasado por "probation", tratamiento institucional u otras formas de tratamiento, están las siguientes: buenas relaciones conyugales de los padres, afecto saludable de los padres al muchacho, sólida disciplina del muchacho por parte de los padres, ausencia de antecedentes de enfermedad o defectos mentales en la familia, inexistencia de delincuencia en la familia, carencia de experiencia anterior del muchacho en instituciones u hogares substitutos, ser miembro de un grupo bien vigilado, inexistencia de retardo escolar, inexistencia de mala conducta en la escuela, colocación o empleo sin discontinuidades, ausencia de arrestos previos, carencia de manifestaciones tempranas de mala conducta, aparición tardía del primer caso de mala conducta (entre los quince y dieciséis años de edad), corto período de tiempo entre primera aparición de delincuencia y primera detención, y que transcurra menos de un año entre primera aparición de delincuencia y examen por un clínico.

Al tabular los hallazgos hechos se encontró una asociación apreciable en la incidencia de las subclases más favorables de factores y la conducta durante el postratamiento. En el grupo con 10 o menos subcategorías favorables, los no delincuentes durante el postratamiento no alcanzaban más que el 6,9 por 100, entre los que presentaban de 10 a 20 circunstancias favorables la proporción era del 8,5 por 100, mientras que en el grupo con 21 a 30 de tales categorías la proporción de no delincuentes saltaba a 23,4 por 100 y en aquellos con 31 o más, ascendía a 87,5 por 100.

En relación con esta clase de estudios es verdad, por supuesto que los rasgos y factores individuales no son tipos, pero las influencias que conducen a la clasificación de los seres humanos en tipos son descubiertas por análisis de esta clase.

Otros aspectos preliminares de una tipología, aunque algo diferentes, en los que se relacionan los rasgos personales y los factores situacionales con los resultados, se ofrecen en varias otras de nuestras investigaciones continuadas. Por ejemplo, en "500 Criminal Careers" (GLUECK, 1930, págs. 285-288) se presentó una serie bien conocida de tablas de predicción, basadas en aquellas subcategorías de factores que habíamos encontrado distinguir más marcadamente a los reincidentes de los no reincidentes (18). Estas tablas se basan en las puntuaciones de total fracaso de delincuentes en la forma determinada por la relación entre ciertas subcategorías referentes a la constitución personal

(18) Para un estudio más reciente de la reincidencia juvenil véase "Monografías de BERKSHIRE FARM", diciembre 1962.

y los antecedentes ambientales de delincuentes jóvenes adultos y variedades de su comportamiento subsiguiente. La puntuación máxima alcanzable sumando las subcategorías, por un lado, y la más baja por el otro, constituían los límites extremos del instrumento predictivo. Luego se dividió la distancia entre estos límites en zonas de puntuación de igual amplitud, y cada uno de los individuos incluido en una de ellas según su participación particular en las subcategorías de los factores predictivos y según hubiera resultado un éxito (no reincidente), un fracaso parcial (19) o un fracaso total, determinados por la criminalidad tras la liberación. Por ejemplo, un joven con una puntuación entre 244 y 295, en seis subcategorías más importantes de factores previos a su ingreso en reformatorio, tenía un 75 por 100 de probabilidades de resultar un éxito y un 20 por 100 de ser tan sólo un fracaso parcial en su comportamiento después de la liberación; uno con una puntuación predictiva de 296-345 en las subcategorías de los factores más destacados tenía 34,6 por 100 de probabilidades de éxito (no reincidencia) y 11,5 por 100 de fracaso parcial; uno con puntuación de 346-395 tenía 26,2 por 100 de probabilidades de éxito y 19,1 por 100 de fracaso parcial, y uno con puntuación de 396 ó más tenía sólo 5,7 por 100 probabilidades de no reincidir y 13,7 por 100 probabilidades de fracaso parcial.

Hemos elaborado instrumentos similares para una muestra de 500 mujeres delincuentes; y se hicieron estudios continuados tanto para delincuentes juveniles como para delincuentes varones jóvenes adultos, lo que aumentó el período vital dentro del cual las predicciones son posibles.

Como se ha indicado, las varias clasificaciones predictivas pueden ser consideradas como series de proyectos de tipos; pero antes de que pueda determinarse si son tipos etiológicos es necesaria una integración funcional de los rasgos y factores que diferencian cada una de estas clasificaciones predictivas. Sin embargo, como se verá en el curso de este trabajo, decidimos que las categorías predictivas eran un punto de partida de utilidad para delimitar tipos etiológicos personales-situacionales. Ello es así porque la demostración de la elevada concordancia en uno de nuestros instrumentos, el cual ha sido cuidadosamente comprobado, entre las indicaciones predictivas y el comportamiento real (CRAIG y GLICK, 1963, 1964; también TREVETT, 1965) sugiere que

(19) Condena por dos delitos menos graves, o arrestos por no más de tres delitos graves, o arrestos por no más de dos delitos graves, pero sin condena, o arrestos por un delito grave sin condena y no más de dos delitos menos graves también sin condena, o delitos menos graves ocasionales que se conozcan, pero a los que no han seguido arrestos ni acusaciones. *Fracaso total*, arrestos por tres o más delitos graves no seguidos de condena o condenas por más de uno de ellos, o por más de cinco imputaciones de embriaguez, o deserción o licenciamiento deshonoroso de las fuerzas armadas, o situación de fugitivo de la justicia o reclamado por evasión o comisión conocida de delitos graves o una serie continua de delitos menos graves por los cuales los individuos, sin embargo, y por lo que sea, no han sido detenidos ni acusados.

la razón de la impresionante capacidad predictiva de esta tabla se debe no sólo a que los factores que la integran son en sí mismos esencialmente etiológicos, sino también porque están relacionados con otros factores y rasgos incluidos en la influencia etiológica total. Volveremos después sobre esta cuestión.

Ocupémonos ahora de un reciente estudio basado en las experiencias acumuladas en el Reformatorio para hombres del Estado de Minnesota: "Crime Revisited" (MENDEL y otros, 1963). En él se afirma que:

"Una definición uniforme de lo que es reincidencia es la única base firme sobre la que puede determinarse la proporción de la misma con suficiente confianza. Los informes de esta proporción han sido hasta ahora tan desorganizados y carentes de definición que han impedido tuvieran la utilidad que se sugería podían tener. El presente estudio es una oportunidad para introducir en esta situación una mejora que haga de esta utilidad una posibilidad real. Una de las características más importantes e interesantes surgidas en este estudio es la definición omnicompreensiva y concisa de lo que constituye reincidencia" (pág. 2).

Los autores llegaron a ocho categorías descriptivas "que permitieron la clasificación específica de todos los tipos de reincidencia" en relación con su gravedad relativa. Son los siguientes:

- I. Condenado por cometer un delito grave (felony).
- II. Vuelto a poner bajo custodia como infractor de la libertad vigilada en virtud de la imputación (no condena) de la comisión de un delito grave.
- III. Vuelto a poner bajo custodia como infractor de las normas de la libertad vigilada a causa de la comisión de un delito menos grave (misdeemeanour) (tanto con condena como sin ella).
- IV. Vuelto a poner bajo custodia por infracción tan sólo de las normas técnicas de libertad vigilada.
- V. Condenado y sentenciado por uno o más delitos menos graves (excluidos los de tráfico), pero no infractor de libertad vigilada.
- VI. Condenado por una o más violaciones de tráfico penadas con multas de más de 100 dólares, o prisión o envío a casa de trabajo por más de treinta días, o ambas.
- VII. Se le imputa, se le han tomado las huellas dactilares o se le reclama por un delito grave aun cuando no sea obtenible prueba de estar condenado por él.
- VIII. Se le imputan o le han sido tomadas huellas dactilares por uno o más delitos leves (excluidos los de tráfico) aunque no sea obtenible prueba de estar condenado.

(20) Las diversas tablas predictivas se encuentran reunidas en GLUECK, S. y E.T. (1959).

Una u otra de ellas fue comparada con la situación en que no había "datos de reincidencia" (pág. 38). Se verá que tal categorización de tipos de reincidentes podría usarse como una serie de puntos centrales a cuyo alrededor podrían reunirse rasgos personales y factores situacionales a través de métodos intercorrelacionales para ofrecer luz sobre tipos de delincuentes (21). Desgraciadamente, "por causas temporales y de limitaciones económicas no fue posible comparar sujetos de cada grupo de reincidencia con otros de cada una de las otras clases" y sólo se perfilaron dos clases de grupos: grupo de reincidentes y grupo de no reincidentes (pág. 69). Sin embargo, se encontraron diferencias significativas entre estos dos grupos con referencia a muchos rasgos y factores a niveles preinstitucional, institucional y postinstitucional, los que, si se comparan con hallazgos similares de otros estudios continuados, servirán para darnos más luz sobre la constitución personal, antecedentes ambientales, comportamiento institucional y fuera de las instituciones de los delincuentes jóvenes adultos (22). Una característica especialmente útil de este estudio es la serie de "comentarios" que siguen a los resultados de la comparación de la incidencia de cada variable entre los reincidentes por contraposición a los no reincidentes (23). No obstante, y debido a no haber sido comparados individuos de cada clase de reincidencia con los de otras clases, se perdió una oportunidad de definir puntos de partida para una tipología relacionada etiológica de tratamiento en libertad vigilada y en el periodo posterior a ésta. La clasificación de tipos de reincidentes parece especialmente buena; se apreció una concordancia considerable, por ejemplo, entre las clases de reincidentes y las clases de primer delito cometido después de la libertad (pág. 107).

Existen otras prometedoras empresas de investigación referentes al comportamiento postinstitucional de acogidos en establecimientos

(21) Los autores afirman que "en el análisis final, para determinar la diferencia en las características de reincidentes frente a no reincidentes, las clases I a VI fueron agrupadas como representantes de la conducta reincidente" porque un concienzudo estudio continuado descubrió solamente un individuo "que se adecuaba a la definición de la clase VII, y ninguno reunía los criterios para ser incluido en la clase VIII". Como resultado, 278 individuos formaban el grupo reincidente y 168 sujetos fueron incluidos en el grupo no reincidente.

(22) Las variables de reincidencia, por oposición a las de no reincidencia, encontradas significativas al nivel del 5 por 100 o inferior, y las que se encontraron como no significativas a este nivel de confianza, son enumeradas convenientemente en las tablas 93 y 94 (págs. 162-165).

(23) Para citar un ejemplo, el hallazgo de que los reincidentes eran significativamente más jóvenes que los no reincidentes determinó el siguiente comentario: "La edad de admisión aparece por lo tanto como una de las variables que tienen un valor predictivo en establecer una reincidencia esperada... Con una edad cronológica a la admisión superior puede presumirse que existen factores que encierran madurez y estabilidad los que a la larga pueden estar directamente relacionados con una incidencia inferior de conducta antisocial tras la liberación" (pág. 139).

correccionales, pero algunos de ellos están todavía en elaboración (24). De todas formas, nuestro propósito ha sido presentar una muestra representativa de los datos tipológicos disponibles sin tomar en cuenta todas las publicaciones existentes, sino sólo las suficientes para esclarecer "de dónde sopla el viento" en esta moderna empresa criminológica.

CONCLUSIONES

Cuando reflexionamos sobre este panorama, ciertas ideas nos vienen a la mente que creemos deben ser tomadas en cuenta por los criminólogos tipológicos. Parece claramente obvio que la orientación (o la tendenciosa orientación) del tipólogo juega un papel de importancia en determinar la tipología a que llega y las explicaciones y las interpretaciones racionales en las que la apoya. Si es un sociólogo o un antropólogo cultural probablemente hará mucho uso de conceptos como subcultura de delincuencia, cultura de los iguales, cultura de clase, asociación diferencial, autoimagen. Si es un psiquiatra psicoanalítico tenderá a expresar sus datos en moldes freudianos. Si es un psicólogo probablemente destacará percepción, inteligencia, dualidad extraversión-intraversión, personalidad. Cuando se trata de relacionar el concepto de tipo con la conducta delincuente no podemos concluir una tipología seria que se limite a los rasgos hereditarios de los individuos. Por la misma razón no podemos concebir una tipología significativa y suficientemente explicativa limitada a la cultura y a la subcultura. Nos parece elemental reconocer que las subculturas ejercen una influencia selectiva y variada sobre los individuos; pero es una simplificación exagerada afirmar su función en la producción de delincuencia y delincuentes, olvidando prácticamente el papel de las diferencias entre los individuos sometidos a las influencias de las subculturas. Creemos es evidente que no se da una contaminación universal y que la razón obvia de ello es que existe una inmunidad diferencial. En consecuencia, nuestra tendencia es a estar de acuerdo con la mayoría del enfoque sociológico en la explicación de la delincuencia y los tipos delincuentes tal como la fórmula ROEBUCK (1962 *d*):

"Algunos sociólogos como COHEN, SHORT y OHLIN, y CLOWARD han intentado el análisis sociológico de tipos y subculturas delincuentes. W. B. MILLER propone una tipología de delincuentes según su clase social. Estos análisis, sin embargo, se han limitado al campo de la conceptualización teó-

(24) Véase por ejemplo, el primero de una proyectada serie de estudios en California los que prometen hacer contribuciones útiles al estudio de la tipología (HIMELSON y TAKAGI 1963). En el momento de preparar este artículo no se disponía de estudios posteriores de la serie, y el informe A, es en gran medida un estudio preliminar.

rica (25), y, en opinión de quien esto escribe, de las meras opiniones sin efectos prácticos. Mucho de lo que ofrecen es vino viejo en odres nuevos. Sus intentos de enriquecer lo ya existente con nuevos postulados no se han visto confirmados por la investigación empírica. SHAW y MCKAY, y THRASHER, se ocuparon del mismo tema y más clara y racionalmente hace ya más de veinte años, y con el apoyo de datos de más relieve que cualquiera de los teóricos de la subcultura de nuestros días... Tales terminos imprecisos como "muchacho de la clase trabajadora", "normas de clase media", "valores negativistas", "formación por reacción", "grupo molar de la clase baja", "medios legítimos e ilegítimos" e "integración subcultural" son vagos. Es improbable que los miembros de la llamada clase trabajadora deseen intensamente el éxito tal como se presenta en el "Sueño Americano" (American Dream). Por otro lado, es probable que un número considerable de muchachos de clase baja que llegan a situaciones de clase media lo consigan con su esfuerzo; no hay pruebas de que esté surgiendo una clase baja americana sin movilidad. De todas formas, REISS y RHODES, en un estudio reciente sobre la distribución de la delincuencia según las estructuras de clase social, demuestran la existencia de un gran número de muchachos en la clase de cuello azul (a) de "conformistas que no se interesan en conseguir con esfuerzo" y de "no conformistas interesados en conseguir a través de su propio esfuerzo", los que no son ni unos ni otros delincuentes. En un análisis de 9.238 muchachos blancos, de doce años y mayores, en el condado de Davidson, en Tennessee, no fueron capaces de comprobar la existencia de la subcultura no utilitaria, maliciosa y negativista de COHEN. Descubrieron que los chicos delincuentes, con independencia de su adscripción a un status social y de la estructura de los status sociales de la región en que vivían, procedían en número mayor al que se esperaba de áreas de elevada proporción de delincuencia; que no existe una relación simple entre adscripción a un status social y delincuencia; que no hay mucha prueba de que el muchacho de clase baja sea más probable que se convierta en delincuente cuanto más sometido al efecto de normas de clase media; que un número substancial de delincuentes proceden de áreas residenciales donde la mayoría de los habitantes son de clase social muy otra que la baja; y que el status de clase baja no es causa necesaria ni suficiente de ningún tipo de delincuencia.

(25) Véase GLUECK, S. (1956).

(a) Clase de trabajadores manuales, por oposición a trabajadores de cuello blanco, o empleados. (Nota del traductor.).

La hipotética distinción que hacen CLOWARD y OHLIN de la subcultura delincuente en tres tipos:

1) La subcultura unificada de tipo criminal que determina el desarrollo del criminal profesional.

2) Subcultura no unificada, pero en conflicto que produce el delincuente violento.

3) La subcultura desorganizada y en retirada de los adictos a las drogas estupefacientes, basada tal distinción en la diferencia de acceso a medios legítimos o ilegítimos de oportunidad, aparece como falsa y meramente especulativa.

¿Cómo se subdividen los suburbios en estos tres tipos? Es probable que puedan encontrarse las tres clases de condiciones sociales y las tres series de tipos delincuentes dentro de una misma zona suburbial. ¿Y qué decir de las diferencias de reacción entre individuos que viven en las mismas clases de suburbios? ¿Qué de los tipos diferentes de personalidad?" (páginas 48-50).

En realidad puede irse aún más allá y preguntar qué se añade a la comprensión de la causación postulando la existencia de una matriz subcultural comprensiva de actitudes, valores, y conductas predominantes, bien por sí o en íntima asociación con las supuestas aspiraciones de los individuos en convertirse en miembros de ciertas clases. Suponiendo que puedan probarse con hechos, y esto todavía tiene que demostrarse, ¿no es esto simplemente una presentación nueva elaborada con la terminología hoy de moda de una serie de influencias personales y situacionales que inclinan a *individuos determinados* al comportamiento antisocial?

Parece que lo más necesario hoy en día es aumentar los datos empíricos cuidadosamente verificados antes que una docta preocupación por dejar teorías en vana imitación de lo que se supone hacen los "científicos puros".

Otras conclusiones que ocurren al ponderar los informes de las tipologías existentes es que ciertos puntos de partida para la definición de tipos tienen el peligro de confundir si lo que está delante es el carro o el caballo. Suponer, por ejemplo, que la "autoimagen" de un delincuente es la causa de su primera delincuencia y de sus actitudes y conducta criminales es correr tal riesgo. La autoimagen de un criminal empedernido es el resultado de un proceso gradual desarrollado en un período de tiempo considerable; raramente la primera delincuencia es resultado de una autoimagen consciente. Y hay bastante más en la motivación de la conducta que la autoimagen.

Este excesivo énfasis sobre un sólo aspecto de un sistema de elevada complejidad personal-situacional, ya sea "autoimagen", "asociación diferencial", cultura de "clase baja", o de "clase media", etc., en el mejor de los casos dará probablemente como resultado una visión distorsionada de los tipos. En el esfuerzo por construir teorías sobre tan

complejos materiales llegando así a una "unidad más elevada" existe el peligro de llegar no sólo a formulaciones tan abstractas que sean casi incomprensibles y desprovistas totalmente de valor práctico (véase GLUECK, 1956), sino también a resultados que induzcan al error. Aún la investigación más profunda y extensa sobre delincuentes no puede dar más que una muestra de la realidad, cuanto peor es poner la fe en un sólo concepto o fórmula que todo lo abarque. Porque la situación real comprende al hombre total y vivo con sus primeras y cruciales experiencias infantiles con padres y maestros, sus reacciones ante amigos y enemigos, sus problemas de la pubertad y de la adolescencia, con aquello que le induce, estimula o hace elegir una conducta no convencional, las transformaciones parciales de sus actitudes y comportamiento debidas a sus experiencias con la policía, los tribunales, en las prisiones, libertad vigilada, matrimonio y otras relaciones de importancia y esencialmente constructivas o traumáticas.

De tal modo que para definir los tipos con profundidad se requieren análisis tanto longitudinales como horizontales, rastrear lo más allá posible la concatenación vertical de rasgos y factores, comenzando por la primera niñez, pasando a través de los estadios de delincuencia prepuberal y puberal, criminalidad adolescente y adulta, reincidencia y no reincidencia, y abarcando lo más posible del ciclo vital.

A la luz de lo que venimos diciendo resulta aparente que en nuestra opinión solamente el enfoque *eclectico* promete evitar la grosera simplificación de dimensiones de varios tipos delincuentes, de igual modo que sólo un sensato eclecticismo es necesario para estudiar al *homo sapiens* no delincuente. Hay criminólogos que fruncen el ceño ante un enfoque ecléctico de los problemas etiológicos. Parece no ocurrírseles que es respetable e indispensable enfrentarse con un problema humano y social de múltiples facetas a través de un enfoque de investigación múltiple y que una definición de eclecticismo es "no seguir un único sistema de filosofía, medicina u otras ciencias, sino seleccionar y emplear todo cuanto se considere mejor en todos los sistemas".

Hay otras conclusiones obvias: primero, una cuestión implícita en el desarrollo de una tipología es el hecho de que cualquier conjunto de datos que se empleen es evidentemente tan sólo una muestra del total de influencias que intervienen. Por lo tanto se hace importante seleccionar aquellos rasgos y factores tan sólo que comprendan los "materiales sin elaborar" a los cuales se va a aplicar el análisis tipológico y que darán tipos válidos. Por válidos se entiende "tipos con sentido" armonizando con la experiencia de varios clínicos que se vienen ocupando de casos individuales y que tiendan a dar explicación satisfactoria a los procesos etiológicos.

Segundo, muchos tipólogos parecen descuidar el importante hecho de que, si es posible, conviene comparar los atributos principales de los diferentes tipos delincuentes con aquellos que los grupos de control no delincuentes. En teoría al menos, puede concebirse que muchos de los

rasgos que diferencian a un tipo criminal de otro puedan también distinguir entre sí diversos tipos de no delinquentes.

Tercero, no carece de interés determinar los atributos que, aunque no diferencien significativamente los varios tipos, distinguen el grupo delincente *como un todo* del grupo de control no delincente. Pueden ser considerados etiológicos por impregnación y no debe perderse de vista en la búsqueda para delinear tipos distintivos dentro del todo.

Hasta aquí las consideraciones provocadas por este examen parcial de la investigación y teoría tipológicas de que venimos ocupándonos. Unas palabras ahora sobre el enfoque adoptado en el presente trabajo.

Todos los estudios antes referidos son ilustración de una dificultad de la investigación tipológica, a saber: descubrir algún instrumento, fórmula, punto de enfoque u otro medio empírico o conceptual de manejar el ancho piélago de las complejidades etiológicas. Sin comprometernos a priori con una sola teoría o datos, sino basando nuestra propia investigación tipológica en la gran variedad de datos comprendidos en "Unraveling Juvenile Delinquency" (GLUECK, 1950) hemos llegado a un punto de partida y un enfoque nuclear que nos guíen mediante el reconocimiento de que la razón por la cual nuestras tablas de Predicción social (GLUECK, 1959) se ha probado son tan eficientes en distinguir los futuros delinquentes de los futuros no delinquentes (CRAIG y GLICK, 1963, 1964) y a los verdaderos delinquentes de los pseudodelinquentes (TREVETT, 1965) es que los factores paternofiliales, en los que las tablas se basan, están relacionados con otros muchos rasgos y factores que contribuyen no sólo a alterar las indicaciones del pronóstico, sino también a diferenciar las pautas *etiológicas*. No obstante no hemos descuidado el hecho de que las influencias etiológicas *tempranas* probablemente no dan una explicación completa de los tipos de respuesta ante formas diversas de tratamiento, o de la reforma o reincidencia finales. En consecuencia en las investigaciones que estamos ahora realizando intercorrelacionamos nuestros esquemas de *tipos etiológicos* con datos que reflejan el comportamiento de estos grupos a través de un considerable período posterior durante el que el delincente ha sobrepasado con mucho el momento en que de la pubertad se pasa a la edad adulta. No conocemos ningún otro estudio que empiece por los antecedentes pre-delinquentes personales y sociales, prosiga a través de la carrera criminal, luego por el comportamiento en libertad vigilada, y, aún después, por la conducta posterior durante un período de tiempo considerable.

REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

- ARGYLE, N. (1961): "A New Approach to the Classification of Delinquents with Implications for Treatment", en *Inquiries Concerning Kinds of Treatment for Kinds of Delinquents*. Monografía núm. 2 California Board of Corrections, 15.
- BAZZI, T. y FONTANESI, M. (1952): "Neurosis and Crime". El delitto nevrotico. *Quad. Criminol. Cliv.*, Inst. di Osserv., Roma-Rebibbia, 4/3, 277.
- "Berkshire Farm Monographs", diciembre 1962.

- CRAIG, M. N. y GLICK, S. J. (1964): *A Manual of Procedures for Application of the Glueck Prediction Table*. New York New York City Youth Board.
- (1963): "Ten Years' Experience with the Glueck Social Prediction Table", *Crime and Delinquency* 9, 249-261.
- ELIASOPH, E. (1963): "A Paradigm for Differential Groupings of Male Adolescent Offenders", *Berkshire Farm Monographs* 5, 5.
- GIBBONS, D. C. y GARRITY, D. L. (1959): "Some Suggestions of the Development of Etiological and Treatment Theory in Criminology", *Social Forces* 38, 51-58.
- (1962): "Definition and Analysis of Certain Criminal Types", *J. Crim. L., Crimin. and Police Science* 53, 27-35.
- GLUECK, S. y E. T. (1930): *500 Criminal Careers*, New York, Knopf.
- (1934): *One Thousand Juvenile Delinquents*, Cambridge, Harvard University Press.
- (1937): *Later Criminal Careers*, New York, Commonwealth Fund.
- (1940): *Juvenile Delinquents Grown Up*, New York, Commonwealth Fund.
- (1943): *Criminal Careers in Retrospect*, New York, Commonwealth Fund.
- (1946): *After-Conduct of Discharged Offenders*, London, Macmillan.
- (1950): *Unraveling Juvenile Delinquency*, Cambridge, Harvard University Press.
- (1956): "Theory and Fact in Criminology", *Brit. J. Delinq.* 7, 92-109.
- (1959): *Predicting Delinquency and Crime*, Cambridge, Harvard University Press.
- GRANT, M. Q. (1961): "Interaction between Kinds of Treatments and Kinds of Delinquents", en *Inquiries Concerning Kinds of Treatment for Kinds of Delinquents*. Monografía núm. 2, California Board of Corrections, 5.
- HAYNER, N. S. (1962): "Characteristics of Five Offender Types", *Alabama Correctional Journal* 9, 75.
- HIMELSON, A. y TAKAGI, P. (1963): Informe de Investigación núm. 7, Estudio conjunto del sistema de libertad vigilada. Informe A: "Theory and Method with Comparison of Experimental and Control Subjects". Departamento de Investigación, Department of Corrections, Youth and Adult Corrections Agency, Estado de California.
- JENKINS, R. L. y HEWIT, L. (1944): "Types of Personality Structure Encountered in Child Guidance Clinics", *Am. J. Orthopsychiatry* 14, 84.
- JENKINS, R. L. y GLICKMAN, S. (1947): "Patterns of Personality Organization among Delinquents", *Nervous Child* 6, 329.
- JENKINS, R. L. (1955): "Adaptative and Maladaptive Delinquency". *Nervous Child* 11, 9.
- (1957): "Motivation and Frustration in Delinquents". *Am. J. Orthopsychiatry* 27, 528.
- KINCH, J. W. (1962): "Continuities in the Study of Delinquent Types". *J. Crim. L., Crimin. and Police Science* 53, 323-328.
- LEWIS, H. (1954): *Deprived Children*. Oxford University Press.
- LOMBROSO, C. (1912): *Crime: Its Causes and Remedies*. Boston: Little, Brown and C°.
- MANDEL, N. G.; COLLINS, B. S.; MORÁN, M. R.; BARRÓN, A. J.; GELBMANN, F. J.; GADBOIS, C. B., y KAMINSTEIN, P. 1963: *Crime Revisited*. St Paul: State of Minnesota Department of Corrections.
- MIZUSHIMA, K. y JENKINS, R. L. (1962): "Treatment Needs Corresponding to Varieties of Delinquents". *Int. J. of Social Psychiatry* VIII, 91.
- MOLES, C., LIPPITT, R., y WITHEY, S. (1959): *A Selective Review of Research and Theory on Delinquency*. Inst. for Social Research. The University of Michigan, Ann Arbor.
- NEW YORK CITY YOUTH BOARD (1960): *Reaching the Fighting Gang*, New York: New York City Youth Board.
- ROEBUCK, J. (1962): "Criminal Typology: A Critical Overview". *Alabama Correctional Journal*. 9, 34-68.

- ROEBUCK, J. B. (1962 a): "The Negro Drug Addict as an Offender Type", *J. Crim. L., Crimin., and Police Science* 53, 36.
- ROEBUCK, J. y JOHNSON, R. (1962 b): "The Negro Drinker and Assaulter as a Criminal Type". *Crime and Delinquency* 8, 21-33.
- — (1962 c): "The Jack-of-All-Trades Offender". *Crimen and Delinquency* 1-8, 172-181.
- ROEBUCK, J. (1962 d): "Criminal Typology: A Critical Overview". *Alabama Correctional Journal* 9, 34-68.
- — (1963): "The Negro Numbers Man as a Criminal Type: The Construction and Application of a Typology". *J. Crim. L., Crimin., and Police Science* 54, 48-60.
- SAARI, E. (1963): "The Typology of Delinquency". Recensión en *Excerpta Criminologica* 3, 132-134.
- TAPPAN, P. W. (1947): "Who Is the Criminal?". *Am. Sociological Rev.* 12, 96-102.
- TREVVETT, N. B. (1965): "Identifying Delinquency-Prone Children". *Crime and Delinquency* 11, 186-191.
- VEDDER, C. B. (1962): "Theory of Criminal Types". *Alabama Correctional Journal* 9, 1.

Trastorno mental transitorio

(Fragmento de una monografía)

FELIPE GOMEZ MONT
Profesor de Derecho Penal (Méjico)

La determinación de la inimputabilidad puede realizarse escogiendo varios métodos, ya sea el biológico, ya el psicológico, ya el combinado. Mayer propuso distinguir entre base ideológica y efectos sintomáticos y Mezger enfrentó las causas orgánicas al efecto normativo.

La ley puede limitarse a enumerar las causas cuya concurrencia es necesario y suficiente para la inimputabilidad. Es el caso del Código penal mexicano, que señala en la fracción II del artículo 15 del Código penal cuáles son estas circunstancias.

A este principio práctico, se opone el que existan estados que pueden darse sin producir la supresión de la capacidad de conocimiento y determinación. En efecto, nuestra ley exige el efecto de *inconciencia de los actos*, y esto conforme a los conceptos de Maurach no es causa de inimputabilidad, sino una ausencia total de acción.

La forma más adecuada de resolverlo es por medio de un procedimiento biológico-psicológico. La ley enumera las causas del quebranto espiritual y sólo les dará importancia cuando alcancen el grado de eficacia supuesta, bastante para excluir las capacidades de conocimiento y de determinación.

Maurach cita el párrafo 1.º del artículo 51 del Código penal alemán que afirma que no existe una acción punible si el autor al tiempo del hecho no era capaz, por determinados defectos espirituales, de comprender lo ilícito del hecho o actuar conforme a este conocimiento.

Por lo que se refiere al trastorno de la conciencia, que es distinto de la inconciencia, podemos definirlo como la ofuscación o exclusión parcial del conocimiento de sí mismo y del mundo circundante. Un inconsciente puede llevar a cabo un movimiento corporal o puede permanecer en reposo, pero por falta de voluntad no representará ni acciones, ni omisiones.

* * *

Sin embargo, el trastorno de la conciencia, al tiempo del hecho, hará irrelevantes la causa y la duración de este estado, que pueden ser trastornos condicionados fisiológicamente (somnolencia, total agotamiento) o se equipararán a trastornos patológicos (embriaguez, into-

xicación, delirios por fiebre, alucinaciones) o trastornos basados en influjos psicológicos (letargo hipnótico, pasión de alto grado).

“El que las pasiones de alto grado (paroxismos, situaciones de alta excitación producidas por miedo, estados de naturaleza sexual), debidas a una particular excitabilidad del autor, puedan desplazar la imputabilidad, ha sido reconocido a pesar de las dudas modernamente presentadas desde el campo criminológico. Como quiera que aquí la cuestión de la exigibilidad no desempeña papel alguno —y únicamente el momento de la comisión del hecho es decisivo en orden a la constitución del autor—, resultará irrelevante que la pasión haya sido, o no, provocada por el autor, esta limitación, introducida por la jurisprudencia anterior, ha sido en la actualidad con razón abandonada como “ilícita presunción de culpabilidad”.

De Greef sostiene que debe reservarse el término del delito pasional si el sujeto está convencido de que su vida no tiene otro fin, sufre un proceso más o menos claro de suicidio, y si no siempre intenta suicidarse, por lo menos no trata de evitar las consecuencias de su propio acto; en el momento de cometer el delito, la vida ya no tiene para él valor alguno. *Es el único delito que la opinión pública perdona.*

Comentando la anterior cita, Altavilla, por su parte, sostiene “que el estado de desesperación desarreglada lleva más bien al suicidio que al homicidio, y es frecuentemente alimentado por alguna depresión distímica morbosa. El hombre normal, inclusive en el trastorno de la pasión, siempre obedece a un fin utilitario, que muchas veces ni a él mismo le aparece claro, con el cual tiende a eliminar un sufrimiento y a producir un placer, y por eso la pasión merecedora de compasión piadosa, no puede ser sino la que obre sobre las líneas de la ética social, aun cuando sea substituyendo de modo arbitrario y delictuoso, la propia actividad a la del Estado. El hombre que asesina al amante de su esposa quiere reconstruir la unión familiar, y así su utilitarismo coincide con fines sociales”.

Ferri, que clasifica a los delincuentes en cinco grandes grupos, locos, natos, habituales, por ocasión y por pasión, sostiene que los delincuentes pasionales son individuos “cuya vida ha sido hasta entonces sin tacha, hombres de un temperamento sanguíneo o nervioso, y de una sensibilidad exagerada, a la inversa de los criminales natos y habituales; tienen en ocasiones un temperamento que participa del loco o del epiléptico, y cuyo arrebató criminal puede ser justamente una manifestación disimulada. Con frecuencia (sobre todo las mujeres) cometen el delito en su juventud bajo el impulso de una pasión que estalla, como la cólera, el amor contrariado, el honor ofendido. Son violentamente dominados por la emoción, antes, durante y después del crimen, que no cometen a hurtadillas ni por traición, sino abiertamente y a menudo por medios mal escogidos, los primeros que caen en su mano. Sin embargo, también hay a veces criminales por pasión que premeditan el crimen y le ejecutan de un modo insidioso, a causa de su temperamento especial menos impulsivo o bajo la in-

fluencia de prejuicios, y del sentimiento común, en los casos de delito-endémico. Esta es la razón por la que, según la Psicología Criminal, el criterio de la premeditación no tiene un valor absoluto para caracterizar el criminal nato, comparado con el pasional: porque depende aquélla del temperamento individual más que de otra cosa, y se encuentra igualmente en los delitos cometidos por uno o por otro de los varios tipos antropológicos de delincuentes. Entre los otros caracteres propios de los criminales por pasión, notamos que la causa psicológica determinante es entre ellos proporcionada al delito, y que éste (debo añadir) es su objeto por sí mismo, y no un medio para cometer otros crímenes. Ellos no vacilan tampoco en confesar su mala acción y se arrepienten de ella, hasta el punto de tratar de suicidarse, y bastante a menudo lo consiguen, inmediatamente o poco después de cometido el crimen. Si son condenados (lo que ocurre muy raramente), continúan mostrándose arrepentidos y se corrigen en la prisión, o mejor dicho, no se corrompen en ella, ofreciendo así a los observadores un pequeño número de casos evidentes por los cuales se creen autorizados a afirmar que la enmienda de los pasionales es constante, mientras que, por el contrario, es desconocida por los criminales natos y habituales. En fin, estos delincuentes presentan en grado menos que los otros, y con frecuencia ni aún presentan siquiera por completo el tipo criminal, como yo he demostrado en otra parte estudiando la fisonomía de los homicidas.”

Resulta, en consecuencia, que los delitos de carácter pasional, incluyendo dentro de este término también a los delitos emocionales, debén ser juzgados con una mayor comprensión y humanidad que los delitos en los cuales se versan motivos francamente antisociales o inmorales.

* * *

Es por ello que los autores señalan la necesidad de estudiar la personalidad del delincuente, su comportamiento y la dinámica de los hechos que los han llevado a delinquir, para que la sentencia sea justa y humana.

Este estudio dinámico debe realizarse por los criminólogos o psiquiatras y por los jueces; los primeros, con el propósito de proporcionar datos a los segundos para que éstos puedan ajustarlos a los preceptos de la ley penal al dictar la resolución correspondiente.

En su Tratado sobre la Dinámica del Delito, Altavilla señala lo siguiente:

“En todas las pasiones hay un elemento especial, un ardor a veces físico y psíquico, bajo la forma de deseo o de odio. Ese elemento es dominado, pues anima por completo las ideaciones, y es directivo, pues pone en juego la voluntad, regula la conducta, mantiene las esperanzas y prepara las desilusiones y las quejas. En él, más que en cualquier otra forma de perturbación mental, se orienta toda la vida psíquica en torno de una idea predominante”, y después de señalar

cómo este elemento puede degenerar en un fenómeno morboso, agrega, "el amor es un ejemplo de esa concentración efectiva, pues posee la exaltación monomaniática y la tendencia a la preocupación ansiosa, que puede ser germen de interpretaciones de carácter paranoide. Hasta la mayor felicidad y la confianza más absoluta en la fidelidad ajena llevan consigo la amarga preocupación de que algo vaya a turbar ese estado de dicha.

Ya hablamos extensamente de esto al precisar la naturaleza del amor, que necesariamente es de fondo sexual, y al poner en evidencia el valor del motivo desencadenante de la negativa y del fin del amor, y examinamos también cómo puede transformarse en un estado patológico."

Esta situación es tanto más grave si intervienen los celos, que son definidos por Janet como la pérdida de la alegría cuando ésta es compartida por otro, o como la conciencia dolorosa de la sustitución a que se refiere Ey.

El amor, reafirma Altavilla, es una relación de exclusivismo bilateral, que se convierte en celos apenas se introduce (como realidad, como posibilidad o como fantasía morbosa) un tercer elemento con el cual se crea una *situación triangular*. La pasión tiene siempre alguna actitud finalista, o sea, tiende a satisfacer un deseo, que en los celos es la defensa de la posesión efectiva de la persona querida, destruyendo lo que la amenaza. Los celos son una combinación de amor y de odio, del que resulta el más contradictorio estado de ánimo, ya que el celoso *suele buscar la certeza y luego la rehuye*, "si las pruebas que cree haber recogido son leves, las agiganta en su interpretación, que aun en los individuos normales parece adquirir a veces carácter delirante; si son graves, trata de empequeñecerlas, obediendo quizá a un impulso inconsciente del instinto de conservación que la hace alejar del dolor, sin querer cerrarle todo resquicio a la luz de la esperanza. Esto vuelve su actitud torva, contradictoria, combinada de un resto de ternura y de rencor incipiente."

Es, además, importante hacer hincapié, que no raras veces hay en el celoso fundamentos sádicos o masoquistas, elementos que nos permiten señalar la conducta a seguir por el sujeto activo, que unas veces, el sádico, tiende al delito, y el masoquistas, a su propia destrucción y al suicidio, fenómeno que se relaciona con la angustia o la desesperación, tema sobre el que hemos de volver posteriormente.

* * *

No hay pasiones más exaltadas que el amor y los celos: no hay angustia más intensa que la angustia que provoca la pérdida del amor y la explosión de los celos; los celos, dice Luis Benillot, "he aquí una verdadera llama. Yo he sacado en conclusión que el amor es en su fondo un vivo sentimiento de adoración por nosotros mismos. Se desea tener un esclavo y ser un dios, y lo que ofende a esta soberanía que nosotros pretendemos sobre otra criatura nos hiere verdadera-

mente el corazón. Ser rechazado es una pena ligera; reinar sin combate, un mediocre placer. Ver reinar a otro en donde ha sido uno excluido es lo que hiere, es lo que ahuyenta el sueño, lo que indigna, lo que ahoga. *Lo que hace pensar en morir.*"

Celos y amor han sido admirablemente descritos no sólo en la literatura universal, sino en las páginas de los tratados de psicología. No se podrá igualar lo que ha escrito Paul Bourget en su *Psicología del amor moderno*, Rostand, en las *Dos Angustias*, y el doctor Mauricio de Fleury, en la *Angustia Humana*.

Los celos son una verdadera enfermedad del alma, enfermedad que es muchas veces atizada con la madera seca del rumor y de las habladurías. "Conociendo la naturaleza inquieta del celoso, las buenas amiguitas, dice el doctor De Fleury, vienen a contarle cien habladurías sobre el amante; se dice que recientemente o bien en el pasado... pues hoy, ayer, todo es madera seca para que arda bien el fuego de los celos, que se hacen retrospectivos cuando el presente no da chispas."

Evidentemente, los seres bien sanos, con eterna juventud, no tienen necesidad de acudir a tales recursos, pero constituye una compensación para los que no están así dotados, para los deprimidos emotivos, en los que la reactividad es mucho más viva que la actividad espontánea. Flores un tanto monstruosas, aunque no demasiado horribles, del árbol de la emotividad. Los pobres deprimidos, los innumerables deprimidos serían, sin el latigazo de la emoción, incapaces de actuar para el trabajo y para el amor. Les es preciso, para salir de la inacción, un poco de ansiedad. Espantosa cuando es intensa, la angustia ligera es tónica. Vivifica desgastando; pero vivifica. De ella proceden esas representaciones mentales, estas evocaciones, estos cuadros vivos, embriagadores, mientras permanecen imaginarios, mortificantes si llegan a la realización juegos llenos de peligro, porque muy pocos seres humanos pueden vivir impunemente más allá del bien y del mal.

“Yo conozco más de una mujer que las imprudencias verbales, o a veces formales, de un marido, condujeron a un desvío externo.”

El doctor De Fleury señala que, en su opinión, los fenómenos que se presentan con más frecuencia en los estados emocionales son: el pequeño temblor generalizado, la taquicardia variable, la palidez y contracción de las facciones (fenómenos estos últimos difíciles de apreciar de noche en las mujeres, que usan normalmente cosméticos), el enfriamiento de las manos con transpiración de la palma, enfriamiento que, de vez en cuando, es sustituido por una vasodilatación con elevación de la temperatura local y falsa sensación febril, sequedad de la boca y de la garganta, voz apagada, irritabilidad, inapetencia, insomnio, etc., etc.

Altavilla sostiene que en los emotivos y pasionales, muchas veces la acción procede por cortos circuitos que funcionan con elaboración interior defectuosa de la que deriva el juicio sobre la oportunidad de obrar; la reacción, especialmente en los traumatismos emotivos, es

tan rápida que no consiente ese proceso elaborativo, y a menudo se realiza después del delito no ya un juicio acerca de lo que debe hacerse, sino sobre lo que ya ha sido hecho.

Altavilla considera también "que las emociones tienen una influencia vinculadora y coercitiva sobre la acción y el pensamiento; los fenómenos de obsesión y de impulso se manifiestan en forma morbosa, embrional, pero con tanta eficacia, sin embargo, que paralizan el proceso asociativo, polarizando el pensamiento sobre una serie de percepciones y de representaciones que hacen que la tensión se reconcentre en forma monoideística.

Por otra parte, las perturbaciones motrices son dirigidas por impulsos a obrar, que no logran dominarse, pues todo el movimiento inhibitorio sufre una especie de detención, y así se explica la facilidad con que el individuo es llevado a cometer graves delitos que hacen contraste con la personalidad de su autor.

Todo el juego del juicio acerca de la oportunidad o inoportunidad de obrar se perturba, y el *acto criminoso arrolla como una necesidad ineluctable, a lo que no es posible sustraerse, la conciencia queda tan alterada y el acto adquiere caracteres tan ciegos de automatismo que ni el recuerdo puede conservarse sin lagunas, lo que comprueba la obnubilación de la conciencia.*"

El propio Altavilla, en otra parte de su obra, señala que la pasión es un torrente que socava su lecho cada vez de manera más profunda, en tanto que la emoción es un río que rompe todos los diques y, agrega además, que es frecuente que a un estado pasional se sume una emoción violenta, que provoca el rompimiento del equilibrio, llevándonos a las esferas de las acciones "de corto circuito".

Estos fenómenos han sido también explicados por el doctor Abrahamsen, que define el trauma diciendo que son los factores del medio social que pueden provocar el delito, pero que, dada la oscuridad de este término, debería llamárseles acontecimientos o factores precipitadores.

Este elemento precipitador, unido a la acumulación de circunstancias, constelaciones, como las llama Abrahamsen, provocan lo que los médicos psiquiatras han denominado desmoralización catastrófica, con ruptura transitoria de ego, y los legistas, desconexión transitoria de la realidad.

* * *

El artículo 15 del Código penal, en su fracción II, establece como circunstancia excluyente de responsabilidad el hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado... por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el criterio de que para que se dé esta excluyente es necesario acreditar:

a) Que el trastorno ha sido producido por un agente externo,

un factor exógeno y no endógeno, que da lugar a la aparición más o menos brusca de un estado de inconsciencia patológica.

En otros términos, debe haber instantaneidad entre el factor desencadenante, el trauma y el acto realizado.

b) Que este trastorno debe ser de duración, en general, no muy extensa, y

c) Que debe terminar sin dejar huella en la mente del sujeto activo.

Además, se plantea el problema de si la emoción y la pasión pueden llegar hasta el extremo de provocar el trastorno mental transitorio a que se refiere la fracción II del artículo 15 del Código penal.

En relación con este último punto, debemos reiterar que, de acuerdo con la doctrina, si existe un fondo morboso, un fondo anormal que perturbe la inteligencia, disminuya la síntesis superior de la conciencia, altere la inhibición voluntaria y produzca la pérdida de la memoria, se estará en presencia de la causa de inimputabilidad que estudiamos.

Sin embargo, tanto el comentario del párrafo anterior como la tesis de la Suprema Corte de Justicia, encuentran su origen en la forma defectuosa en que se encuentra redactada la fracción II del artículo 15 del Código penal para el Distrito y Territorios Federales.

Cerrándose a todo intento de reforma legislativa, despreocupándose de una correcta política criminal, se ha conservado la primitiva fórmula del trastorno mental transitorio exigiendo que éste tenga una causa de carácter patológico y transitorio.

Sin embargo, del estudio que hemos realizado podemos concluir que el trastorno mental transitorio se presenta con las características determinantes del acto a corto circuito no sólo con carácter patológico, sino que también concurre como un acto fuera de reacción que impide la ejecución del acto intencional, con un fondo emocional y pasional, sin elementos patológicos que le sirvan de base.

* * *

Sin embargo, en los Estados de la Federación en que se ha sentido menos presión publicitaria para evitar reformar el Código penal, ya se dio entrada valientemente a esta reforma, poniéndose como ejemplo el Código penal del Estado de Guerrero, que en su exposición de motivos dice:

“En el artículo 13, y por lo que toca a las causas que excluyen la incriminación, se realizó una profunda reforma al suprimirse la enumeración de las causas que producen el trastorno mental, que en el Código vigente han dejado camino abierto a las dudas.”

El artículo 13, fracción I, quedó redactado en la siguiente forma:
“Son causas excluyentes de incriminación:

I. Ejecutar el delito como consecuencia de un estado de trastorno mental transitorio, producido por cualquier causa accidental e involuntaria.”

Este avance legal sobre el trastorno mental transitorio nos hace llegar a las siguientes *conclusiones*:

1. El trastorno mental transitorio se presenta con más frecuencia de la que se supone en la práctica criminal.
2. Es más frecuente que el acto a cortocircuito se produzca por causas emotivas, pasionales o circunstanciales que por causas de carácter patológico.
3. Deben señalarse como características fundamentales del acto a cortocircuito aquellas en las que el proceso de formación del dolo se produce bajo la influencia de circunstancias especiales (shock o excitación alta) con tal rapidez, y conduce de modo tan inmediato a la acción, que falta al autor la más remota posibilidad de una contramotivación (Maurach).
4. El hombre no puede ser punido porque no le es atribuible tal hecho como acto humano, o sea, no puede atribuirse la conducta al agente (Maurach).
5. Se propone la reforma del sistema legal para establecer como causas de no atribubilidad del hecho al sujeto activo del mismo cuando ejecuta el delito encontrándose en un estado de trastorno mental transitorio producido por cualquier causa accidental e involuntaria.
6. Cuando la causa es provocada imprudentemente, pueden aplicársele las penas de los delitos de culpa.
7. No consideramos que el estado mental transitorio pueda provocarse intencionadamente, por lo que no se pueden aplicar las reglas de los actos libres en su causa.

¿Cómo reprime el derecho suizo las infracciones por negligencia?

JEAN GRAVEN

Juez del Tribunal de Casación de Ginebra, ex-rector de la Universidad
Presidente de la Asociación Internacional de Derecho penal

Traducción del Dr. RUPERTO NUÑEZ BARBERO
Profesor adjunto de Derecho penal de la Universidad de Salamanca

I. LAS BASES HISTÓRICAS DEL SISTEMA SUIZO (1)

Al poner en estudio el problema de la negligencia y su tratamiento en Derecho penal, la Asociación Internacional de Derecho penal en su 8.º Congreso Internacional celebrado en Lisboa en septiembre de 1961, el Centro francés de Derecho comparado en la celebración del 25.º aniversario de la *Revista de Ciencia Criminal* en septiembre de 1961, y la Facultad Internacional de enseñanza del derecho comparado de Estrasburgo al organizar un curso colectivo sobre esta cuestión en marzo de 1962, sabían bien que ello suponía el planteamiento de uno de los problemas a la vez más delicados y peor resueltos de la ciencia penal actual, y precisamente por esto era necesario tal planteamiento. Porque se trata en definitiva, todo bien considerado, de establecer el límite mismo, tan fluctuante y controvertido de la punibilidad de los actos humanos ejecutados a la ligera. Las discusiones que tuvieron lugar, particularmente durante el Congreso de Derecho penal de Lisboa, la diversidad de puntos de vista que allí se pusieron de manifiesto, y la imposibilidad de conciliarlas, lo han mostrado claramente. Estas dieron, en efecto, lugar a unas conclusiones muy decepcionantes, ya que no consistieron más que en reconocer las “dificultades reales” y las “divisiones” o divergencias fundamentales que existen en esta materia, y la imposibilidad de encontrar

(1) N. DEL A.—En lo que concierne al Derecho comparado, no podemos menos de remitirnos al muy reciente y magistral estudio del profesor H. H. JESCHECK, “La estructura jurídica de la negligencia y su régimen en derecho penal moderno”, publicado en la *Revue Internationale de Droit Penal*, París, 1965, núm. 1-2, pp. 21 a 51. En él se encontrará la síntesis comparativa mejor informada que partiendo del derecho alemán —en el cual FEUERBACH ha sido uno de los primeros en poner en evidencia y en esforzarse por esclarecer “La dificultad particular de la problemática de la negligencia”— con el derecho europeo (Suiza, Austria, Italia, de una parte; Francia y Bélgica, de otra) y el derecho americano, con numerosas referencias.

“una fórmula de transacción”, o, digámoslo mejor, una armonización de los sistemas y de las legislaciones contrapuestas. El tener en cuenta tales dificultades debía ser, desde luego, “la primera condición para la búsqueda eficaz de su solución” (2).

Pero estas dificultades y estas oposiciones se han conocido y confrontado en Suiza desde hace ya mucho tiempo, porque hasta la entrada en vigor del Código penal de 20 de diciembre de 1937, el 1.º de enero de 1942, los veinticinco sistemas cantonales aplicaban unos principios y unas soluciones que diferían, y el Código penal unificado de 1937, por la definición dada en el artículo 18, párrafo 3, ha operado precisamente la conciliación y vencido las dificultades —; este Código, al cual la resolución final de Lisboa, dicho sea de pasada, ha olvidado de hacer mención como promotor de la solución “subjetiva” consagrada formalmente en su texto!—.

1. En el anteproyecto y la exposición de motivos de 1892, Carl Stooss, el autor del Código penal suizo, indicaba, tras la publicación de la obra fundamental que reproducía todos los códigos cantonales, clasificados sistemáticamente por orden de materias (3), que la noción de la “negligencia” era “presupuesto conocido” por la mayor parte de nuestras leyes (Ginebra, Vaud, Tesino no contenían ninguna disposición), y que los cantones que daban una definición lo hacían todos, primeramente, en forma negativa, oponiéndola a la intención, porque estos son, en efecto, los dos grados tradicionales de la *faute* (*) penal, o

(2) Cf. la discusión y la resolución de la 1.ª Sección de Trabajo del Congreso de Lisboa en nuestro informe publicado en la *Revue Internationale de Crim. et de Police technique*, 1962, núm. 4, p. 314, “Les problèmes posés dans le droit pénal moderne par le développement des infractions non intentionnelles”. El informe suizo del Juez cantonal MEYER (Friburgo), está publicado en la *Revue Internationale de Droit Penal*, núm. 2-3, 1961, pp. 1107-1124, así como el informe general (síntesis) del profesor ALTAVILLA, ibidem, p. 763, y especialmente en lo que concierne a Suiza, pp. 824 y ss.

(3) Stooss, *Die schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung zusammengestellt*. Bâle y Ginebra, 1890, “Intention criminelle et négligence, erreur”, pp. 38 a 44.

(*) N. DEL T.—El término “faute”, empleado por el autor, y cuya traducción literal sería la: “falta”, no se corresponde propiamente con el significado que en nuestro derecho se asigna a la “falta” como opuesta al “delito”, a tenor de lo dispuesto en el art. 6.º del Código penal, y que se correspondería más exactamente con la “contravención” (recuérdese la clasificación tripartita entre “crimes, délits et contraventions”). Mas también la palabra “falta” puede entenderse en un sentido amplio, que el Diccionario de la Academia define como “acto contrario al deber u obligación” o “incumplimiento del deber...”, no obstante lo cual, y aunque más en consonancia, no puede decirse que sea tampoco el significado más adecuado, por su ambigüedad y amplitud, a lo que dicho término deberá expresar, particularmente en relación al derecho suizo. El término “faute” (falta) alude en toda infracción al llamado, especialmente en la doctrina francesa, “elemento moral”, del que constituye la base, es decir, que “la acción o la omisión incriminadas deben tener su origen en un estado de ánimo, en un giro del espíritu, social e incluso moralmente reprobables” (Cf. BOUZAT, *Traité de droit pénal et de Criminologie*, I, Dalloz, París, 1963, pp. 131 ss.).

La legislación francesa no ha construido una teoría general de la “faute”,

si bien se ha sobreentendido en todo caso la condición de la misma, y en este sentido el profesor GRAVEN estima, en relación al derecho suizo, que la legislación vigente está, con referencia a la noción de la "faute", fundado en una concepción "subjetiva" del delito y de la sanción que a éste debe seguir, por lo que considera que si bien el principio "nulla poena sine culpa" no está formulado de una forma expresa, no por ello es menos absoluto en el derecho suizo, ya que éste excluye la responsabilidad y la pena basadas tan sólo en el resultado (v. texto, pág. 5). (En el mismo sentido, LOGOZ, *Commentaire du Code pénal suisse*, Neuchatel, 1939, I, p. 60). Se estima, por un lado, que hay infracciones para las cuales la ley exige una "falta" *consciente, intencional*; y otras para las que basta una "falta" consistente en una *imprudencia, o negligencia* (a la "faute" intencional y a la no intencional alude el profesor GRAVEN con siderando en principio la diferencia de naturaleza como superada hoy día), una desatención o una inobservancia de los reglamentos. Existen, finalmente, infracciones de carácter poco importante, para las cuales la ley presume, dispensando incluso de la prueba, una "falta" (*faute*) que supone una negligencia del delincuente en relación a su obligación de instruirse en cuanto a sus deberes y conformarse a ellos (BOUZAT, ob cit., pp. 132-133). Por otro lado, en la doctrina francesa se considera lamentable que el Proyecto de Código penal se haya abstenido, al igual que el vigente, de definir las diversas formas y grados de la "faute". En este sentido, la "faute" haría, en principio, referencia a la voluntad o voluntariedad del acto realizado, en definitiva a la "culpa", en sentido amplio, o, si se quiere, "culpabilidad", ya que alude al término alemán "Schuldstrafrech". El profesor GRAVEN alude claramente a esta equiparación en determinadas partes de su trabajo (v. g., pp. 5, 6, 31, 37 y 38), o se deduce de su pensamiento. Por otro lado, la doctrina distingue también, por lo que al término que nos ocupa se refiere, cuándo el autor ha querido su acto y sus consecuencias, esto es, la intención criminal o "dolo penal" y la "falta" penal (v. g., homicidio o lesiones por imprudencia, contravenciones), si bien esta distinción entre la "intención criminal" y la "falta" no está claramente establecida, tanto por lo que se refiere a la legislación suiza como a la francesa. Las palabras "intention" o "dol" y la "faute" son raramente empleadas por la ley, especialmente por lo que se refiere a los delitos no intencionales, en que se utilizan generalmente las palabras "imprudence" o "négligence" (v. art. 18 C. s.). Si se distingue, desde este punto de vista (cf. STEFANI et LEVASSEUR, *Droit pénal*, 2.^a ed., Dalloz, París, 1966, p. 173), entre "intención" y "falta", podría emplearse este último término en el sentido de "culpa" en sentido estricto, que nuestro Código penal emplea en el art. 565 en el sentido de "imprudencia" o "negligencia", y esta sería la acepción que habría de darse al término "faute" empleado por el profesor GRAVEN cuando, v. g., hace referencia al "dolo eventual" y "falta" (*faute*) grave (que podrán aludir al "dolo eventual" y a la llamada "culpa con previsión" (v. texto, p. 11)). Mas por lo mismo que el término se emplea también, como decimos, en sentido amplio y alude, primordialmente, y en general, al elemento subjetivo, habrá de emplearse en cada caso, según la significación o aspecto a que, dentro del elemento subjetivo, aluda el autor, esto es, en sentido amplio, o estricto si se refiere a la negligencia. De otra parte, incluso utilizado el término "faute" en sentido estricto de "culpa" con referencia a las infracciones no intencionales cometidas por negligencia, la cuestión se puede prestar a equívocos, en el caso de la llamada "falta" contravencional en que no se exige una intención culpable, y son punibles por el hecho solo de su comisión, si bien en estos casos la existencia de la "falta" ha sido puesta en duda, estimándose que no debe ni puede haber asimilación posible entre la "faute" penal de imprudencia y la "faute" contravencional. El profesor GRAVEN pone bien de manifiesto que el sistema del Código penal suizo está "esencial y necesariamente fundado sobre la "falta" —en el sentido de culpabilidad—, a diferencia de "las infracciones por negligencia derivadas de otras leyes federales que comportan sanciones penales (sistema fundado sobre la violación formal de la ley y el resultado), estimando, además, que dicho sistema "fundado en la culpabilidad es general y absoluto para todas las in-

fracciones que contiene, comprendidas las contravenciones de derecho federal”, por ello se manifiesta claramente en contra del sistema de las “presunciones de culpabilidad”, en relación a la legislación especial o complementaria, respecto de las llamadas infracciones “formales” punibles en ausencia de culpabilidad y en razón tan sólo al resultado material, prescindiendo del aspecto subjetivo de la infracción y contrarias al sistema del Código basado en el principio del “nulla penae sine culpa”. La ley federal de 1958, sobre circulación por carretera, se ha esforzado, como afirma el profesor GRAVEN, por remediar ese “dualismo enojoso”, tratando de armonizar sus sanciones con el Código penal, que entró en vigor el 1 de enero de 1942, si bien el problema vuelve hoy a plantearse —siguiendo al profesor GRAVEN— bajo nuevas formas, como consecuencia del enorme aumento de infracciones de este tipo producidas en los últimos años.

La tendencia a aplicar, incluso a las contravenciones, la regla de que “no hay pena sin culpabilidad” (al menos bajo la forma de “negligencia”) se manifiesta claramente en la doctrina, y especialmente en la legislación anterior al C. penal suizo (cf., también, Logoz, ob. cit., p. 391).

De lo expuesto podría deducirse que la significación más adecuada al término “faute” sería quizá el de “culpa” (vocablo inexistente en lengua francesa, si bien existe, sin embargo, el de “culpabilidad”), empleando dicho término en sentido amplio, análogo al de culpabilidad, o en sentido estricto, según los casos; mas por lo mismo que, también en razón a lo dicho, la cuestión podría prestarse a ciertos equívocos (e incluso, en algún caso, podría parecer redundante hablar, v. g., de la “falta” como “culpa” subjetiva, o suscitar ciertas dificultades la interpretación del término cuando, v. g., se alude a la “gravedad objetiva” de la “falta”, o a la “falta” profesional, en que el término podría aludir a un significado amplio de acto contrario al derecho, o al deber, aun cuando lo fuere en un sentido subjetivo), hemos creído más adecuado dejar, en general, el término “faute” en su acepción original, cuya traducción literal por la palabra “falta” sería aceptable, siempre que tengamos en cuenta las consideraciones anteriormente señaladas, su diferencia con la “falta” en el sentido de infracción leve o contravención (que en todo caso haría referencia a una “faute” contravencional) empleado en oposición al “delito” por nuestra legislación positiva (art. 6.º del Código penal) y su analogía con el término “culpa” en el sentido penal de “culpabilidad”, o en su sentido estricto de “culpa”, como forma de la culpabilidad (que nuestro derecho positivo emplea en el sentido de imprudencia o negligencia), según los casos y la gravedad o graduación de la “falta”, y en su significación en relación al hecho, o mejor, al elemento subjetivo (doloso o culposo) del mismo.

Conviene, sin embargo, y sin perjuicio de las consideraciones anteriores, hacer una última aclaración, por lo que se refiere a la etimología; la “culpabilidad” (*culpabilité*) aparece esencialmente como una noción moral que se confunde con la “faute” (culpa), intencional o no intencional (ver texto pág. 9). A esta última suele referirse la doctrina cuando habla de “faute” de imprudencia o negligencia, reservando el nombre de “faute penale” al elemento moral particular que permite imputar penalmente a una persona un resultado dañoso que no ha querido provocar. La “faute” penal consistiría entonces en no prever las consecuencias dañosas del acto que se realiza, o en no tomar las precauciones necesarias —al no creer que podrían producirse— para impedir su producción, ha pesar de haber previsto las consecuencias (ver texto, pág. 10; y, especialmente la doctrina francesa R. MERLE y A. VITU, *Traité de droit criminel*, Cujas, París, 1967, págs. 448-450). Se estima que el resultado no es imputable a la voluntad positiva del agente, sino más bien a una falta de inteligencia o inercia de la voluntad, razón por la cual la doctrina clásica hablaba aun de “delitos involuntarios”, expresión vivamente criticada (ver HERZOG, *La prévention des infractions involontaires*, t. I, p. 217), porque deja, sin embargo, a la sombra todo lo que puede haber de voluntario, si no en la producción de los efectos del acto, sí, al menos, en el acto considerado en sí mismo. El profesor GRAVEN, al hablar

de la "culpabilidad" (4). Pero, desde el punto de vista positivo, ciertos códigos apuntaban ya una solución, cuyo elemento esencial estaba constituido por la posibilidad de prever", o no, las consecuencias dañosas o el resultado de su acción o de su omisión (tales como Saint-Gall y Grisons). Distintas leyes cantonales se esforzaban por aproximarse lo más posible a la noción o por aclararla, revelando que implicaba una falta de atención o de diligencia, o una ligereza, una imprevisión que provocaban el resultado delictuoso (por ej., Saint-Gall, Obwald, Schwytz). El código bernés daba como ejemplos la ineptitud la imprudencia, la falta de atención o la inobservancia de las prescripciones o reglamentos (art. 29). El cantón de Schaffhouse, finalmente, llegaba hasta una definición considerando la negligencia, en derecho penal, como "la violación del derecho que el autor hubiera debido prever y evitar, de acuerdo con la experiencia general o con su experiencia personal, observando una atención o una diligencia ordinaria" (art. 31).

Resumiendo, Stooss estimaba que, en sí, el hecho de no haber "previsto" el resultado no constituía por sí solo y siempre el criterio de la "negligencia" en el sentido penal, porque para él también obra con negligencia el que prevé un resultado como posible y lo provoca, a pesar de no quererlo. En consecuencia, es decisivo, por una parte, que el autor no deseaba el resultado y, por otra parte, que prestando la atención que le imponía su deber ("bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit), hubiera podido y debido evitarlo. En cuanto a la medida de la atención exigible, difiere según las circunstancias, y es particularmente erróneo admitir —como lo hacían, por ejemplo, Berna y Ginebra, en el sentido de la tradición francesa— que el incumplimiento de los reglamentos basta para constituir la negligencia: puede,

de la "faute" en relación a la negligencia (culpa, estima que la diferencia de trato entre las infracciones denominadas "voluntarias" y las "involuntarias" supone una tenue línea divisoria, hoy "superada por la evolución del mundo y las nuevas necesidades" (ver texto, pág. 36) —importante es contratar cuando afirma, v. g. en materia de circulación, como puede encontrarse una "componente internacional" en la inobservancia, o el desprecio doloso de una regla de circulación (pág. 41)—. Por otra parte, GRAVEN se esfuerza en demostrar la dificultad casi insalvable de distinguir entre el "dolo eventual" y la "faute" grave (empleando, al parecer, este término en el sentido de la llamada "culpa consciente", o con previsión, y propugna porque llegue a "esfumarse la línea de demarcación", por ser estas dos nociones "muy difíciles de discernir" en la psicología de los delinquentes (Ver texto, págs. 12 y 13).

Finalmente, el término "faulif" ha sido, como es lógico, empleado en el sentido de "culpable", cuando se refiere directamente al sujeto, y "culposo" al aludir directamente al comportamiento del sujeto, si está en relación con la "negligencia".

(4) Ver, a este respecto, HAFER, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, parte general, 2.^a edición, Berna, 1946, p. 115. Ver, p. ej., también: BOERLIN, *Vorsatz Fahrlässigkeit und materielle Rechtswidrigkeit*, tesis, Bâle, 129; BORCHERDING, *Schuld und Irrtum im schweizerischen und deutschen strafrecht*, tesis. Fribourg-en-Brisgau, 1941; SCHAFFSTEIN, *Die Behandlung der Schuldarten in ausländischen Recht* (en derecho no alemán), 1928: Suiza, p. 46.

en efecto, constituirla en algunos casos, pero no la constituye necesariamente en todos (5).

De este modo, mientras la primera versión del anteproyecto se limitaba a establecer que “es sancionable cualquiera que haya cometido intencionalmente un delito y, en los casos previstos por la ley, cualquiera que lo haya cometido por negligencia” (art. 11), la versión de 1896, publicada tras las decisiones de la 1.^a Comisión de peritos, precisó la noción de negligencia con relación a la intención, diciendo: “El autor obra intencionalmente cuando comete, sabiéndolo y queriéndolo, un acto calificado como delito” (art. 14, § 2), lo que resolvía la célebre controversia de la doctrina alemana entre la teoría de la “consciencia” y la de la “voluntad”, puesto que nuestro Código exigía tanto la una como la otra para constituir el “dolo” penal. Y, por otra parte, precisaba el nuevo texto, “el autor obra con negligencia cuando, por no usar las precauciones a las que estaba obligado por las circunstancias y por su situación personal, comete un acto incriminado como delito” (art. 14, § 3). Esta es la base sobre la cual se ha formado el texto actual, a través de los trabajos de la II Comisión de peritos y de las deliberaciones parlamentarias (6).

2. En su “*Exposición de motivos* del anteproyecto del Código penal suizo de 1908”, que tan bien pone en evidencia los rasgos esenciales de la nueva obra y las intenciones del legislador, el profesor Zürcher ha resumido así la situación, el interés y el alcance de la definición de la negligencia, recordando que la mayor parte de los códigos codernos utilizaban los dos términos de intención y negligencia sin definirlos, “refiriéndose para su interpretación a la ciencia jurídica y al lenguaje usual”. Pero, añadía, con justa razón, “este lenguaje no les atribuye un sentido suficientemente preciso y, en cuanto a la ciencia, además de que no podemos suponerla familiar a todos nuestros jueces, está lejos de ser unánime sobre este punto”. Este es el motivo por el cual el Código penal suizo entendía establecer y establecía “unas reglas destinadas a indicar al juez cómo debía comprender tales términos”.

La negligencia (es decir, *culpa* en el sentido estricto) debe ser distinguida, por una parte, de la intención (o “*dolus*”), y por otra, del caso fortuito (o *casus*). Dejamos aquí de lado la zona intermedia del “dolo eventual”; el proyecto lo hacía, en principio, “entrar en la negligencia”, inclinándose a crear unos “delitos de puesta en peligro” especiales en relación a la protección de la vida y de la salud, en los que el autor debía poder ser castigado, a causa de su importancia, incluso si el resultado no se hubiera producido. (De acuerdo con la

(5) Stooß, *Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts*, vol. I, 1892, pp. 205 ss.

(6) Anteproyecto de Código penal suizo modificado de acuerdo con las decisiones de la Comisión de peritos, traducción francesa de Alfred GAUTIER, Berna, 1896, p. 15. Sobre los trabajos de las Comisiones de peritos, ver en particular las actas de la 1.^a Comisión de peritos, vol. I, p. 88 (Stooß), y acta de la 2.^a Comisión, vol. I, p. 144.

doctrina actual y con la jurisprudencia establecida hoy por el Tribunal de Casación federal en la aplicación del Código, el “dolo eventual” está, por el contrario, comprendido, bajo la influencia de la teoría y de la práctica alemanas, en la forma del “dolo”, o sea de la intención, conforme a la teoría de la “aceptación”, o de la “toma en cuenta” del resultado previsto o previsible) (7).

Mas, limitándonos a la negligencia, ésta se distingue, por encima, de la intención, “en que el resultado no es querido”. Esto puede producirse en dos hipótesis: “O bien el sujeto ni siquiera ha pensado en ello, no se lo ha representado, y entonces el resultado no penetra hasta la conciencia. O bien el sujeto se ha representado el resultado como posible, pero tras de haber pesado el pro y el contra, no lo tiene en cuenta en la resolución que toma, sea porque la posibilidad le parezca demasiado lejana, sea porque las circunstancias o las precauciones tomadas parezcan excluirla”. Se reconoce fácilmente, en estas dos hipótesis, las formas más habituales en nuestro derecho penal actual de la “negligencia consciente” y de la “negligencia inconsciente”.

Nos quedará por distinguir entonces, desde abajo, la negligencia inconsciente del simple caso fortuito, en que, en la negligencia, “el resultado dañoso, que se ha producido en definitiva, habría podido y debido ser tomado en consideración por el sujeto”, le que no es el hecho del *casus*, imprevisible y que llega de improviso y sin que una responsabilidad penal pueda desprenderse de él. Nuestro legislador no ha impuesto, por otra parte, “la obligación de usar de esta precaución y de esta circunspección del modo más amplio” —recordadas antes, y que son la condición de la negligencia punible— más que para la protección de los bienes jurídicos más preciosos, la vida y la salud, y para incriminar ciertos actos capaces de crear un peligro colectivo (8).

Presentando a la deliberación de las Cámaras federales el proyecto definitivo de Código penal suizo, en su *Mensaje* de 23 de julio de 1918, el Consejo federal, poniendo de manifiesto que el autor normal-

(7) Este problema del *dolo eventual* (o indirecto), de su toma en consideración a título de intención o de negligencia, y de su distinción con respecto a la “negligencia” consciente, ha ocupado grandemente nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia, a causa de su importancia esencial en la determinación de los límites del acto punible. Ver especialmente, además de los Comentarios del Código penal suizo citados al principio del capítulo II, ZOLLER, *Die Abgrenzung des dolus eventualis von der bewussten Fahrlässigkeit in der Praxis*, tesis, Friburgo, 1946; WAIBLINGER, “Éventualvorsatz”, estudios de la jurisprudencia del Tribunal federal suizo (1946 y 1955), en la *Revue de la Société des Juristes Bernois*, 1948 (84), p. 420, y 1957 (93), p. 345. Para la jurisprudencia, consultar principalmente las sentencias de principio del Tribunal de Casación del Tribunal feral en el *Recueil Officiel des Arrêts*, ATF 1943 (69), IV, p. 81, y 1958 (84), IV, p. 127; para la traducción francesa de las dos últimas sentencias citadas, *Journal des Tribunaux*, IV, 1949, p. 21, y 1958, p. 114.

(8) ZURCHER, Código penal suizo. “Exposición de motivos del Anteproyecto de abril 1908”, trad. Gautier, Berna, 1914, pp. 47 ss., *El delito en tanto que acto culpable*.

mente responsable de un acto no debe "ser castigado más que en el caso de que sea además *culpable*, es decir, si el resultado alcanzado lo ha sido con intención o por negligencia", ha subrayado que "es uno de los méritos del proyecto el haber aplicado, más rigurosamente que ningún otro código existente, el principio de la represión subordinada a la culpabilidad, con exclusión de toda pena para las consecuencias fortuitas", esto de una manera completamente general y también en materia de contravenciones. Se verá esto particularmente en la disposición fundamental sobre la fijación de la pena (art. 63 C. P. actual) y en las disposiciones sobre las lesiones corporales cuyo resultado era imprevisible o que ha ido más allá de las intenciones del autor (arts. 122 a 125 actuales, 108 a 111 del proyecto). En cambio, el mismo principio, e inversamente, "conducirá al juez a reaccionar severamente en los casos en que, aunque por azar, el resultado deseado no ha sido alcanzado, el autor del acto ha podido revelar, sin embargo, en toda su gravedad, su voluntad criminal", como, por ejemplo, en materia de tentativa y de delito imposible (9). En otros términos, se puede ver, el derecho penal suizo actual está enteramente fundado en la noción de la *faute* ("Schuldstrafrecht") y sobre una concepción *subjetiva* del delito y de la sanción que a este debe seguir (10). El principio "nulla poena sine culpa", si no está expresamente formulado en el Código como lo está, en su artículo primero, el principio "nulla poena sine lege", no es menos absoluto en nuestro derecho penal. Este excluye la responsabilidad y la pena fundadas tan sólo en el resultado ("Erfolgshaftung") (11).

II. EL SISTEMA DEL CÓDIGO PENAL SUIZO

§ 1. La definición de la negligencia, sus condiciones y sus formas

Es necesario primero establecer que en el derecho penal suizo actual la noción "penal" de la negligencia es distinta de la noción "civil"

(9) Mensaje del Consejo federal en apoyo del proyecto de Código penal suizo, 1918, texto francés, p. 12.

* N. del T. El autor alude aquí sin duda, a la "culpa", en sentido amplio o culpabilidad.

(10) El problema de la "faute pénale", de la "culpabilidad" en general, ha sido muy estudiado en el momento de la elaboración del nuevo penal suizo. Ver en particular: HAFTER, "Strafrecht und Schuld" (discurso del Rectorado), Zurich, 1923; MEYER W., "Die Schuld nach schweizerischem Strafgesetzbuch", *Revue Pénale Suisse*, 1943 (57), p. 70; REICHWEIN, *Über die Schuld im Recht*, tesis., Zurich, 1943; GERMAN, en su obra de base *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, en 1942, p. 179, apartado 4, ha indicado una serie de sentencias del Tribunal federal sobre la negligencia, anteriores al Código penal suizo de 1937-1942, y que son importantes para la apreciación fundamental de estos principios.

* N. del T. El sentido de la "faute" es aquí también análogo al de "culpa" en sentido amplio.

(11) Sobre este punto de modo más particular, al lado de HAFTER, loc. cit., ver JOST, "Zur Erfolgshaftung im schweizerischen Strafgesetzbuch", *Revue*

y que ya no se las confunde, a diferencia de lo que ocurre en muchos otros códigos que han asimilado el “delito por negligencia” al “cuasi-delito civil”; esto quizá, en parte, en razón de los lazos reconocidos por numerosas legislaciones entre la acción civil de reparación del daño causado por un delito y la acción pública con miras a la represión del mismo. El informe suizo al Congreso Internacional de Lisboa en 1961 ha subrayado (12) que en nuestro país “la cuestión tan controvertida de la identidad entre la “faute” civil y la “faute” penal* no tiene casi importancia práctica”, la necesidad de proteger el interés de las víctimas en cuanto a la reparación del daño sufrido no ha arrastrado un efecto de alargamiento de la noción de culpa penal.

“Si el efecto de la condena penal para los delitos no intencionales se ha debilitado (como en otras partes), sería falso —ponía de manifiesto el informe— el buscar la causa en un uso inadecuado de estas condenas debido a unas preocupaciones de derecho civil. En países como Suiza, donde la responsabilidad civil y la responsabilidad penal siguen caminos cada vez más divergentes, se asiste, en el dominio de las infracciones involuntarias, a una denegación de la culpabilidad no menos evidente que en otras partes.” Quizá haya que ver en ello “la consecuencia general de un relajamiento de la moralidad pública, de una disminución de las preocupaciones por los intereses de tercero”. Quizá también y más bien el hombre de hoy no habrá “afinado su conciencia social a la medida de las posibilidades nuevas que ha puesto a su alcance el impulso científico e industrial”. La multiplicación de las infracciones no intencionales se ha producido “en una época que ha visto las penas mitigarse singularmente”, y unas sanciones más graves (especialmente antes de la introducción de la suspensión de la pena), “que sancionaban unos delitos más raros y llevaban consigo una cierta desconsideración a causa de la ejecución de una pena”, eran sin duda aptas para despertar en la conciencia de los condenados “el sentimiento de culpabilidad que es raramente la consecuencia necesaria y espontánea de la infracción no intencionada”. Sin duda es justo, concluía el Juez MEYER, “el no juzgar al autor de un acto ilícito según el solo resultado de su acto, y graduar la pena según la gravedad de la *faute**; pero se puede uno preguntar, y veremos al final de nuestro estudio que se pregunta hoy en efecto, “si la diferencia de naturaleza que la ley y los jueces establecen entre la *faute* intencional y la *faute* no intencional, el compartimento estanco levanta-

penale suisse, 1949 (64), p. 424, y SALIS, *Die Bedeutung des Erfolges im schweizerischen Strafrecht*, tesis, Zurich, 1949.

(12) F. MEYER muestra y desarrolla bien esta proposición en la introducción de su informe a Lisboa sobre “Los problemas planteados en el derecho penal moderno por el desarrollo de las infracciones no intencionadas”, *Revue Internationale de Droit pénal*, citada, 1961 pp. 1107 ss. Sobre este tema ver también en particular, DARBELLAY, *Theorie generale de l'illicéité en Droit civil et en Droit pénal*, Friburgo, 1955; AEBI, *Der Begriff des Verschuldens im Privatrecht und Strafrecht*, tesis, Zurich, 1957; TOBLER, *Fahrlässigkeit im Zivil- und Strafrecht*, tesis, Zurich, 1931.

do entre las infracciones que proceden del dolo y las que son debidas a la negligencia, no responden a un sistema satisfactorio en su tiempo, pero hoy sobrepasado por la evolución del mundo y las necesidades nuevas" (13).

Actualmente, la regla técnica del artículo 18, párrafo 3, del Código penal suizo dispone, de una manera clara aunque un poco didáctica, consagrando con ello los dos grados de la negligencia que hemos indicado y separándose claramente de la noción civil de la "faute" llamada "leve" o "muy leve" (culpa levis, o levissima):

"Comete un crimen o un delito por negligencia quien, por una imprevisión culpable, obra sin darse cuenta o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto."

La imprevisión es culpable cuando el autor del acto no ha empleado las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal."

Se ve, por consiguiente (14), que se presentan dos cuestiones: ¿Cuáles son, primeramente, las condiciones legales de la negligencia? Y, después, ¿cuándo se debe tener por culpable esta negligencia y, por tanto, punible en los casos en los cuales el legislador lo ha previsto expresamente en razón de la importancia social del bien a proteger? Porque la sola imprudencia o negligencia en sí no es suficiente, aunque se pruebe. Observemos previamente, además, que si nuestro Código habla de "negligencia", se trata en este caso de una noción general y que comporta todas las formas, es decir, tanto la negligencia en su sentido propio como la imprudencia o la imprevisión, la ligereza, la falta de atención o los otros matices de nuestras antiguas fórmulas cantonales, con la condición de que alcancen el grado en que se pueda reconocer el carácter de "culpabilidad" en el sentido de la definición del Código.

1. En cuanto a esta noción de la negligencia, se discierne, para repetir las distinciones de la doctrina, la presencia de dos elementos: el uno es positivo, el otro es negativo. El elemento *positivo* consiste

(13) F. MEYER, p. 1109. Volveremos sobre la tesis actualmente discutida por la doctrina suiza, en particular por MM. FREY, y DUBS.

* N. del T. También aquí la "faute", en general, tiene el sentido amplio de "culpa", o culpabilidad; el autor alude claramente a la "faute" (culpa) intencional y no intencional (culpabilidad "dolosa" y culpabilidad "culposa").

(14) Sobre la noción y las condiciones de la negligencia según el Código penal suizo, ver los Comentarios del Código y los estudios de CLERC, *Introducción al estudio del Código penal suizo*, parte general, pp. 82, ss; DUBS, *Probleme der Fahrlässigkeit* (Lección de habilitación), 1959, especialmente a d. III, pp. 11 ss. y *Die fahrlässigen Delikte im modernen Strafrecht*, informe a la Société suisse de Droit pénal, 1961, pp. 2 ss.; GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, pp. 119 ss., núm. 4 a 6; HAFTER, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, parte general, *Schuldform der Fahrlässigkeit*, pp. 126 ss.; LOGOZ, *Commentaire du Code penal suisse*, parte general, pp. 64 ss.; SCHWANDER, *Das Schweizerische Strafgesetzbuch*, pp. 80 ss., núm. 192 a 201; THORMANN y VON OVERBECK, *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, I, parte general, pp. 90 ss., especialmente núm. 32 a 43, pp. 99 ss.

en que el resultado ha sido producido por el efecto de una acción o de una omisión imprudente o imprevista —cualquiera que sea el nombre que se le dé— que es contraria a lo que se debía esperar normalmente del autor en la situación en que se encontraba. El elemento *negativo*, si tal puede decirse, consiste en que el autor no ha querido el resultado que se ha producido: él ha querido su acto, pero en modo alguno sus consecuencias. Y esto por dos razones o, más exactamente, dos grados: o bien porque no las ha previsto (15), o bien porque habiéndolas previsto no las ha tenido en cuenta, cuando debiera haberlo hecho en uno y otro caso, vistas las circunstancias y su situación personal. Se llama “inconsciente” a la negligencia en el primer caso, y “consciente”, en el segundo. Lo esencial de la distinción se limita a un defecto o a una ausencia de representación o de previsión de las circunstancias, o a una falsa previsión o representación.

Los ejemplos sacados de la doctrina y de la jurisprudencia podrían ser numerosos, e ilustran claramente estas hipótesis: Que se piense, en la primera, para tomar ejemplos particularmente suizos, en el alpinista que se divierte haciendo rodar rocas o piedras por una pendiente sin prever que puede herir o matar a paseantes, o en nuestro soldado de milicias que, volviendo a su casa, después de un ejercicio militar de tiro obligatorio, no se ha asegurado de que su arma está descargada y, al querer limpiarla, se le dispara y mata a un tercero. En cuanto a la hipótesis de la negligencia o de la imprudencia consciente, es suficiente evocar todos aquellos casos en los que, en la carretera o en un cruce, un automovilista piensa en la posibilidad de un accidente, pero no disminuye la velocidad, fiándose en la suerte o en su habilidad quizá ilusoria. Utilizaremos más adelante, en la discusión, algunos ejemplos tomados de la jurisprudencia, para aclarar mejor los principios con casos concretos.

Aunque haya dos grados en la negligencia, el Código suizo no los distingue, en cuanto al tratamiento jurídico que hay que aplicarles. Estas dos formas pueden tener un interés teórico y práctico, en cuanto que permiten determinar mejor *el límite* con el dolo eventual (en el cual el resultado previsto ha sido *aceptado* en la mente del autor en el caso de que se produzca), y, por otra parte, con el caso fortuito (en el cual el resultado era absolutamente imprevisible). Dichas formas dan también al juez la posibilidad de medir mejor la pena en el momento de la sentencia, como el Tribunal federal lo ha puesto de manifiesto (16). Pero el legislador no ha querido considerar la negligencia consciente, siempre y necesariamente, como más grave y más se-

(15) Sobre la importancia y la existencia de la *previsibilidad* como elemento esencial, ver especialmente DUBS, *Probleme der Fahrlässigkeit*, pp. 6 a 11, con las sentencias del Tribunal federal (ATF 73, IV, p. 36; 76, IV, p. 78; 81, IV, p. 90).

(16) Sentencia de 10 de diciembre 1943 en la causa Ministerio público de Schaffhouse contra la Sra. Deuber, sobre la cual volveremos, ATF 1949 (64), IV, p. 231, ad. 3.

veramente punible que la negligencia llamada inconsciente, porque ésta puede implicar en realidad una "faute" * igualmente grave y aún más grave todavía: Se llegaría, de otro modo, a tratar al inconsciente, al aturdido peligroso que obra completamente a la ligera y no prevé jamás las consecuencias que puedan tener sus actos, con más indulgencia que al individuo que reflexiona, o es incluso escrupuloso, que ha previsto las consecuencias posibles, pero, por un error de apreciación, ha estimado en definitiva —en lo cual se equivocó— que el resultado fatídico no se produciría.

Será con frecuencia difícil para el juez decidir si se encuentra en presencia de una negligencia "consciente" o de un "dolo eventual", forma indirecta de la intención. Porque, ¿cómo probar, en ciertas circunstancias, cuál era la "seelische Einstellung", la convicción íntima del autor en cuanto a las consecuencias posibles, o incluso probables, de su acto y en cuanto a su exclusión o aceptación eventual? Deberá hacerlo por medio de la observación razonada de las circunstancias y del carácter del inculpado. Porque la confesión sincera, en estas materias es rara, ya que, en general, se trata de negar o disminuir la falta. Cuando más probable debe parecer el resultado, o el peligro evidente, dadas las circunstancias del caso particular, más se justificará en general el admitir que el autor ha podido prever el resultado si no hacía lo necesario para evitarlo y dar por descontado que había riesgo de que se produjera. Se vuelve entonces a la fórmula alemana de FRANK: "¿El autor hubiera obrado también si hubiera sabido con certeza que se produciría el resultado?" En la afirmativa, habría que admitir el dolo eventual, y en caso contrario, la negligencia. La fórmula es, sin embargo, equívoca y debe ser manejada prudentemente, porque en realidad el autor debe ser juzgado con arreglo a lo que él ha querido en realidad y no con arreglo a lo que hubiera querido si hubiera pensado de otra manera. Todo depende en definitiva de la última apreciación que ha hecho en la práctica el autor, en el momento de obrar, en cuanto a la mayor o menor probabilidad del resultado y de su logro (17).

El Tribunal federal ha aclarado esta cuestión en una sentencia de principio, de 1943, en la cual ha reconocido que, a consecuencia de los debates parlamentarios, se debe considerar en Suiza que la intención, en el sentido del artículo 18 del Código penal, comprende el dolo eventual, y en el cual el Código se ha esforzado en trazar los límites de este último, especificando el papel de los dos elementos fundamentales de "consciencia" y de "voluntad" en el caso en que el autor se represente seriamente como previsible que los elementos objetivos de una infracción se den. Esta sentencia merece ser citada en parte a causa de las precisiones que aporta:

* N. del T. Aquí la palabra "faute" al concretarse en relación a la negligencia tiene el sentido estricto de "culpa" (consciente o inconsciente).

(17) SCHWANDER, op. cit., p. 182, núm. 198; ver GERMANN, op. cit., p. 88; HAFTER, *Lehrbuch*, p. 217, et MEYER, *informe suizo*, loc. cit., p. 1112.

“Una *consciencia* de este género no está necesariamente acompañada por la *voluntad* correspondiente. En el caso de la negligencia consciente, el autor toma también por posible el que las circunstancias objetivas de la infracción se realicen. Pero aparta de su mente esta eventualidad, contando con que el resultado no se producirá”, mientras que, “en cambio, el que obra con dolo eventual acepta el resultado previsto como posible; lo desea, en el caso en que debiera producirse”. Que haya tenido esa intención es una cuestión de prueba. Pero esta prueba no debe ser considerada como producida cuando el *sólo* indicio de la voluntad culpable reside en el conocimiento de la posibilidad del resultado. Sería en realidad reducir el aspecto subjetivo del delito a la sola *conciencia*. Esta no puede permitir el implicar la *voluntad* correspondiente más que en el caso de que el desarrollo o la realización del resultado se impusiese en la mente del autor de tal modo que su acto no pueda interpretarse más que como una aceptación de tal resultado. Pero aun en semejante caso, *índices contrarios* pueden oponerse a esta conclusión: porque aquel que por ligereza cuenta con que un resultado que había primeramente estimado probable no va a realizarse finalmente, no obra con dolo eventual” (18). Obra con negligencia consciente y ahí está la diferencia —esencial en cuanto a la posibilidad de castigar— que corresponderá al juez establecer gracias a la utilización y a la aparición de las pruebas.

Hay que reconocer que la diferencia con el dolo eventual es a veces muy difícil de establecer, y “es precisamente la existencia de una cantidad indefinida de casos límite lo que permite las dudas sobre el valor de la clasificación de las infracciones... según el género de la *faute*, unas diferencias considerables que dependen a veces de un elemento fugaz”, de un “cambio” difícil de captar y, en la práctica, “de la apreciación por el juez de un matiz casi incaptable del estado psicológico del autor en el momento de la infracción. Así, en el caso del automovilista que ha acelerado a fondo en una calle frecuentada y que no puede darse cuenta de que pone en peligro la vida de los que por ella pasan, podrá imponérsele una pena de reclusión por cinco años al menos, según que haya alejado de su mente la consecuencia accesoria de un accidente mortal que pudiera producirse, o de tres años cuando más de prisión (con suspensión probable de pena si la pena se había fijado en menos de un año), según que entreviendo esta consecuencia eventual haya pensado en evitarla gracias a su habilidad. Estos matices tan cargados de consecuencias diferentes se ocultan en general a los inculpados, y la experiencia práctica ha demostrado que sería preciso —insistiendo sobre los modos de comisión de la infracción, sus circunstancias y sus causas profundas sobre el grado de prudencia y de altruismo exigibles del autor— se llegase “a esfumar la línea de demarcación que, para la aplicación de las

(18) Sentencia de 21 de mayo de 1943 en la causa Elsasser contra el Procurador general del cantón de Berna en una acusación por estafa, ATF 1943 (79), IV, p. 79, ad. 5, traducción francesa *Journal des Tribunaux*, IV, 1943, p. 77.

penas, abre un foso entre el dolo eventual y la *faute** grave, cuando ocurre que en la psicología de los delincuentes, estas dos nociones son muy difíciles de discernir" (19). Y se podría decir aún entre el dolo eventual y la negligencia consciente.

2. Igualmente delicada será frecuentemente la cuestión de determinar cuándo y en qué condiciones la negligencia, la imprevisión o la imprudencia cometidas deben ser calificadas de *culpables* y por este hecho caer bajo el peso de la ley penal. En este caso, el legislador ha querido dar al juez unos criterios útiles.

Es evidente, en primer lugar, que para no paralizar la vida social, toda imprudencia, imprevisión o error de apreciación o de acción no podrían ocasionar para su autor unas consecuencias penales, sino que debe de ser castigado sólo bajo ciertas condiciones que fijarán en cierto modo la medida de lo que puede ser razonablemente exigido. Es evidente también, por otra parte, que el Derecho penal, fundado sobre la culpabilidad personal de tal delincuente determinado, no puede servirse de criterios *abstractos* y absolutamente generales como el Derecho civil, tales como los del individuo "normal", del "vir prudens" o del "buen padre de familia". No hay tampoco una noción general, uniforme, de "prudencia" impuesta, como, por ejemplo, una noción de "buena fe" en Derecho civil. Hay que basarse sobre los criterios *individuales* y *concretos* de cada caso, comparando la conducta del autor con la que hubiera debido observar si se hubiese comportado como hombre experimentado y previsor en la medida que hubiera podido exigirse de él.

a) Se hará, en primer lugar, desde el punto de vista *objetivo*, teniendo en cuenta las precauciones que estaban "determinadas por las *circunstancias*". Cuanto más peligrosas son éstas, en mayor modo las reglas de prudencia, de atención y de reflexión se imponen naturalmente. La gravedad del riesgo es uno de los elementos para la medida de la "faute".

Este será particularmente el caso, en materia de ataques a la *seguridad de la circulación* o de las comunicaciones, de un conductor de vehículo de motor que, de noche y sobre una carretera frecuentada, continúa rodando sin reducir su velocidad aunque se vea deslumbrado por los faros de un coche que viene en sentido inverso, y que mata a un peatón (20), o bien el de aquél que, en su coche, autoriza a una persona carente de permiso de conducir a hacerlo en una carretera

* N. del T. Aquí será preciso emplear el término "faute" en el sentido de "culpa" en su significación estricta, en posición a "dolo" o intencionalidad.

* Se refiere aquí a la "culpa" consciente o con previsión.

(19) MEYER, loc. cit., p. 1110 ss.

(20) Sentencia de 4 de agosto de 1958 del Tribunal correccional de Locarn o *Bulletin de jurisprudence pénale*, 1959, p. 34, núm. 57. Hay, en este caso, homicidio por negligencia según el artículo 117 CP, en concurrencia con una obstaculización de la circulación pública en el sentido señalado por el artículo 237. El Tribunal entendió que la suspensión de condena debía ser negada al autor.

peligrosa a una velocidad de 80 ó 90 kilómetros por hora (21). Del mismo modo, un conductor que adelanta a unos niños debe ser extremadamente prudente; no debe esperar que los niños se comporten en todo caso como sería de esperar en los demás usuarios de la carretera, sin que, por otra parte, deba contar con un comportamiento completamente contrario a todas las reglas, vistas las instrucciones para la circulación enseñadas en nuestros días tanto en el hogar como en la escuela (22). El automovilista debe en todo caso reducir su velocidad cuando encuentra un grupo de niños, incluso acompañados, en la carretera y sobre todo en una carretera mojada, y tiene obligación de advertir claramente si no ha habido reacción alguna ante un previo y breve toque de bocina (23). Ha sido estimado también que el conductor que adelanta a un tranvía cerca de una parada, tiene el deber de circular con particular prudencia y de tener cuidado con los peatones, especialmente cuando uno de ellos va a atravesar o atraviesa la calzada (24). Por el contrario, el Tribunal federal ha reconocido que no podía castigar una negligencia punible con respecto a un conductor que, rodando a 60/70 kilómetros por hora en campo libre, sobre una carretera en recta con una anchura de cerca de seis metros y bien conservada, no ha señalado su presencia ni disminuido su velocidad al pasar ante la entrada de un jardín rodeado de setos elevados, y no ha podido evitar y ha herido a un niño que salía del jardín erguido sobre los pedales de su bicicleta sin tomar precauciones particulares. La situación no es en este caso la misma que aquella en que el automovilista ve los niños que se encuentran o se desplazan en o por la carretera o en su proximidad, o bien debe esperar a causa de especiales circunstancias, tales como las señales, la presencia de una escuela o un hospital, que exista la posibilidad de ver bruscamente aparecer niños o personas mayores susceptibles de ser atropelladas (25).

De un modo completamente general, el conductor deberá adaptar su velocidad y su comportamiento a las circunstancias, y muy parti-

(21) Sentencia del Tribunal cantonal del Valais, de 27 octubre 1947, *Bulletin jur. pénal*, 1948, p. 61, núm. 121. El autor fue reconocido como incurso en la pena del artículo 61, ap. 3 de la ley federal sobre la circulación, en concurrencia con la pena aplicable a las lesiones corporales por negligencia previstas por el artículo 125 CP.

(22) Berna, Tribunal penal I, sentencia de 7 de enero de 1943, *Bull. juris-prudence pén.* 1946, p. 3, núm. 4.

(23) Sentencia del Tribunal de Casación federal, de 23 de febrero de 1951, en la causa Leoni contra MP d'Argovie. Muerte de un niño, aplicación de los artículos 20, ap. 1 y 25, ap. 1 de la ley sobre la circulación en concurrencia con el artículo 117 CP; ATF 1951 (77), IV, p. 35.

(24) Tribunal federal I, sentencia de 9 de mayo de 1952 sobre recurso Zanardi contra MP del cantón de Zurich, ATF 1952 (78), IV, p. 119, ver *Bull jur. pén.*, 1952, núm. 225, p. 214.

(25) Sentencia de 11 de junio de 1954 en la causa MP de Thurgovie c. Luscher, violación discutida de los artículos 25, ap. 1 y 20 de la ley sobre la circulación en relación con las lesiones corporales graves, en el sentido del artículo 122 y 125 CP ATF 1954 (80), IV, p. 131.

cularmente a la visibilidad y al estado de la carretera; será culpable de negligencia, por ejemplo, si rodando temprano en la mañana en la obscuridad y la niebla, con una temperatura ambiente que alcance el punto de congelación, no prevé la formación de escarcha o hielo y circulando a 50/60 kilómetros por hora patina, atropella y hiere a un ciclista (26).

En materia de *deportes*, para tomar otros ejemplos, un patinador, que sobre una pista muy frecuentada, avanza velozmente mirando hacia atrás a sus compañeros que le persiguen, y chocando de lleno con el pecho de otro patinador que se aprestaba a ejecutar un "ocho", lo hace caer y le rompe una pierna, comete una negligencia punible sin poder alegar unos riesgos deportivos que llevan consigo la impunidad; de igual modo, el esquiador que llegando de improviso sobre un grupo que era sin embargo visible desde lejos y hubiera podido rodear, hiere a otro esquiador creyendo poder detenerse antes de llegar a él ejecutando un "christiania" (a pesar del mal estado de la nieve); igualmente el remero que, privado de visibilidad sobre el trayecto que sigue, hiere con su embarcación a un nadador en las aguas abiertas al público en las que todo el mundo está autorizado a nadar, a pesar de que un club de remeros efectúe allí su entrenamiento, este hecho no supone en modo alguno que el emplazamiento esté reservado para ellos y prohibido para los bañistas a ciertas horas (27).

b) Por otra parte, y desde el punto de vista *subjetivo*, el juez deberá tener en cuenta las precauciones impuestas "por la *situación personal* del autor". Es aquí dónde reside esencialmente el centro o el mundo de la *faute* *, "der Kern der Schuld", como dice Schwander.

Para que haya "faute" del agente y punibilidad, hace falta que se tenga fundamento para reprochar al inculpado su imprevisión o su imprudencia, teniendo en cuenta todos los factores personales, es decir, su edad y su educación, su desarrollo mental y su grado de instrucción, su cultura y aptitudes, su situación social y su profesión, pero también su constitución y su complexión física, su salud, su fuerza, su sexo, etc. Hace falta, en una palabra, tener en cuenta "los componentes físicos e intelectuales permanentes del autor", junto a la situación ocasional, o a las deficiencias pasajeras (28).

Cuanto mayores son su inteligencia, su experiencia o sus facultades de reflexión, mayor prudencia, diligencia y atención se le po-

(26) Sentencia del T. de Casación federal de 1 de junio de 1956 en la causa MP. de Thurgovie conta Geier, ATF 1956 (82) ,IV, p. 107. Se podrían citar muchos otros casos todavía, tomados del problema de la circulación por carretera y señalados en el *Bull. juris. pén.*, ver p. ex. 1951, en el cual son particularmente numerosos, pp. 23 ss., 61 ss., etc.

(27) Sentencia de 4 de marzo de 1949 en la causa MP del cantón de Friburgo contra Vonlanthen, ATF 1949 (75), IV, p. 8, de 26 de febrero de 1954 en la causa Bucher contra MP del cantón de Obwald. ATF 1954 (IV, p. 49; sentencia del Tribunal cantonal de Zurich, de 24 de agosto de 1951, *Blätter f. zurcher Rechtsprechung*, 1951, p. 380.

* En el sentido de la "culpa".

(28) Ver MEYER, loc. cit., pp. 1115 s.

drán exigir. Se exigirá más a un adulto que a un niño, a un hombre instruido que a un ignorante o a un primitivo, a un profesional que a un lego o a un debutante. El Tribunal federal ha decidido, por ejemplo, que no se podía reconocer una *negligencia culpable* y punible a una campesina simple, inexperimentada y mentalmente primitiva, carente de toda idea de la profilaxis y de un peligro de infección posible, que ella ni siquiera podía representárselo, que había aplicado a su hija embarazada, de dieciocho años de edad, una inyección de agua de sosa y de jabón, provocando una infección que, para mayor desgracia, había degenerado en septicemia y provocado la muerte (29).

Ciertas situaciones personales *especiales* en las que el riesgo aumenta por el hecho de que la situación exigiría una atención o unas precauciones particulares, y en las que el inculpado ha faltado a su deber de vigilancia, obligan a sancionar *particularmente* su negligencia. Así, en el caso en que un aprendiz de conductor sin permiso y aprendiendo a conducir en compañía de una persona encargada de controlarlo o de instruirlo, pero que está en manifiesto estado de embriaguez, mata a alguien a consecuencia de una falsa maniobra de adelantamiento, no solamente es él el autor del accidente, sino también su acompañante, ebrio y obligado a vigilar su conducta, quién es culpable de homicidio por negligencia y de perturbación de la circulación pública (30). De igual manera, cuando el propietario o el director de una explotación agrícola viola su deber de control no vigilando a sus empleados quienes aguan la leche servida a una quesería, se hace culpable de poner en circulación por negligencia mercancías falsificadas en el sentido del artículo 154, apartado 2 Código penal (31). Una vigilancia particular se impondrá también al cazador que debe atenerse a las reglas establecidas para la protección de la caza: éste comete una negligencia culpable si antes de tirar no se asegura de que puede matar a una hembra de venado que amamanta o una pieza cuya caza está prohibida, por ejemplo, una cabra montés (32).

Está claro que una atención y una prudencia especiales deben observarse con mayor razón en las relaciones *profesionales* en que el riesgo es particularmente grande o peligroso, y las reglas y los usos son más exigentes, como es el caso particular de los médicos y los farmacéuticos (33), los guías de montaña (34), conductores de tran-

(29) Sentencia Deuber ya citada, ATF 1943 (69), IV, p. 232.

(30) Sentencia del Tribunal correccional de la Levantine (Tessin) de 17 de marzo de 1958, *Bull. jur. pén.*, 1959, p. 34, núm. 58.

(31) Sentencia del Tribunal cantonal de Soleure de 23 de septiembre de 1958, *Bull. jur. pén.*, 1959, p. 80, núm. 144.

(32) Sentencia del Tribunal cantonal de Grisons, de 5 de diciembre de 1946, *Bull. jur. pén.*, 1949, núm. 191, y sentencias de 24 de febrero de 1944 y 22 de enero de 1945, *Praxis KG Graubünden*.

(33) Ver los casos resueltos por el Tribunal Federal y publicados particularmente ATF 1938, II, p. 207, y 1940, II, p. 36.

(34) Ver Tribunal penal II del cantón de Berna, sentencia de 16 de diciembre de 1943, sancionando la responsabilidad del jefe de expedición en un

vías o de autobuses en una ciudad (35), el de un empleado del ferrocarril y en todos los casos en los que, además de las reglas generales de prudencia o de tráfico, *prescripciones* administrativas especiales acentúan el deber de un funcionario o de un empleado. Un empleado del ferrocarril está obligado especialmente, ha precisado la jurisprudencia, a hacer todo aquello que esté a su alcance para no dormirse o para hacerse despertar a tiempo, y en caso contrario es culpable de negligencia (36). Lo es también, por ejemplo, el que no se asegura de que las puertas exteriores de un vagón estén cerradas en el curso de una maniobra: es culpable del accidente y de las lesiones corporales que pueda sufrir una persona por su negligencia (37). Se podrían multiplicar estos ejemplos, extender los mismos principios de vigilancia y de precaución extremadas a todos los casos para los cuales han sido dictadas unas prescripciones administrativas o de policía, como por ejemplo, para la explotación de obras, de fábricas, de minas, de diques o de teleféricos, para la adopción de dispositivos de seguridad, especialmente en la instalación o en el empleo de redes eléctricas o ascensores (38), para la explotación de salas de espectáculo, teatro o cine, de fábricas de pólvora o de fuegos de artificio, etc. Es por lo cual que comete una negligencia punible el contratista que obliga a ejecutar un trabajo peligroso empleando mano de obra tal como la de internados cuyas capacidades ignora y no sabe si puede concederles su confianza, sin controlar si las prescripciones impuestas son seguidas, y también el empresario de trabajos mineros que no ha obtenido concesión oportuna, y no se preocupa de la cons-

caso de homicidio por negligencia. *Bull. jur. pén.*, 1945, p. 48, núm. 111, y la sentencia del Tribunal de Casación del Tribunal federal, de 1 de marzo de 1957, en la causa B contra MP del cantón de Glaris, examinando quién debe ser considerado como el guía de un grupo que emprende una ascensión o una excursión en esquíes en montaña sin contratar un guía profesional, cuáles son los deberes de un guía, y en qué circunstancias hay violación por negligencia de estos deberes en una excursión de alta montaña con paso de glaciares; ATF 1957 (83), IV, p. 9, y *Bull. jur. pén.*, 1957, p. 71, núm. 125.

(35) Tribunal cantonal de Zurich, sentencia de 7 de noviembre de 1958, *Bull. jur. pén.*, 1960, p. 115, núm. 183, y *Zurcher Rechtsprechung*, 1960, p. 153, núm. 63.

(36) Sentencia del Tribunal de Casación federal, de 25 de marzo de 1942, en la causa Dreyer c. MP del cantón de Argovie, ATF 1942 (68), p. 16 y *Jour. Trib.*, 1942, I, p. 372.

(37) Sentencia del Tribunal de Casación federal, de 18 de diciembre de 1953, en la causa PG del cantón de Berna c. Salzmann, ATF 1953 (79), IV, p. 165, *Jour. des Trib.*, 1954, p. 99, y *Bull. jur. pén.*, 1954, p. 55, núm. 121.

(38) Caso de un encargado de almacén que tocó al dispositivo de protección de un ascensor utilizado por un niño para jugar y que dio lugar a que se le aplastara la cabeza entre la puerta y la jaula; negligencia y relación de causalidad entre el acto y el resultado reconocidos; sentencias del Tribunal de Casación en la causa MP de Thurgovie c. Scheible, de 28 de noviembre de 1947, ATF 1947 (73), IV, p. 227. *Jour. Trib.*, 1948, IV, p. 53. Otro caso de homicidio por negligencia debido a la supresión de un dispositivo de seguridad (concurso entre los artículos 117 y 230 CP), sentencia de 5 de abril de 1950 en la causa Wetter c. MP del cantón de Zurich, ATF 1950 (76), IV, p. 76.

titudin geológica del terreno y se conforma con un personal de ocasión e incompetente (39).

Pero nos guardaremos bien de generalizar y de suponer una negligencia punible fijándonos solamente en el resultado. No daremos más que dos ejemplos particularmente notorios, tomados de la jurisprudencia zuriquense: Por una parte, el de un jefe de tramoya de un teatro, inspector de la escena, acusado por la caída, desde más de cinco metros de altura, de un cantante, en la maniobra de descender el suelo del escenario para representar un naufragio, en el momento del ensayo general del "*Hollandais volant*", de Wagner: su culpabilidad por negligencia no fue reconocida, por falta de una responsabilidad establecida por disposiciones claras fijando la actividad y las responsabilidades de cada uno de los colaboradores (40). Por otra parte, el caso de un dentista cuya paciente, hipersensible a la acción de un gas hilarante empleado para la anestesia, se había, en una perturbación de la conciencia, tirado desde el balcón y quedó gravemente herida: La negligencia inconsciente descansa, en efecto, se declaró en la sentencia, o bien en la falta de observación del deber de atención, o bien sobre una falsa apreciación de lo que ha sido probado, teniendo en cuenta las previsiones, o, en fin, sobre la omisión del acto que hubiera debido ejecutarse respondiendo a lo que haya sido probado; habiendo observado el inculpaado todas las prescripciones, no se puede estimar contra él negligencia punible (41).

No es necesario decir que habrá que tener en cuenta un error de apreciación posible sobre los hechos, puesto que según los términos del artículo 19 de nuestro Código penal el autor que ha obrado bajo la influencia de semejante error "será juzgado de acuerdo con tal apreciación si ésta le es favorable". Es, sin embargo, "punible por negligencia si la ley reprime su acto como delito de negligencia cuando hubiera podido evitar el error usando las precauciones requeridas". Si lo ha hecho y no hay nada que reprocharle, no es reprobable y no puede ser castigado, por falta de culpabilidad. Incluso en el caso de que se haya equivocado en sus previsiones, puede, en efecto, este error no ser "culpable" cuando el autor "puesto frente a un riesgo imprevisible e inopinado, debe hacerle frente sin disponer de un tiempo de reflexión y, entre varias medidas posibles para evitarlo —por ejemplo, en el caso de un conductor puesto de repente frente a un usuario de la carretera que circula de una manera irregular por la izquierda, o en dirección prohibida—, no elige el modo más eficaz. No hay *faute* más que si, teniendo en cuenta la urgencia de la situación, la decisión tomada por el autor se manifiesta como defectuosa a primera

(39) Sentencias del Tribunal cantonal de Grisons, de 14 de mayo de 1943, *Praxis* KG Graubünden, y del Tribunal de Casación del cantón de Friburgo, de 17 de abril de 1944, *Bull. jur. pén.*, 1944, núm. 72.

(40) Sentencia del Tribunal cantonal de Zurich, de 12 de noviembre de 1944, *Zürcher Rechtsprechung*, 1955, p. 260, núm. 133.

(41) Sentencia del Tribunal 1 de distrito de Zurich, de 11 de noviembre de 1954, *Bull. jur. Pén.*, 7956, p. 2, núm. 2.

vista". Incluso si la maniobra no era, tras de reflexionar retrospectivamente, la mejor, es menester colocarse *en el momento* del peligro imprevisible o del error de hecho o de apreciación cometido, y este error y el comportamiento consecutivo no pueden serle reprochados en la medida en que pudieron, en el momento, aparecersele como razonables (42).

No es necesario decir tampoco, y es por lo que no insistimos sobre este punto, que debe existir, para que pueda castigarse, relación de causa a efecto necesaria y suficiente —en Suiza se admite el sistema de la *causalidad llamada adecuada*— entre el acto o la omisión, o sea la negligencia o la imprudencia que se puedan reprochar al autor, y las consecuencias dañosas que son objeto del proceso (43). El Tribunal federal ha precisado, especialmente en el caso de atentado por imprudencia a la seguridad de las vías férreas, que la relación de causa a efecto exigida por la ley existe cuando el hecho imputado al autor ha sido una causa necesaria, incluso sin ser la causa única o inmediata del resultado considerado, y cuando, según el curso normal de las cosas, era apropiado para ocasionar el resultado. No es decisivo el que los actos o las omisiones de terceros hayan contribuido también a él (44).

3. Cuando haya habido *violación de una regla* profesional, de una prescripción administrativa, de una disposición o de un reglamento, y un resultado delictivo se haya producido, tal como la muerte o una lesión corporal, un incendio, una explosión o un daño a la propiedad, se podrá en la mayor parte de los casos deducir que hay negligencia o imprudencia culpables del acusado, puesto que su acto es visiblemente "contrario al derecho". Pero esto no *resulta naturalmente* y no es en absoluto automático, tal como el autor del proyecto del Código penal suizo lo había hecho notar en su primer anteproyecto oponiéndose a la solución francesa (art. 319 C. p.) admitida principalmente por el código cantonal de Berna (art. 273). Del mismo modo que el autor puede hacerse culpable de homicidio o de lesión por negligencia incluso en el caso en que no haya violado una regla expresa, en especial en materia de circulación (45), puede ocurrir inversamente que

(42) MEYER, *Informe suizo en Lisboa*, loc. cit., p. 1114. Sobre el *error de hecho* y su importancia, ver, además de los Comentarios al artículo 19 CP, la tesis citada de BORCHERDJNG, *Schuld und Irrtum im schweizerischen und deutschen Strafrecht*, 1941.

(43) Ver especialmente, en doctrina: GULDIMANN, "Zur Lehre der strafrechtlich bedeutsamen ffausalität", *Rev. pén. suisse*, 1945 (59), p. 108, y, en el dominio particular de la circulación, GAUTSCHI, "Viderrechtlichkeit, Versthulden und Kausalzusammenhang bei Motorfahrzeug-und Fahrrad-Vergehen vom straf- und zivilrechtlichen Standpunkt ausbe trachtet". *Scheveizer, Jurister-Zeitung*, 1940-1941 (37), p. 343.

(44) Ver, en particular, la sentencia de principio de 25 de marzo de 1942 en la causa Dreyer c. MP de Argovie, ATF 1942 (68), p. 16; ver las sentencias ulteriores de 8 de junio y 29 de junio de 1951, ATF 77, IV, pp. 184 y 178.

(45) Ver el caso de negligencia culpable del chófer que permite imprudentemente a dos personas permanecer durante varios kilómetros sobre el estribo

la violación de un reglamento no sea asimilable *ipso facto* a la negligencia o a la imprudencia "culpable" en el sentido del Derecho penal y deba ser sancionada penalmente, desde el momento en que el Derecho penal no admite, como ocurre en el código suizo, la infracción *formal* —aunque se trate de una simple contravención— por la sola inobservancia de una disposición legal prohibitiva o imperativa, sino que exige en todos los casos que una *faute**, en el sentido que la hemos analizado, haya tenido lugar y sea *establecida*. Porque aun en tal caso no hay negligencia culpable y punible si verdaderamente el autor ha tomado todas las precauciones exigidas desde el punto de vista humano para evitar el resultado; a veces, incluso, la prudencia exigirá el obrar contrariamente a las prescripciones reglamentarias, por ejemplo, el cruzar o adelantar en sentido contrario a las ordenanzas, para evitar consecuencias más graves.

Por otra parte, el juez en fin, al apreciar la *faute*, tendrá en cuenta el margen de *peligro especial* que presentan *normalmente* ciertas situaciones y obligaciones profesionales, sean terapéuticas, científicas, deportivas, o de otra clase, tales como las del cirujano, del corredor automobilista o del piloto de ensayo, y en el día de hoy del cosmonauta, que el derecho admite porque la utilidad social está por encima del riesgo que ellas implican. Pero, aun en tal caso, una actitud *imprudente o peligrosa* es contraria al derecho; el deber de la prudencia no persiste menos en ellas y debe ser respetado en la proporción misma del riesgo superior. "El médico no puede retroceder ante una intervención audaz o el ingeniero ante una construcción atrevida. No cometen "falta" obrando de tal suerte. Pero... por ello se encuentran mucho más obligados a tomar todas las medidas apropiadas a evitar todos los peligros que afrontan. Del mismo modo que los jefes militares cuando se ven obligados a ordenar unos ejercicios peligrosos, deben (46) velar, en virtud medio de las oportunas precauciones, por la reducción, en la medida de lo posible, del margen de riesgo al cual no pueden sustraer a sus subordinados" (47).

§ 2. La sanción de la "faute" y la fijación de la pena

1. El juez *abrecciará por consecuencia obligatoriamente la "faute"* ("culpa"), en cada caso, de acuerdo con los criterios indicados, es decir, teniendo en cuenta la situación personal del autor y las circunstancias más o menos peligrosas en las cuales éste se encontraba. No

de un tractor agrícola, ATF 78, IV, p. 73, *Journ. Trib.*, 1952, IV, p. 160, *Bull. Jur. pénd.*, 1952, p. 41, núm. 99, y p. 71, núm. 146.

* Aquí aparece claramente la necesidad de la "culpa".

(46) Las disposiciones del Código penal militar suizo de 13 de junio de 1927 sobre la intención, la negligencia y el error de hecho o de derecho (art. 15 a 17), han sido puestas en armonía con las del Código penal ordinario de 1937 (art. 18 a 20) por la ley de 12 de junio de 1941 y son actualmente idénticas.

(47) MEYER, ob. cit., p. 1114.

admitirá la negligencia más que cuando subjetivamente el agente hubiera podido y debido prever y evitar el mal que hubiera causado sin desearlo y cuando, objetivamente, no hubiese obrado con la prudencia y atención exigida por la situación. Si se ha ajustado a estas condiciones —y el juez se hará informar por peritos calificados cada vez que la situación, o la actitud del agente, o el carácter peligroso, son dudosos o discutibles— el autor no incurre en la sanción de derecho represivo, pero puede naturalmente estar obligado a la reparación civil. El derecho represivo no puede exigir ir más allá porque estima, como el buen sentido popular, “que nadie está obligado a hacer aquello que es imposible”.

Porque entonces se cae en el *caso fortuito* o en el “accidente casual”, o sea, en lo imprevisible, donde el resultado ha llegado sin que pueda imputarse falta alguna al autor. El límite puede ser difícil de trazar aquí en ciertos casos, como lo es en la forma superior de la negligencia consciente en relación con el dolo eventual: no hay más que evocar la colisión quizá fatal que puede ocurrir en la niebla o sobre la escarcha o el hielo, sin culpa por ninguna de las partes. Será una cuestión a resolver en cada caso particular cada vez por el juez a la vista de las condiciones personales y de hecho. Se quisiera que hubiese siempre no solamente la prudencia, la sabiduría y la experiencia, sino además *la formación del espíritu y la psicología* necesarias para haberlo, porque nos preocupamos todavía bien poco en nuestros días de las cualidades criminológicas y psicológicas que debiera tener el magistrado penal, y que serían tan deseables —por no decir indispensables— entre otros dominios, en el de la apreciación de la negligencia o de la imprudencia que descansan tan estrechamente sobre “datos subjetivos”, y suponiendo el conocimiento del hombre, el de su personalidad, el de sus móviles, y el de sus reflejos de acción, de juicio y de previsión.

Sea lo que fuere de este postulado y cualquiera que sea su importancia, cuando, habiendo sido realizada la obra según los métodos y garantías del procedimiento, el autor se supone cubierto, en cuanto a las exigencias “subjetivas” porque no había posibilidad de prever lo que ha ocurrido y en cuanto a las exigencias “objetivas”, porque ha prestado la atención y tomado las precauciones que podía esperarse de él en razón de las circunstancias, no hay, por tanto, “culpabilidad”, y, por consecuencia, según el Código penal suizo (de modo distinto a lo que ocurre en la legislación especial o complementaria que haya conservado el sistema “objetivo” antiguo y que no contenga disposición expresa contraria, de acuerdo con el art. 333 del Código penal) (48) *no hay infracción punible* ni sanción penal.

Por el contrario, si tal no es el caso y no se reconoce que estas exigencias han sido observadas, el juez examinará si el acto incriminado es punible en caso de negligencia, o solamente de comisión intencional,

(48) Hablaremos más adelante de esta disposición esencial del artículo 333 CP y del dualismo embarazoso, y a veces chocante, que ella implica.

puesto que la negligencia no es punible más que en los casos en que la ley lo *prevé expresamente*, en lo que concierne al Código penal suizo, o sea:

— En caso de homicidio o de lesiones corporales o de atentados contra la salud (art. 117 y 125).

— En caso de incendio y de puesta en peligro de la seguridad pública por explosión, inundación, daño en las instalaciones eléctricas e hidráulicas y en las obras de protección contra los aludes y las avalanchas; o de violación de las reglas del arte de la construcción, supresión, deterioro u omisión de aparatos protectores para prevenir los accidentes en las fábricas y en las explotaciones, o los accidentes de máquinas en general (art. 222 y 225 a 230).

— E igualmente en los casos de puesta en peligro de la salud pública por la propagación de enfermedades peligrosas, de epizootias y de parásitos peligrosos para el cultivo agrícola o forestal, de contaminación del agua potable y de alteraciones de los piensos (artículo 231 a 236).

— Finalmente, en casos de puesta en peligro de las comunicaciones públicas por tierra, agua o aire, y de obstáculo al servicio del ferrocarril y al interés general de los transportes, correos, teléfonos y telégrafos, instalaciones o establecimientos al servicio de la distribución pública de agua, de luz, de energía o de calor (art. 237 a 239).

2. En cuanto a la *fijación de la pena*, el sistema fundamental del derecho suizo quiere que se insista teórica y prácticamente sobre los puntos siguientes:

a) Se recordará que la *culpabilidad* es el fundamento mismo de la fijación de la pena según el artículo 63 del Código penal suizo, y que esta disposición ordena al Juez hacerlo “de acuerdo con la culpabilidad del delincuente, teniendo en cuenta los móviles, los antecedentes, y la situación personal de este último”. Es por tanto evidente que los factores personales previstos en el artículo 18 sobre la negligencia, “que están referidos a los rasgos esenciales y permanentes del carácter del autor o que sean de naturaleza circunstancial”, constituyen uno de los elementos de medida para la pena, al lado de los móviles y de los antecedentes, expresamente previstos en el artículo 63. “Esto quiere decir que la *situación personal* del delincuente interviene en la decisión del juez bajo un doble punto de vista: en el examen de la *faute* no intencionada y en la determinación de la pena, donde el concepto de la “culpabilidad” es más amplio y más general que el de la *faute* del artículo 18, y permitirá entonces tomar en consideración también los *componentes morales* de la personalidad del autor, de los cuales se ha hecho abstracción al juzgar sobre la existencia de una negligencia en sí. En otros términos, la medida de la pena no dependerá solamente de la gravedad de la negligencia, sino de toda la personalidad del autor (49).

Y cuando hablamos de la gravedad de la negligencia y de la *faute*

(49) MEYER. ob. cit., pp. 1116 ss.

como medida de la represión, esto significa que el juez no calculará sobre el *resultado y su gravedad* en tanto que tales, sino solamente en la medida en que este resultado y su gravedad eran previsibles o hubieran debido ser previstos y están implicados por ello en la gravedad de la *faute* subjetiva cometida. Porque cuando la amplitud del daño corresponde a un riesgo particularmente grave, el autor estaba obligado a observar unas precauciones particulares y su omisión aumenta su culpabilidad. Todo nuestro sistema confirma que no es en sí el resultado material lo que es decisivo, puesto que, por ejemplo, las penas previstas para el homicidio por negligencia (art. 117), son, en el cuadro legal, las mismas que las previstas para las lesiones corporales por negligencia (art. 125), es decir, la prisión o la multa en sus límites ordinarios, sin precisión de un mínimo o de un máximo necesariamente más elevado en el caso del resultado más grave, es decir, del homicidio. Igualmente, para tomar el ejemplo de la nueva ley de 19 diciembre 1958 sobre la circulación por carretera, que es la más importante en materia de delitos cometidos por negligencia, la pena prevista para el automovilista "culpable" * y que haya creado un riesgo para la vida o la integridad corporal de tercero es la prisión o la multa, aun cuando considerada la "faute", no haya llegado a causar ningún daño (art. 90). Si por otra parte, aun en el dominio de la tentativa, o sea, en los grados de realización material de la infracción (art. 21 a 23 C. p.), nuestros legisladores han previsto simplemente la *facultad*, y no la obligación para el juez, de proceder a una atenuación de la pena con relación a aquella del delito consumado, esto significa claramente que el legislador suizo se ha separado en principio del sistema de la "determinación objetiva" de la pena según el resultado; y si numerosos jueces, en la práctica, tienen todavía en cuenta la importancia del daño en sí para la fijación de la pena, es sencillamente por tradición, y porque sin duda no han asimilado perfectamente el nuevo sistema del Código de 1937.

b) *Prácticamente*, puesto que el juez *debe* fijar la pena teniendo en cuenta toda la *personalidad del autor*, los móviles a que ha obedecido y su situación, está claro que en las infracciones involuntarias el juez va a dedicar una atención particular al *lazo psicológico* que exista entre la personalidad del autor y la *faute* que haya cometido.

Es por lo que la doctrina criminológica (jurídica, médica, sociológica) ha buscado las posibilidades en definición de ciertos *tipos* de delincuentes involuntarios distribuyéndolos en categorías determinadas, desde luego aproximadas y sometidas a la posibilidad de *interferencias múltiples*, no hay necesidad de decirlo (50). Algunas de estas infracciones son debidas al déficit de sentido moral o altruista del

* N. del T. Traducimos aquí, por considerar es la más correcta, la palabra "fautif" por "culpable", con referencia a la culpabilidad "culposa", o por negligencia.

(50) Sobre este sistema, ver el estudio del profesor FREY, citado más abajo, en cuanto a la "Reobjektivierung des Strafrechts", ad. V, "Die wichtigen Tätertypen", pp. 27 ss.

autor (automovilista o empresario, por ejemplo), cuyo comportamiento revela un carácter antisocial, un egoísmo o una falta de delicadeza fundamental, anormal, hacia los intereses de los demás; otras son debidas, más generalmente, a la ineptitud, ordinaria o profesional, física o mental, a la torpeza o a la incapacidad; otras, finalmente, resultan de desfallecimientos o de perturbaciones ocasionales, tales como la fatiga, el cansancio, la preocupación de espíritu o la distracción, por parte de delincuentes quienes ordinariamente no caerían en semejante falta de previsión o de atención. Es evidente que las distintas categorías no representan el mismo peligro social y que no puede, por lo tanto, referirse a unos esquemas de clasificación más o menos estereotipados. Es, en consecuencia, justamente, “escrutando los resortes profundos que han llevado al delincuente involuntario a perturbar el orden social, mucho más que sopesando la gravedad objetiva de la *faute* cometida y buscando cuál es su género y su naturaleza, como será posible el determinar juiciosamente la pena a aplicar en cada caso” (51).

Además, como lo ha hecho observar el informe suizo al congreso de Lisboa, es necesario que el juez no olvide, al fijar la pena, la intensidad con que ésta será sentida por el recurrente, y la desconsideración más o menos grande y duradera que pueda arrastrar para él. El público es, en efecto, indulgente hacia las *fautes* no profesionales, hacia aquellas que cada uno puede cometer y que comete con frecuencia él mismo, pero no olvida y casi no perdona —y los medios profesionales todavía menos— una condena por una *faute* profesional. “Mientras el automovilista sale con la cabeza erguida de la sala de audiencias, tras haber sido reconocido culpable de homicidio por negligencia, es con el sentimiento de un atentado definitivo y a su honor profesional, como el empleado de ferrocarriles acoge la sanción que se le aplica por la avería de un vagón de mercancías debida a un error de manejo de las agujas”; y el elemento condenatorio y de desconsideración aumentan con las exigencias profesionales y la situación social, “el médico, el farmacéutico, el ingeniero, cuya *faute* profesional se reconoce en un juicio penal, sufren un golpe difícilmente reparable en su reputación”, y por ello un perjuicio moral y financiero que sobrepasan con mucho la pena propiamente dicha. Por

(51) MEYER resume estos elementos, pp. 1119 ss. Hay, naturalmente, que estudiar las actas del congreso, coloquios y cursos especializados organizados sobre los problemas de los delitos por negligencia, modo de prevenirlos y su sanción, tales como el 1.º Congreso Internacional sobre la *Prevención*, organizado en Milán por la Sociedad Internacional de Defensa Social en 1956 (ver *niformes y proposiciones de síntesis*, GRAVEN, *Rev. int. de criminologie et de police technique*, 1956, núm. 2, pp. 137 ss., IV Congreso Internacional de Defensa Social), o más particularmente sobre los problemas de delitos de circulación y, ante todo, los cursos especiales organizados por la Sociedad Internacional de criminología (Bruselas y Viena), los estudios y debates de la Organización Internacional de policía criminal y de la Federación Internacional de los funcionarios superiores de policía, etc., sobre los cuales no ha lugar a ocuparse en este trabajo.

ello, los jueces deben “no solamente mostrarse circunspectos en la afirmación de una *faute*, sino igualmente tener en cuenta, al fijar la pena, las consecuencias que pueden seguirla”.

§ 3. *La naturaleza y la aplicación de la sanción*

En cuanto a la *pena*, el Código penal suizo califica como “crímenes” las infracciones penadas con reclusión como sanción más grave”, “delitos”, las infracciones penadas con prisión como sanción más grave, conjuntamente con la multa casi siempre prevista (art. 9), y “contravenciones” las infracciones penadas con detención o multa, o solamente con multa (art. 101). La reclusión, pena calificada como deshonorante puesto que arrastra obligatoriamente la privación de los derechos civiles por un tiempo de dos a diez años (art. 52 C. p.), no ha sido jamás prevista para las infracciones por negligencia. Para todas las que prevé el Código penal y que hemos enumerado, la pena legal principal (hablaremos más adelante de las penas accesorias) es regularmente “el arresto o la multa”, sin fijación especial de su cuantía. El juez tiene, por consecuencia, la posibilidad, en virtud de las disposiciones generales que rigen estas penas, de fijar, según la culpabilidad, una multa que, normalmente y salvo disposición contraria expresa de la ley, puede alcanzar hasta 20.000 francos suizos como máximo, aparte del caso de las contravenciones en sentido estricto (art. 48, p. 1), o un arresto que puede alcanzar de tres días a tres años como máximo (art. 36, ap. 1); quedando en libertad de acumular el arresto y la multa alternativamente previstos, si las circunstancias y la gravedad de la falta (especialmente en los casos de desprecio absoluto de la seguridad o los intereses de tercero), se lo hacen apreciar como indicado (art. 50, pár. 2).

a) La prisión se cumple en un establecimiento o sección de establecimiento penal afectado a este destino, sin mezcla posible con los reclusos, bajo el régimen progresivo habitual, con posibilidad de liberación condicional una vez cumplidos los dos tercios de la pena (más de tres meses por lo menos), si el detenido se ha conducido bien en el establecimiento, si ha lugar a prever que se conducirá bien también en libertad, y si, por otra parte ha reparado, en la medida en que podía esperarse de él, vistas las circunstancias y su situación personal, el daño fijado judicialmente o de acuerdo con el perjudicado (arts. 36 y 38 CP). No conocemos más formas particulares de la pena privativa de libertad que se aproximen a la simple detención o a la “custodia honesta”, que se practicaban anteriormente en los cantones de Neuchâtel y de Tessin (52). Pero la prisión no puede llevar consigo la privación de los derechos civiles —por su duración de uno a cinco

(52) Ver especialmente, aparte de los Comentarios al Código penal y los trabajos preparatorios sobre las penas privativas de libertad, nuestro estudio sobre “El sistema penitenciario suizo”, aparecido en la publicación de conjunto *Les grands systèmes pénitentiaires actuels*, vol. I, Sirey, 1950, especialmente pp. 349 ss.

años como máximo— más que en caso de que la infracción cometida “denote en su autor la bajeza de carácter” (art. 52, ap. 2), lo que será más bien raro en los delitos de negligencia y no se presentará apenas más que en casos de infracciones que comprometan las comunicaciones, la salud o la seguridad públicas y cometidas, por ejemplo, con reincidencia o con falta de cuidado (embriaguez repetida al volante) o una avaricia verdaderamente chocantes. No hemos llegado en Suiza todavía a la idea de la “semidetención” o a los “arrestos fin de semana”, sufridos en establecimientos distintos, o a la segregación de los “delinquentes de la circulación” en sí, establecido de forma que no se confundan con los verdaderos criminales (53).

En cuanto a la *multa*, que será la pena ordinaria que corresponda a las infracciones por negligencia o imprudencia, ya sabemos con qué cuidado su fijación, su cobro y su individualización han sido regulados en el Código penal suizo, a fin de permitir que pueda adaptarse a cada caso particular y ser más eficaz (54). El Código dispone, y se trata de una regla imperativa, que “el juez fijará el importe de la multa con arreglo a la situación del condenado, de manera que el perjuicio que éste sufra constituya una pena correspondiente a su culpabilidad”. Y, “para apreciar la situación del condenado, el juez tendrá en cuenta especialmente los elementos siguientes (el juez puede también tomar otros en consideración): renta y capital, estado civil y cargas de familia, profesión y ganancias profesionales, edad y estado de salud” (art. 48, ap. 2). Además, el conceder plazos para el pago, que pueden ser prorrogados por el juez en caso de necesidad, la posibilidad de pagar por ingresos parciales, e incluso por medio de una prestación de trabajo (por cuenta especialmente del Estado o de una municipalidad), en el caso de falta de recursos, aseguran unas facilidades inestimables para condenado que las merezca. Porque no se ha querido convertir automáticamente la falta de pago en pena privativa de libertad, en perjuicio del condenado más desprovisto de medios, que puede ser, sin embargo, el que tenga más merecimientos, y el que, precisamente, tenga más necesidad de continuar su vida profesional y de no ser privado de sus ingresos. También puede el juez “excluir la conversión cuando el condenado le haya aportado la prueba de que, contra su voluntad, se encuentra ante la imposibilidad de pagar la multa”, la cual tampoco será exigida por vía de apremio más que en el caso de que “se pueda esperar un resultado positivo” (art. 49 CP).

(53) Hemos hablado de la experiencia hecha (en aplicación de una circular del Ministerio de Justicia de 15 de marzo de 1963) en Bélgica, en nuestra exposición “La revisión des concepts sur les courtes peines privatives de liberté”, *Revue pén. suisse*, 1963, p. 426, y Nota 5, p. 433, remitiéndonos especialmente al artículo de Mr. Paul CORNIL, en la *Rev. de Droit pén. et de crim.*, Bruselas, abril 1963, núm. 7, p. 607.

(54) Consultar también, además de los Comentarios del Código sobre la pena pecuniaria, especialmente: ALÍ HASSAN, *L'amende pénale dans les droits modernes et spécialement dans le Code pénal suisse*, tesis, Ginebra, 1958, con las referencias bibliográficas.

b) Este sistema, altamente humano y razonable, se hace todavía más flexible con la aplicación de la *suspensión de la ejecución de la pena*: Es posible concederla para la prisión cuando ésta no sea mayor de un año, lo que es muy frecuente en los delitos de negligencia, a condición de que el autor no haya sufrido una pena privativa de libertad por crimen o delito intencional, en Suiza o en el extranjero, durante los cinco años que hayan precedido a la infracción. Pero también, y sobre todo, "si los antecedentes y el carácter del condenado hacen prever que esta medida es capaz de evitar el que cometa nuevas infracciones y si, en la medida en que pueda esperarse de él, ha reparado el daño fijado judicialmente o por acuerdo con el ofendido" (art. 41, párr. 1), dando así una prueba de su voluntad de reparar y de enmendarse. Estas condiciones personales y *subjetivas* serán importantes y, en último análisis, decisivas para que se conceda o se rehusa la suspensión con conocimiento de causa a fin de que conserve sus efectos benefactores. No hay, por tanto, en Suiza, una "*suspensión de favor*" o una suspensión casi automática para la primera condena, lo que puede ser muy práctico con respecto a ciertas personas, contratistas, jefes de empresa y automovilistas especialmente, cuya negligencia o imprudencia particularmente grave e incluso cínica, y el resultado muy grave que pueda ocasionar según las circunstancias (verdaderas catástrofes o múltiples casos de muerte), justifiquen ciertamente la ejecución de una sanción sin debilidades (55).

Por el contrario, la suspensión no es posible para la *multa* en nuestro derecho (art. 41, párr. 1, ap. 1), salvo en el caso en que el condenado no hubiese pagado a pesar de las facilidades dadas, en cuyo caso se convertiría en arresto (art. 49, núm. 3). o sea, en la pena inferior de privación de libertad que alcanza de un día a tres meses como máximo (art. 39, núm. 1). Se ha considerado, en efecto, la suspensión como una medida propia para evitar las penas cortas de privación de libertad y sus nefastos efectos, cuando esta cuestión fue discutida y generalizada en Suiza, donde ciertos cantones solamente la conocían, y no como un medio eficaz para la readaptación social del condenado de buena voluntad, como es más lógico y más frecuente considerarla en el día de hoy. Lo que se puede lamentar desde el punto de vista de la política criminal resueltamente educativa y social.

Se ha planteado un problema en materia de delitos por negligencia en los casos, tan frecuentes, de los accidentes de la circulación precisamente, a propósito de la *negación de suspensión* por motivos de *prevención general* y de ejemplaridad, fuera de las condiciones personales estrictas de concesión que habían sido previstas por el le-

(55) Sobre el problema, las condiciones y el sentido del *sursis* en Suiza, ver al lado de los comentarios del artículo 41, especialmente BERGER, *Le système de probation anglais et le sursis continental*, tesis, Ginebra, 1953 para Suiza, II parte, pp. 145 ss., así como GRAVEN, "Le système suisse du sursis conditionnel", Ginebra, 1952, y "Le sens du sursis conditionnel et son développement", *Rév. pen. suisse* (Mélanges Thormann), 1954, pp. 261 ss.

gislador. Esto, en verdad, representa el añadir nuevas condiciones materiales a aquellas que han sido establecidas por la ley y modificar ésta, lo que el juez no tiene poderes para hacer. Sin embargo, ha precisado a continuación el Tribunal federal, cuando la denegación puede justificarse por unos motivos sacados de antecedentes, de la mentalidad y del carácter del delincuente, en particular de su carencia de escrúpulos y de su desprecio a la vida y a la seguridad de los demás, no está prohibido el reforzarlos también por medio de consideraciones deducidas del efecto preventivo de la pena y de poner de manifiesto, por ejemplo, que, vista la frecuencia de la infracción particularmente peligrosa para la colectividad, se justifica el examinar con una severidad mayor las perspectivas de enmienda del condenado. La decisión no puede fundarse únicamente, o principalmente, en razones de este género, pero éstas no están absolutamente excluidas, su importancia accesoria puede ser también grande y legítima para la denegación de la suspensión. En los casos graves de ausencia de escrúpulos, o en los de reincidencia, en los que se puede dudar seriamente de que la concesión de la suspensión tendría por efecto el corregir al delincuente, la denegación es no solamente posible, sino necesaria y conforme a la intención del legislador (56).

Una conducta gravemente ligera, peligrosa y culpable no merece, en efecto, ninguna indulgencia, y, por otra parte, las *circunstancias agravantes* generales de la reincidencia y del concurso (no solamente material, sino ideal, especialmente en las disposiciones de la legislación especial sobre la circulación por carretera, la seguridad de los ferrocarriles, el ejercicio de la profesión médica, las reglas administrativas y técnicas impuestas a ciertas empresas, etc.) deben ser, naturalmente, tomadas en consideración para la fijación agravada de la pena en la medida prevista por el Código (arts. 67 y 68), aun en el caso de la negligencia.

c) Está claro, en cambio, que el juez, para fijar la pena, tendrá equitativamente en cuenta las *circunstancias atenuantes* que pudieran existir. Estas circunstancias, en el sistema suizo, no son las circunstancias indeterminadas, llamadas también "morales" o "judiciales"; dejadas a la discreción del juez, y por ello, quiérase o no, a la deci-

(56) Ver la sentencia de principio del Tribunal federal, de 11 de julio de 1942, en la causa Tornare, ATF, 1942 (68), IV, p. 76, cons. 3, y, seguidamente; las diferentes sentencias confirmando la justificación de denegación a unos conductores de vehículos automóviles causantes de graves accidentes por negligencia y carencia de escrúpulos, ATF, 1947 (73), IV, p. 115; 1948 (74), IV, p. 135 y 195 (*Journ. Trib.*, 1948, pp. 162 y 1949, p. 53); 1950 (76), p. 73) y, para la aplicación por los Tribunales cantonales, especialmente los de Vaud, Berna, Friburgo, *Bull. jur. pén.*, 1950, p. 4, núm. 16, 1951, p. 34, núm. 94, y p. 35, núm. 97, etc. Ver GRAVEN, "Le système suisse du sursis", ob. cit., p. 57. Ver especialmente a este respecto a HAUETER, *Der bedingte Strafvollzug bei Motorfahrzeugdelikten*, tesis, Zurich, 1948, y, sobre las relaciones entre la violación de las reglas de la circulación y la negligencia penal punible; LATSCH, "Verkehrsvorschriften und strafrechtliche Fahrlässigkeit", *Schweizer. Juristen-Zeitung*, 1937-1938 (34), p. 353.

sión arbitraria; están fijadas por el propio legislador, es decir, son "legales", y es únicamente su apreciación y su aplicación en tal caso particular lo que queda en manos del poder judicial, desde luego, muy grande. Se tratará con más frecuencia, en tal dominio, de las circunstancias que reconoce el legislador cuando el culpable "hubiese manifestado por medio de actos un sincero arrepentimiento, especialmente cuando espontáneamente hubiese reparado el daño en la medida que hubiese podido esperarse de él"; o aún, "cuando hubiera transcurrido después de la infracción un tiempo relativamente grande y que el delincuente se hubiera conducido bien durante ese lapso" (art. 64), demostrando así un grado de peligro, o de perversidad, o de riesgo de reincidencia menor que justifica la atenuación de la pena dentro del margen autorizado por la ley (atenuación llamada simple, del artículo 65 CP). Las razones para disminuir el límite ordinario de la pena son justas, y socialmente beneficiosas, en tal caso: "El magistrado las encontrará con mayor frecuencia en los móviles del acto y en las circunstancias que lo han provocado; a veces también en la manera de obrar del delincuente, una vez cometida la infracción: porque un arrepentimiento sincero y activo prueba cuan poco respondía el delito a la personalidad verdadera de su autor, puesto que éste se rebela por sí mismo contra su obra" y quiere repararla; "se debe interpretar de la misma manera el hecho de que haya pasado largo tiempo después de la infracción sin que haya habido recaída", y este hecho adquirirá tanta más importancia cuanto que la ausencia de reincidencia haya sido de mayor duración y que la necesidad de represión se haya ido debilitando (57).

2. Al lado de la pena ordinaria, unas penas *accesorias* y unas *medidas* preventivas y tutelares pueden ser tomadas en consideración. Estas juegan un papel relativamente importante en materia de delitos por negligencia o imprudencia (58).

Estas sanciones accesorias y estas medidas pueden ser establecidas igualmente por el derecho federal como por el derecho cantonal (en lo que concierne particularmente a las leyes cantonales sobre cuestiones facultativas médicas y parafacultativas, profesionales y de policía, la vigilancia, las autorizaciones previas para ejercer una actividad, para construir, para explotar ciertos establecimientos, etc.). En cuanto al derecho federal, puede tratarse de las que prevé el Código penal, o de las que prevén las leyes federales especiales o complementarias.

En cuanto a las penas accesorias del *Código penal*, nos vamos a

(57) Así, ZURCHER, "Exposé des motifs de l'Avant-projet de 1908", p. 101.

(58) Sobre el espíritu, la aplicación y los límites de las diferentes penas accesorias y medidas que nosotros mantenemos, ver, para la génesis de los proyectos y de la ley actual, ZURCHER, "Exposé des motifs d'avril 1908", pp. 92 ss. y 97. Consultar los "Comentarios du Code sur les art. 51 ss. et 61 CP, así que, entre otros estudios generales, GRAVEN, *les peines et les mesures du droit pénal suisse*, Cedam, Padoue, 1952, tirado aparte, pp. 28 y 43.

limitar a indicar aquí las que más frecuente y útilmente pueden encontrar su aplicación en este dominio:

a) cuando una infracción grave (crimen o delito) ha sido cometida en el ejercicio, subordinado a una autorización oficial, *de una profesión, de una industria o de un comercio* (como la que se exige para el caso de los médicos, farmacéuticos y comadronas, los agentes comerciales, contratistas, propietarios de establecimientos de bebidas o de cines, etc.), y cuando esta infracción ha supuesto, incluso por negligencia, una pena privativa de libertad superior a tres meses, el juez podrá *prohibir* el ejercicio temporal, por una duración de seis meses a cinco años. “si ha lugar a temer nuevos abusos” (art. 54 CP). Se parte, en efecto, de la idea de que el Estado, al conceder una autorización, una concesión o una patente oficial, compromete en cierto modo al público a conceder su confianza al que es titular de ella, y debe, por consiguiente, velar para que no se abuse de tal privilegio y para que el público esté efectivamente protegido. El juez determina la duración de la prohibición de ejercitarlo, en cada caso, según la necesidad de protección particular. La prohibición está amparada por una sanción, en el sentido de que su violación constituye una contravención punible con pena de arresto o multa (art. 294 CP). Para permitir que este principio sea útil socialmente, suprimiendo aquello que pudiera ser demasiado perjudicial para el que se encuentra sometido a él y al que se podría colocar, a consecuencia del abandono de su actividad profesional y de sus posibilidades de trabajo, en una situación demasiado difícil, pudiendo llegar a impedir su reintegración al trabajo o incluso impulsarle a otras infracciones, unas disposiciones matizadas permitirán, por ejemplo, el suspender, por vía de ensayo, la prohibición del ejercicio profesional pronunciada, en el caso de liberación condicional merecida (lo que no es posible, desde luego, más que cuando ha habido ejecución de una pena de tres meses por lo menos, de acuerdo con el art. 38 CP).

b) La prohibición de frecuentar los *establecimientos de bebidas* (art. 56), de la cual ha podido decirse que es por tradición una sanción accesoria “típicamente suiza”, está destinada a luchar contra la multiplicidad de delitos en relación con el alcoholismo, más que a castigar al que está sometido a ella por autoridad de justicia; podrá ser particularmente aplicada a los automovilistas en estado de embriaguez o que abusen del alcohol (59). La decisión es siempre facultativa y limitada a una duración de seis meses a dos años, pero también podrá aplicarse cuando la infracción “provenga del uso inmoderado de bebidas alcohólicas”, cualquiera que sea la pena pronunciada, es decir, aun en el

(59) El Tribunal de Casación federal ha confirmado especialmente en una sentencia de 25 enero 1952 en la causa Flury contra MP del cantón de Schaffhouse, que la prohibición del acceso a los albergues (art. 56 CP) puede pronunciarse también como pena accesoria en caso de contravención a la ley sobre circulación de vehículos y bicicletas (art. 65, ap. 3 de la ley de 1932) ATF, 1952 (78), IV, p. 67; ver los motivos en la trad. francesa, *Jour. Trib.*, 1952, IV, p. 82 ss.

caso de prisión inferior a tres meses, o de arresto o de multa. Los cantones determinan la publicidad que deba darse a la prohibición, cuyos efectos, según las circunstancias, pueden limitarse a un territorio determinado. La infracción de esta prohibición pronunciada se convierte también en contravención punible, tanto para el propietario del albergue o establecimiento de bebidas cuando podía conocer la prohibición, como para el que está sujeto a ella (art. 295 CP).

c) Una *medida* particularmente eficaz podrá ser la *publicación de la sentencia* (art. 61), que el Código penal suizo no clasifica ya entre las “penas accesorias”, y cuya naturaleza puede, en efecto, ser jurídicamente discutida. Pero lo que importa es su objeto y eficacia. La publicación puede justificarse del mismo modo en interés de la protección pública que en el de quien haya sido objeto de la condena, a título de advertencia y, en particular, en caso de reincidencia. El uso establece la publicación de ciertos fallos pronunciados especialmente contra los automovilistas que causan reiteradamente accidentes, sea bajo la influencia del alcohol, sea por su comportamiento gravemente culposo y sin escrúpulos. El Tribunal federal lo ha confirmado en varios casos: Hay un “interés público” en el sentido de esta disposición “especialmente cuando se hace sentir la necesidad de divulgar un fallo para apartar a otras personas de cometer unas infracciones semejantes o idénticas”, es decir, por motivos de prevención general, si la frecuencia de tales infracciones o unas circunstancias de esa especie “hacen esta medida particularmente necesaria” (como la jurisdicción federal lo había reconocido ya en los casos de adulteración de la leche, y especialmente también, para los delitos de puesta en peligro de la circulación y de las comunicaciones públicas). El juez de la causa aprecia libremente si existen motivos imperiosos de prevención general. Pero la publicidad puede también justificarse por “la necesidad de apartar, por medios apropiados, al condenado mismo de cometer una nueva falta grave, con el fin de proteger la colectividad contra él”. Tanto la noción de interés público y la prevención como la intimidación al condenado mismo cuando muestre su desprecio por la seguridad, la integridad corporal o la vida de los demás, legitiman este modo de obrar (60). Es evidente que la misma disposición puede y debe también, y por las mismas razones, aplicarse, por ejemplo, a empresarios de trabajos o de construcciones que violasen gravemente las reglas de previsión o hiciesen prueba de una falta de escrúpulos o de un egoísmo peligroso (61).

d) En fin, todos sabemos que en los casos, cada vez más numerosos, de accidentes por negligencia imputables a los automovilistas

(60) Trib. de Casación federal, sentencias de 3 de mayo de 1952 en las causas Rentsch c. MP del cantón de Zurich, y Walser c. el mismo, ATF, 1952 (78), IV, p. 11 y 17, trad. de la primera sentencia *Jour. Trib.*, 1952, IV, p. 11.

(61) Ver sobre este punto la tesis completísima de BENDEL, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei der Verletzung der Regeln der Baukunde* (art. 229 CP), en general, pp. 84 ss. sobre la negligencia, pp. 91 ss. sobre la sanción, pp. 109 ss., sobre el concurso ideal (tan frecuente) con otras disposiciones, p. 112, con la doctrina y jurisprudencia.

ebrios o sin escrúpulos, la medida usual, recomendada y generalmente la más sensible, es la retirada del *permiso de conducir*, durante un plazo determinado (concurrente con el embargo temporal posible del coche). La ley federal de 1958 sobre la circulación pública prevé la retirada del permiso (art. 16), sea cuando el titular no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones necesarias para su obtención o su conservación (por ejemplo, como consecuencia de enfermedades psíquicas o mentales o de insuficiencias que le hagan inepto para conducir sin peligro de terceros, y en este caso la supresión es independiente de la comisión de una infracción y no tiene carácter penal, sino administrativo), sea cuando el titular haya cometido faltas (voluntarias o involuntarias) que obligan a considerarle como peligroso para la seguridad de los demás. Aun en este caso, el legislador no ha querido considerar la retirada del permiso como una "*pena accesoria*" (con relación a la prohibición profesional del art. 54 CP), sino que lo clasifica como una simple "*medida*" cuya decisión se reserva no al juez penal, sino a la administración. Bien que se haya invocado la lentitud de los procedimientos judiciales y los inconvenientes posibles de una dualidad de competencia (según que el permiso sea retirado en ocasión de una infracción o por las únicas razones de incapacidad), esta manera de obrar parece discutible. No hay, en efecto, que exagerar estos inconvenientes, y el procedimiento judicial daría en realidad, al justiciable y a la comunidad, unas garantías que les son aseguradas por la decisión administrativa y que sería menester preservar. Además, y desde el punto de vista de la prevención general, que es decisivo, la retirada del permiso de conducir por la autoridad penal y a título represivo, le daría el carácter de una sanción mucho más impresionante y, por tanto, más eficaz (62).

III. LAS CRÍTICAS Y LAS PROPOSICIONES DE REFORMA

El sistema suizo, tal como lo hemos expuesto, da lugar a críticas, dificultades y contradicciones no solamente a causa de su *dualismo*, puesto que consagra un sistema diferente para las infracciones por negligencia derivadas del Código penal (sistema esencial y necesariamente fundado sobre la culpabilidad *), del de las infracciones por negligencia derivadas de otras leyes federales que comportan sanciones

(62) A este respecto y en cuanto al papel de prevención general y especial de la *retirada del permiso* ("*Abschreckungsfunktion*"), ver FREY, *Reobjektivierung des Strafrechts*, pp. 48 ss. y 52 ss. Es la sanción más temida (también en los EE. UU.) entre todas las que están previstas, y el medio de prevención general más sensible" a condición de que la medida sea aplicada "*rápidamente* y de manera consecuente, con arreglo a unos *criterios objetivos uniformes*", lo que es la tesis y el deseo del profesor FREY. Sobre el problema y los casos de retirada del permiso, ver los detalles en la obra del profesor SCHULTZ, "*Die Strafbestimmungen des BG über den Strassenverkehr* (Stämpfli, Berna), 1964, referencias. n. 373.

* N. del T. En el sentido de culpabilidad culposa" ("*faute*").

penales (sistema fundado sobre la violación formal de la ley y el resultado), sino también porque el nuevo régimen del Código penal suizo, que se estimaba tan superior desde el punto de vista de la justicia y del progreso del derecho, es puesto hoy en tela de juicio por aquellos que se preguntan —como ocurre especialmente en Alemania— si no habría lugar, vista la multiplicidad de estas infracciones por negligencia y por la necesidad de una prevención más eficaz y más general, a *volver al sistema “objetivo”* de la sanción penal.

1. En cuanto al *dualismo* de los regímenes concurrentemente existentes en Suiza, éste deriva del hecho de que el sistema del Código fundado sobre la “culpabilidad” es general y absoluto para todas las infracciones que rige, comprendidas las contravenciones de derecho federal que contiene (art. 102). No hay, por consiguiente, ya, según el Código, infracciones llamadas “formales”, realizadas por el solo hecho y el resultado material y punibles en ausencia de culpabilidad; la regla “*nulla poena sine culpa*”, que es la base del sistema suizo moderno, es, por tanto, general. Pero no es válida más que para las infracciones y contravenciones previstas *por el Código*, y no es válida en absoluto y necesariamente para la legislación federal llamada “especial” o complementaria. En efecto, la disposición fundamental del libro III del Código penal de 1937 conteniendo las disposiciones de su entrada en vigor y su aplicación, reserva de modo expreso, en el título que regula la relación entre el Código y la legislación federal y cantonal, que sus disposiciones generales “son aplicables a las infracciones previstas por otras leyes federales, a menos que éstas no contengan disposiciones sobre la materia”. Esto quiere decir, según la tradición clásica, inspirada en consideraciones prácticas, que estas infracciones son punibles no solamente cuando hayan sido cometidas intencionalmente, sino también cuando hayan sido cometidas por negligencia o por imprudencia, salvo disposición contraria expresa. Tradicionalmente, el término mismo de “contravención” significa el simple hecho de haber obrado en contra de la ley, el no haberla respetado. Sin duda se puede decir, y se dice frecuentemente, que en semejante caso la *faute* (“culpa”) es *presumida*, puesto que hay violación de la regla legal y “se admite que nadie ignora la ley”. Pero esto es frecuentemente ficticio, y el juez no se preocupa de verificar esta presunción, lo que exigiría una administración de pruebas, un análisis de las circunstancias y de los móviles y un procedimiento con frecuencia complicado y bastante largo que tiene precisamente la preocupación de evitar.

Pero las leyes federales anteriores, fundadas sobre los principios habituales de la época en que fueron elaboradas, se separan del sistema “*subjetivo*” del Código más reciente, y estas leyes especiales son muy numerosas, aun en el caso de que las disposiciones de algunas de ellas hayan sido incorporadas al Código (art. 398) y se refieran particularmente al régimen fiscal, aduanero, postal o al de la ley fede-

ral sobre la circulación, etc. (63). Es éste evidentemente un problema difícil, al mismo tiempo que supone una situación poco satisfactoria, y el Tribunal federal tuvo ya que ocuparse de ello, en particular en lo que concierne a la legislación fiscal y especialmente en relación a la ley federal sobre aduanas. (Ha reconocido que la parte general del Código penal rige también en principio, puesto que el artículo 333, apartado 1, tan ampliamente concebido, no exceptúa el dominio de las leyes fiscales.) Pero la ley sobre aduanas comporta unas prescripciones generales detalladas, y la reserva de la disposición que precede tiene, precisamente, por efecto el mantenerlas en vigor, sin que, desde luego, quede excluido. “en el estado actual de la legislación”, el que puedan ser útilmente completadas por las reglas generales del Código penal suizo”. Pero este no puede ser el caso cuando *la ley especial rige por sí misma* la materia, aun si no lo hace de una manera explícita y sea por interpretación como se deba deducir de ella el régimen especial (tal es el caso especial de la multa fiscal o aduanera, que obedece a unas reglas que no se concilian con las del Código penal (art. 48), ni en cuanto a su fijación ni en cuanto al modo de percibir las) (64).

Ocurre naturalmente lo mismo, y con mayor razón, sobre la cuestión de principio, absolutamente fundamental, de *la represión de la negligencia*, incluso en la ausencia de *faute* en el sentido del Derecho penal o de “culpabilidad” demostrada (art. 18, ap. 3 C. p.).

La nueva ley federal de 19 de diciembre de 1958 sobre la circulación por carretera que reemplaza la de 1932, se ha esforzado por *remediar este dualismo fastidioso*. La transformación de la ley implicaba naturalmente una revisión de sus disposiciones penales, en cuanto que “se trataba no solamente de llevar a ella por la conminación de sanciones represivas las nuevas líneas del régimen de la circulación, sino también de armonizar sus sanciones con el Código penal que entró en vigor el 1 de enero de 1942. Más el artículo 102 de la nueva ley ha recogido expresamente la regla del artículo 333, apartado 1.º Código penal, según la cual las disposiciones generales de éste son aplicables a falta de disposiciones contrarias de la referida ley. De donde se deduce, naturalmente, que las otras disposiciones del Código continúan también siendo aplicables a las infracciones que él sanciona y que pueden encontrarse *en concurso* con las disposiciones sobre la circulación misma, como en el caso de violación de las reglas de la circulación provocando un homicidio o unas lesiones corporales por negligencia. Para reducir las dificultades de principio y de aplicación, la nueva ley federal está de acuerdo con la división del Código penal en crímenes, delitos y contravenciones (aunque la etiqueta de “crimen” no sea naturalmente unida jamás

(63) Sobre este problema ver en particular, THORMANN et ver OVERBECK, *Schweizerisches Strafgesetzbuch* (Comentario del CP), vol. II, pp. 492 ss. con las referencias.

(64) Sentencia del Tribunal de Casación federal, de 27 diciembre 1946, en la causa Desaulles c. MP federal, ATF, 1946 (72), IV, pp. 189 ss.

a ninguna de estas infracciones) y se ha adherido al sistema de las penas, a su medida, y a su fijación en caso de reincidencia tal y como ha sido instituido en el Código penal. Las "contravenciones" a la ley especial están, por consiguiente, sometidas desde ahora, en principio, a las reglas enunciadas en este último para este género de infracciones (art. 101 a 109 C. p.), y así, en consecuencia, también en cuanto a la responsabilidad y a la culpabilidad, es decir, igualmente en cuanto a la negligencia y a sus condiciones. La única diferencia natural, dado el carácter de la ley especial y las exigencias de la represión, es que, según el Código penal, una infracción no es punible más que cuando haya sido cometida intencionadamente (es decir, con conciencia y voluntad), y es necesaria una disposición expresa para que la negligencia sea punible (art. 18), mientras que según el artículo 100 de la ley sobre la circulación la regla es *inversa* en el sentido de que, salvo disposición contraria expresa, la negligencia en casos de contravención a las disposiciones de la ley es suficiente para fundar la culpabilidad, y el juez debe evidentemente tener en cuenta el grado de culpabilidad en la fijación de la pena; pero la punibilidad de la negligencia no le dispensa de la obligación establecer una condena *sobre la existencia de una "faute"* (*), incluso en el caso de que ésta sea presumida (65).

2. Por tanto, cuando parecía así que nos aproximábamos a una solución uniforme y satisfactoria para el espíritu, para la administración más segura y más uniforme de la justicia, y en definitiva para el derecho, el problema ha vuelto a plantearse y se muestra bajo una forma nueva a causa del crecimiento continuo de los delitos por negligencia y de los daños que éstos provocan cada vez más. Más de la cuarta parte de todas las condenas inscritas en el Registro de Penados suizo están constituidas por condenas a causa de delitos por negligencia (66).

(65) MEYER, "Las disposiciones penales de la Ley federal sobre la circulación por carretera", *Rcv. pénale suisse*, 1960, pp. 18 y ss., 22 ss., y p. 26 en lo que concierne la necesidad de una "faute" (establecida o presumida). Es necesario, sobre todo, consultar en detalle la publicación exhaustiva del profesor Sr. H. SCHULTZ, aparecida después (Stämpfli & Cia, Berna, 1964), ver las referencias, especialmente para los artículos 100 ss., las formas de la *faute* p. 73 ss., los problemas de la concurrencia, pp. 77 ss., las relaciones de la ley especial con el CP, pp. 83 ss., la exención facultativa de pena, pp. 89 ss. Sobre este problema "delitos" y "contravenciones", ver pp. 143 ss., y sobre las disposiciones penales". pp. 333 ss.

(66) Estos delitos han tomado una tal importancia, en efecto, que han pasado al primer plano de las preocupaciones en Suiza. Sobre las 20.000 inscripciones hechas anualmente en el Registro de Penados central suizo, la cuarta parte, aproximadamente, concierne los delitos por negligencia. Cerca de 3.000 personas por año son, actualmente, condenadas por la puesta en peligro o por perturbar las comunicaciones públicas por negligencia: hay que añadir a éstos unos 400 casos de homicidio por negligencia, más de 500 casos de lesiones corporales, y de 300 a 350 casos de incendio por negligencia. Es evidente que el desarrollo, cada vez mayor, de la técnica moderna no puede más que acrecer el número de infracciones por negligencia o imprevisión en proporción

* Esto es, sobre la existencia de "culpa".

Normalmente, dos tendencias aparecen. Por una parte se puede estimar que en el sistema consagrado por nuestro Código penal, los procedimientos son muy complicados, insuficientemente rápidos y las sanciones suficientemente tardías y poco severas, lo que es casi un aliento para multiplicar las infracciones, y lo que, en todo caso, no es de tal naturaleza que sirva para contenerlos, y, por tanto, para proteger eficazmente la sociedad. Pero no hay que perder de vista, por otra parte, si nos colocamos sobre el terreno del individuo, digamos del autor, que nuestro sistema puede parecer a veces injusto por cuanto le aplica una pena que implica, pese a todo, una mancha social, sobre todo en el dominio de ciertas profesiones altamente severas a este respecto (piénsese en los médicos, en los contratistas, en los cuadros de los ferrocarriles, en los chóferes profesionales), por unos actos que, dadas las circunstancias pueden aparecer con frecuencia como comprensibles y casi excusables. Por ello, algunos piden que se *refuerce* el sistema de una manera general, y otros que se *atenúe* al menos en ciertos casos. Por lo tanto, aunque ciertas diferencias de trato entre las infracciones voluntarias y las involuntarias son excesivas, no es menos cierto que "ciertas infracciones involuntarias pueden poner de manifiesto en su autor un carácter tan claramente antisocial como el de un delincuente voluntario", y "el desprecio deliberado de la vida y de los intereses de tercero pueden convertirse en uno u otro género de infracciones", dado que sobre todo el límite jurídico, psicológico y práctico que las separa es muy corto. Esta distinción o pared ténue, que respondía quizás a un sistema satisfactorio en un momento determinado, ¿no está hoy "superada por la evolución del mundo y de las nuevas necesidades"? (67).

de los peligros también crecientes, y, a veces muy considerables, que lleva consigo. Ver DUBS, "Probleme der Fahrlässigkeit", pp. 1 y 9. Para Alemania, ver, por ejemplo, también las cifras oficiales de 1962, dadas por JESCHECK, ob. cit., p. 22. Esta estadística indica 4.399 condenas de homicidio por negligencia, de las cuales 3.384 lo son por accidente de la circulación, y 108.363 condenas por lesiones corporales por negligencia de las cuales 103.112 por accidentes de la circulación. En el conjunto, los delitos de circulación, en su mayor parte cometidos por negligencia, constituyen, con sus 275.712 condenas, 46,1 por 100 de las 597.198 condenas por crímenes o delitos. Si se añaden más de 1.100.000 contravenciones por año a las reglas de la circulación, que son en gran parte también debidas a la negligencia, "resulta que los tribunales se dedican principalmente a las infracciones por negligencia y que la mayor parte de aquellos que tienen algo que ver con la justicia, son delincuentes por negligencia".

(67) MEYER. Informe suizo al Congreso de Lisboa, ob. cit., pp. 1123 ss. En efecto, para las infracciones debidas a la ineptitud general o profesional, la importancia de la sanción penal debería ceder ante las medidas preventivas o educativas, si éstas tienen la suerte de ser eficaces, o si no ante las medidas de prohibición si la ineptitud es irremediable. Para los autores de infracciones completamente ocasionales *no verdaderamente peligrosas* convendría el mostrarse reservado, el tener ampliamente en cuenta los *motivos de excusa*, el poder ir hasta la exención de pena, la reparación civil del daño y unas medidas administrativas (tales como la represión y retirada temporal del permiso o autorización profesional) podrían ser suficientes. Al contrario, para los au-

El sistema actual llegaría en efecto, en la gran mayoría de los casos que respondiesen a esta última eventualidad, a acelerar el debilitamiento general de la moral pública, la indiferencia o el desdén hacia los intereses de tercero, en lugar de reforzar la vigilancia y la conciencia social, como sería necesario, en la medida de las posibilidades y de los riesgos.

Las proposiciones recientes más extremadas han sido defendidas con el máximo vigor por el profesor Frey en su estudio sobre "La reobjetivación del Derecho penal en el siglo de la técnica", aparecido en la Recopilación conmemorativa del centenario de la Sociedad suiza de los juristas, en 1961 (68). Partiendo de los últimos datos estadísticos de los accidentes de la circulación con su secuela de lesiones corporales realmente alarmante (69), el autor observa que la situación merece tanto más atención cuanto que una pequeña parte solamente de estas lesiones corporales llegan hasta la sentencia y la condena a causa de los numerosos desistimientos o faltas de denuncia, que no pueden ser registrados por la estadística criminal y deben añadirse a ella (70). Por tanto, la función determinante de la amenaza de san-

tores de infracciones por negligencia *debidas a una deficiencia de sentido moral y social*, al egoísmo y al desprecio de los demás, o a un carácter *peligroso*, las sanciones —sobre todo en casos de negligencia consciente cuya separación del dolo eventual es mínima y con frecuencia imperceptible, puesto que el peligro que se puede hacer correr a los demás ha sido visto y previsto, y el autor ha prescindido de tenerlo en cuenta en los dos casos— deberían *aproximarse más a las que se aplican en las infracciones voluntarias*, no solamente en los casos del dolo eventual que hacemos entrar en ellas, sino también en los de la negligencia consciente, porque la diferencia en la situación del autor, "los resortes profundos de su personalidad y de sus caracteres subjetivos", no es tan esencial para que pueda justificar un largo y severo castigo de prisión y la reclusión, en un caso, y lo más frecuentemente una simple multa o una corta pena de prisión con suspensión, en el otro. Sobre el crecimiento extraordinario de los peligros que lleva tras sí la negligencia, ver ob. cit., p. 1109: "La negligencia cometida en la manipulación de un hacha de leñador o de una herramienta no tiene medida común con la falta que pudiera llegar a la liberación de las energías de una fábrica atómica", o, por ejemplo, a la rotura de una inmensa presa que inunde todo un valle, como ya se ha visto, o recientemente a una catástrofe como la de la rotura del glaciar de Mattmark, en 1965, que cubrió todas las instalaciones y las habitaciones obreras en Valais.

(68) E. FREY, "Reobjektivierung des Strafrechts im Zeitalter des Technik", Zurich, 1961, tirado aparte, 78 p.

(69) Ver también sobre este particular el informe del juez cantonal MEYER a la Sociedad suiza de Derecho penal, ya citado, sobre "Las disposiciones penales de la nueva ley sobre la circulación por carretera", 1960, ob. cit., pp. 18 ss.

(70) De 1951 a 1959, el número de condenados por lesiones corporales por negligencia (art. 125 CP) ha pasado de 378 a 518; si no se toman en consideración más que las lesiones más graves perseguidas de oficio, la progresión ha pasado de 164 a 294, o sea, un aumento de 80 por 100 en números redondos. En el mismo período, el número de condenados por homicidio por negligencia (art. 117 CP) ha pasado de 239 a 442, o sea, un aumento de 85 por 100 en números redondos. Tanto en un caso como en el otro, el progreso es debido, sin duda y ante todo, al aumento grave de los accidentes de la circulación, puesto que durante el mismo período el número de los condenados por lesiones corporales intencionadas simples (art. 123) no ha aumentado más que en un

ción penal es la *prevención general*, y ésta es inoperante si la pena correspondiente a una sanción no se pronuncia más que en una ínfima proporción en relación con todos los casos en que debería serlo, y no se ejecuta más que en una medida menor todavía a causa de la aplicación de la suspensión. La práctica actual, es necesario reconocerlo, no resuelve nada o resuelve muy poco para “reducir las hecatombes de las víctimas de la carretera” y es importante ante las consecuencias de la técnica, funestas para dar vida social actual. Pero, casi todas las innumerables infracciones seguidas de lesiones corporales o de muerte resultan del desprecio de reglas elementales. Hay en ello una puesta en peligro considerable y constate, y la gravedad del resultado no depende, en ningún caso, siempre de la gradedad de la falta del conductor, porque catástrofes graves pueden producirse por causas leves, como fue el caso de la catástrofe de autocar de Hergiswil, en agosto de 1961, en Suiza central (71). La indiferencia respecto a esta situación alarmante es grave y no debería ser reforzada todavía por el sistema aplicado, ya que el derecho penal no cesará de debilitarse cada vez más si de más en más se toman en consideración los intereses de la persona en la fijación de la pena (72).

El remedio, según el profesor Frey, debería ser buscado en una agravación general de las penas en tales casos, y en la rapidez y la regularidad de las sentencias condenatorias (porque es necesario no hacerse ilusiones sobre el efecto preventivo de algunas escasas condenas ocasionalmente severas, puesto que cada conductor está persuadido, ya se sabe, de que es un “buen conductor” y “que eso no le ocurrirá a él”). Las proposiciones para extender más los “delitos de puesta en peligro” y la responsabilidad que de ellos dimana, son también ineficaces con el sistema actual, como lo demuestra el artículo 237 C. p. sobre los “impedimentos a la circulación pública”, porque no existen casi disposiciones en el Derecho penal cuyos elementos se realicen con tanto frecuencia y que sean menos aplicadas. Sería necesario volver a introducir, por consiguiente, el “principio de la intimidación” y el de la pena de disuasión (“Abschreckungsstrafe”) en el Derecho penal de la circulación, y ésto no por medio de algunas penas ocasionales exorbitantes “para que sirvan de ejemplo”, sino por medio de la aplicación, como se hace particularmente en los Estados Unidos, de una especie de *multa tarifada* según el género de violación de las reglas comprobado. Este sistema puede a primera vista chocar, desde el punto de vista dogmático, en presencia de nuestro artículo fundamental sobre la fijación de

2 por 100 y el de los condenados por lesiones corporales intencionadas graves (art. 122) ha disminuido en un 25 por 100 en números redondos. Ob. cit., p. 3.

(71) El 2 de agosto de 1961, sobre la estrecha ruta entre Hergiswil y Stansstad, en la que se hacían unos trabajos, por consecuencia de la colisión de dos autocares que se cruzaban, a causa de una falta ligera de los conductores, uno de ellos, que transportaba 38 turistas americanos, cayó al lago en el que se ahogaron 16 de ellos.

(72) FREY, ob. cit., pp. 6 s., pp. 18 s. y conclusión, p. 67.

la pena (art. 63), porque tal estilo representa una "automatización" de la sanción que nos es "por lo menos teóricamente extraña", pero que desde el punto de vista de la prevención es "sin ninguna duda una idea razonable para la educación de los usuarios de la carretera" (sobre todo con los controles de policía hoy multiplicados y con los medios de control automático perfeccionados). Ciertamente que, en una época en la que el Derecho penal ordinario está ampliamente dominado por el principio de la individualización de la pena y de su ejecución con arreglo al "tipo" de personalidad del delincuente, la proposición de una "generalización de la fijación de la pena" sorprende, porque "esto representa la vuelta a un Derecho penal fundado sobre el hecho ("zu einem ausgeprägten Tatstrafrecht"), pero esta razón no debería ser considerada porque precisamente la individualización, de suponerla posible y realizada (la experiencia judicial muestra que no se da hoy en nuestro país más que un número mínimo de casos) no es el medio de luchar contra este fenómeno social colectivo; el medio de prevención eficaz está, por el contrario, en una cierta "rigidez", y el interés personal del autor debe desaparecer ante el de la comunidad: es por esto por lo que el modo de fijación de la pena en la ley especial debe diferir del de Derecho común (art. 63 C. p.). El Derecho penal "debe llenar su función central de medio supremo de protección del orden jurídico, y esto mucho más en nuestro tiempo amenazado por los peligros crecientes de la técnica en todas sus formas" (73).

No es necesario decir, no falta quién afirma, que este método de juicio "objetivo" no debe llevar consigo "ni la introducción de métodos policíacos, ni la limitación del poder de apreciación indispensable de la policía de la circulación". El "principio rector" debe ser el de mejorar la prevención "por la simplificación, objetivamente condicionada, de los métodos de enjuiciamiento de la puesta en peligro abstracta de la circulación", con las reformas del procedimiento que naturalmente deben seguir, y de la "concentración de los métodos de educación" necesarios. En fin, la necesidad de volver a una "reobjetivación moderada del Derecho penal" no quiere tampoco significar "la vuelta a un Derecho penal de expiación primitivo, fundado sobre el resultado, sino, al contrario, un desplazamiento de peso (*Gewichtsverlagerung*) sobre el *acto* del autor como base de apreciación determinante tanto de los delitos intencionales como de los delitos por negligencia (74).

3. *¿Cómo llegaremos a una conclusión?* Personalmente, y aun comprendiendo las necesidades de intervenciones rápidas, estrictas e intimidante, pensamos que tales proposiciones constituyen a pesar de todo un *retroceso*, al volver a un sistema sumario y aun simplista —que se creía superado— de un derecho preocupado ante todo de la violación formal de las disposiciones, y de la fijación casi automá-

(73) FREY, ob. cit., pp. 36 ss., 45 a 47, 57, 59 ss. y 68 ss.

(74) Conclusión *ibidem*, p. 77.

tica de sanciones tarifadas, más bien que proporcionadas a la verdadera culpabilidad y al carácter más o menos peligroso de cada delincuente, que dependen tan ampliamente de las circunstancias particulares y de su situación y su comportamiento personal. Un tal sistema "objetivo" representa también, dígame lo que se quiera, *un peligro*, puesto que vuelve a tomar como principio de acción el solo criterio de la intimidación o de la "proposición, del cual se conoce bien la fuerza de deslizamiento y de arrastre, desde el momento en que se admite, y cuya experiencia histórica nos ha permitido, desde hace tiempo, el negar la eficacia absoluta. Será muy difícil detenerse en un dominio determinado —el de la circulación pública o el del trabajo en las empresas o en las fábricas—, y el no extenderse, una vez admitidas, en la aplicación de las mismas reglas de aplicación de sanciones estereotipadas cada vez más rigurosas de manera general, a medida que vayan en aumento los peligros de la técnica, puesto que es precisamente el factor que se toma en consideración para basar la reforma. Es, por el contrario, en nuestra opinión, *al hombre de la edad técnica* al que es necesario izar hasta el nivel de las responsabilidades de nuestro tiempo, reforzando su preparación *para asumirlas*, su educación y su conciencia sociales, su atención y su habilidad, al mismo tiempo que las exigencias —morales y profesionales— requeridas de aquél a quien le son confiadas unas responsabilidades superiores con unos poderes o con unos instrumentos más peligrosos o más potentes.

DUBS ha hecho notar justamente que "la idea de que el hombre debe responder de aquello que ejecuta *con conciencia y voluntad*, no es solamente un dogma de Derecho penal que se podría simplemente dejar de lado ocupándose tan sólo de las necesidades prácticas. Una sanción éticamente fundada *presupone una "faute"**. Si se castiga en ausencia de "culpa", se aparta el Derecho penal de su fundamento ético y se le degrada para convertirlo en un sistema de protección puramente pragmático. Una actividad verdaderamente culpable debe ser intencionada o al menos contener una componente intencional (*vorsätzliche Komponente*). Es la razón por la cual unas consideraciones deducidas de nuestro "Weltanschauung" se oponen a la "reobjetivación" propiamente dicha del Derecho penal, a una vuelta a la responsabilidad fundada sobre el resultado".

No se puede tampoco pretender que no sea *posible*, con el sistema actual, de llegar al objetivo de una represión penal más sistemática de las conductas imprudentes que comportan una actitud arriesgada prohibida. *Es factible de encontrarse una reglamentación que responda al principio de la "faute"*** que dé a la justicia penal las posibilidades de intervención y la eficacia necesarias. Se podría llegar a ello (más que por la vía de la "reobjetivación") separando la represión del "resultado (o sea del "tatbestandmässiger Erfolg"), para llegar

* Esto es, de "culpa", o más bien "culpabilidad".

** En el sentido de "culpabilidad".

separadamente a los actos generadores del riesgo prohibido, como éstos merecen. Convendría, en otros términos, el concentrar la represión “directamente sobre la acción o la omisión intencional que crea el riesgo prohibido, sin consideración al hecho de que se haya producido un resultado”. En materia de delitos de circulación, por ejemplo, “la componente intencional” se encuentra regularmente en la inobservancia o en el desprecio doloso de una regla de la circulación. Este elemento parcial de la intención puede ya, *con arreglo al derecho existente*, ser separadamente alcanzado y castigado como una contravención cuando no se haya producido una lesión corporal, muerte o una perturbación de las comunicaciones. La existencia de un resultado al caer bajo las disposiciones del Código penal (art. 117, 125 ó 237) permite llegar a una represión más severa”. La toma en consideración de la violación voluntaria (intencionada) de las prescripciones sobre la circulación correspondiente a la *faute* es suficiente y constituye, si se sabe organizar el cuadro de la pena (*por el concurso ideal*) una represión suficiente, sin tener que recurrir a la noción complicada de estado de hecho por negligencia (“*Fahrlässigkeitstatbestände*”). Se podría desde entonces, en este sector, olvidar o dejar de lado “la responsabilidad fundada sobre el resultado” y punir cada imprudencia o imprevisión “con arreglo a la *faute* (culpabilidad) que ella implica realmente”.

En otros dominios, la posibilidad de captar directamente la parte intencional del hecho (“*vorsätzlicher Tatanteil*”) traería más dificultades, a causa de los modos de comisión más diversos y de la falta de reglamentación especial análoga a la de la circulación. “Pero creando delitos de puesta en peligro abstractos intencionales, debería ser posible el penalista directamente toda una serie de casos típicos de conducta comportando un riesgo sin la desviación propuesta. Porque, por ejemplo, el artículo 222 del Código penal sobre el “incendio por negligencia” podría ser remplazado por una incriminación de puesta en peligro declarando incurso en pena a aquel que causase un peligro de incendio. Esta manera de hacer no traería consigo un número excesivo de nuevas disposiciones penales (75), y, queremos recordarlo, corresponde a lo que al autor mismo del proyecto de Código penal suizo, Carl Stooss y la comisión de peritos, había expresamente previsto en el momento en que se preguntaban si era necesario incluir el “dolo eventual” en el dominio de la intención o en el de la negligencia, y en que se pensaba todavía en restringir este último.

Tales sugerencias abren el camino de nuevas investigaciones. Es-

(75) DUBS, “Die fahrlässigen Delikte im modernen Strafrecht”, ad. II, pp. 6 ss. Dubs estima también que la solución satisfactoria de construcción dogmática de la represión de la negligencia, fundada sobre la función práctica de la sanción, no ha sido encontrada todavía, p. 10. En su estudio precedente, “Probleme der Fahrlässigkeit”, p. 15, preveía ya la posibilidad de creación de una incriminación general “de imprudencia contraria a los deberes” (*pflichtwidrige Unvorsichtigkeit*) en tanto que delito “*sui generis*”.

peremos el desenvolvimiento de la doctrina, la cual no ha terminado de ocuparse de tan importante problema, y será necesario quizás que se renueve en parte, y que conduzca a una mejora de la situación práctica por medio de una reforma del derecho positivo y de la jurisprudencia, que no tendrá necesidad de sacrificar el principio de la culpabilidad, equitativo en sí, al de la necesidad de una sanción intimidante, pura y simplemente, que aparta de la violación formal de un texto legal o reglamentario juzgada como suficiente para atraer la sanción sobre la cabeza de su autor. Una vez más, no podemos ver en ello un progreso, pero sí vemos un penoso regreso hacia atrás, como lo hemos indicado ya en el momento de la discusión final en el Congreso Internacional de Lisboa y de nuevo en el coloquio del vigésimo-quinto aniversario de la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, en noviembre de 1961, en París (76). Continuamos prefiriendo el mantenimiento de un sistema "subjetivo" matizado, preocupado de la conducta de cada uno y de la individualización de la sanción adecuada (77) — sistema que debería, desde luego, en primer término, *ser completado con un vasto e inteligente régimen de educación y de prevención social* que se deja excesivamente en el olvido— con preferencia a la vieja doctrina de la represión "objetiva" y sin matices, en su nuevo avatar contemporáneo, de dondequiera que ello venga, bien se trate de los viejos derechos de "common law" o de una doctrina que presuma de ser socialmente "de vanguardia".

(76) Podrían consultarse con provecho las *Actas del Congreso de Lisboa*, 1965, cuestión I, y el número especial de la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, núm. 2/1962, consagrado al coloquio de París, 1.ª cuestión.

(77) Tal es también la conclusión razonada en Alemania, no solamente por parte de juristas, tales como JESCHECK, BOCKELMANN y WIMMER, sino también por la de médicos (como LUFT) et de sociólogos (como GUNIERT) tal como lo ha demostrado, haciendo referencia a sus publicaciones, el estudio de JESCHECK, ob. cit., pág. 46, notas comprendidas. En Suiza, la opinión del profesor SCHULTZ, en su profundo estudio de la nueva ley federal sobre la circulación, refuerza la muestra; ver: "Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über den Strassenverkehr", Berna, 1964, p. 34, nota 13.

La reforma penal en Chile

FRANCISCO GRISOLIA

Prof. A. Derecho Penal Universidad de Chile

SUMARIO: *Explicación*. I. *Antecedentes históricos*. 1. Periodo aborigen y colonial; 2. La legislación patria hasta la codificación; 3. El Código de 1874, sus precedentes y orígenes. II. *El C. P. de 1874 y sus principales reformas*. 4. Estructura general; 5. Principales reformas hasta la fecha; 6. Legislación complementaria y especial; 7. Proyectos de reforma. III. *La progresión de la ciencia penal en Chile*. 8. Los primeros tiempos; 9. La época de las «escuelas»; 10. Hacia una verdadera dogmática. IV. *Los trabajos de reforma en particular*. 11. Los proyectos de 1929; 12. El Proyecto de 1938; 13. El Proyecto de 1946; 14. Los esfuerzos del Instituto de Ciencias Penales; 15. El Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica. V. *Necejsidad, ámbito y prioridades de la reforma penal en Chile*. 16. Necesidad y orientación; 17. El ámbito de la reforma penal; 18. Conclusión: un orden de prioridades.

EXPLICACIÓN

El presente trabajo ha sido originalmente elaborado para el curso monográfico de Doctorado sobre *La reforma penal en España*, que en el año lectivo de 1966-1967 ha dirigido el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Madrid, don Juan del ROSAL. De acuerdo con el programa del curso, su objeto era el de ofrecer una rápida reseña de los avances y orientaciones de la reforma penal en Chile, seguida de algunas apreciaciones personales sobre el tópico.

La penosísima circunstancia del fallecimiento en este año académico del profesor don Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, nos ha movido a ampliar el tema hasta abarcar un panorama general del Derecho penal chileno y de este modo asociarnos, en la medida de nuestras modestas posibilidades, al homenaje que tantos penalistas ofrecen a la memoria del profesor QUINTANO.

Desde luego, esta ampliación completa mejor el trabajo porque, en realidad, no es posible captar cabalmente un movimiento de reforma si no es vinculándolo al Derecho positivo vigente y a la ciencia a cuyo cargo está la tarea reformadora. Pero, sobre todo, porque es tanto lo que la legislación y la ciencia penal chilenas le deben a España que una panorámica de su momento actual, con todo el cúmulo de fundamentales similitudes que conserva, resulta, a nuestro juicio, una manera justa y adecuada de honrar al ilustre

penalista español que supo captar y exponer tan finamente esta profunda imbricación en su excelente monografía *La influencia del Derecho penal español en las legislaciones hispanoamericanas* (Madrid, 1953).

Tómese nota, sin embargo, que éste no es un escolio destinado a establecer, como la obra recién citada, los cauces de la recepción. Se limita a *exponer* la materia con un afán primordialmente informativo, aunque matizado con el mínimo indispensable de apreciaciones críticas y referencias bibliográficas propias de una investigación que pretende alcanzar cierta dignidad científica. Las semejanzas y diferencias, los aportes del Derecho y de la ciencia penal española, deberán inferirse, fundamentalmente, de su lectura.

Lo cual no significa que podamos silenciar algunos nombres. Después de los «clásicos» del siglo pasado, como PACHECO y SILVELA, o de otros más recientes, como DORADO, de entre los muchos penalistas españoles contemporáneos que han ejercido su influjo en Chile, debemos destacar, por su verdadera categoría de maestros, a JIMÉNEZ DE ASÚA, RODRÍGUEZ MUÑOZ, DEL ROSAL y al propio QUINTANO.

JIMÉNEZ DE ASÚA, en verdad, es un caso del más auténtico hispanoamericanismo (es decir, español y americano a la vez) de modo que en algo nos pertenece su portentosa obra. RODRÍGUEZ MUÑOZ, muy conocido en el país por sus «notas» al *Tratado*, de MEZGUER, su *Derecho penal* en colaboración y sus artículos, ha tenido un amplio ascendiente en la formación rigurosamente dogmática de nuestras jóvenes generaciones de juristas. Lo mismo ocurre con el profesor DEL ROSAL, cuya ingente producción es manejada con admiración y gran provecho, tanto en la cátedra como en el Foro y a su lado, generosamente cobijados bajo su saber y bondad personal, se han formado varios penalistas chilenos. Por fin, QUINTANO RIPOLLÉS, ya muy apreciado gracias a sus valiosas monografías, obras didácticas y comentarios y por sus numerosos contactos en Congresos y reuniones internacionales de ámbito hispanoamericano, donde siempre hizo derroche de sus excepcionales virtudes humanas y científicas, nos aportó su excelente *Tratado* sobre la Parte Especial que es para nosotros de inestimable utilidad.

Todas estas razones imponían a Chile el deber imperativo de sumarse al emocionado homenaje que se le rinde al profesor QUINTANO por medio del *Anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales*. Sólo es de lamentar que, debido a causas absolutamente circunstanciales, mi país esté tan mal representado.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1. No obstante que los investigadores de las culturas indígenas chilenas y, singularmente, del pueblo mapuche o araucano, han advertido ciertos rudimentos de una organización jurídica en que las prácticas represivas se asemejan mucho a las instituciones

del Derecho germánico primitivo (1), lo cierto es que estos pueblos aborígenes, por su escaso desarrollo cultural y rudimentaria organización política, no pueden dar pie para que sea posible hablar propiamente de un «Derecho penal indígena» en Chile (2).

Producida la Conquista, España aplicó en los territorios americanos sus propias instituciones jurídicas y su Derecho positivo. Sin embargo, las singularísimas características de la empresa colonizadora española originaron una intensa actividad legislativa, dirigida desde la Potestad Central especialmente a los «Reinos de Ultramar» o bien emanada de los órganos locales (Virreyes, Audiencias, Cabildos). Esta profusa legislación indiana, hoy definitivamente reivindicada en su conjunto pero que todavía es una cantera casi inexplorada de cuyo riquísimo contenido la historiografía especializada debe extraer no sólo las plasmaciones prácticas de un ideario civilizador, sino la explicación de muchos desaciertos, fue recopilada en 1680 (3). La Recopilación de las Leyes de Indias —a semejanza del sistema peninsular— establece un orden de prelación de normas que le reconoce preeminencia, primero, a las disposiciones locales (en Chile: Bandos de los Presidentes; Autos acordados de la R. Audiencia y Ordenanzas de los Cabildos); en segundo lugar, a las leyes especiales para América y, como Código supletorio, la propia Recopilación. Respecto de los indios, mantenía su preferencia el Derecho indígena en todo lo que no se opusiera a la Religión y a las leyes. En defecto del Derecho indiano, regía el Derecho castellano, de acuerdo con la prelación establecida por las Leyes de Toro (4).

En Chile se han llevado a cabo algunas interesantes investiga-

(1) Véase E. NOVOA, *Curso de Derecho Penal chileno*. Tomo I, Santiago de Chile, 1960, págs. 100 y sigs., en que se recogen interesantes datos sobre el tema.

(2) Cfr. A. ETCHEBERRY, *Derecho Penal*. Tomo I, Santiago de Chile, 1964; página 35.

(3) Según QUINTANO: «El Derecho castellano, como mística y como ciencia, se recibe en América de un modo pleno y con actualidad de acaecer casi orgánico, culminando el hecho en la Compilación de las Leyes de Indias, monumento sin igual en muchos siglos, que enlaza a través de ellos, la tarea de Justiniano y Napoleón para hacer con ellos la trinidad insuperable de creaciones jurídicas humanas casi ecuménicas». (*La influencia del Derecho Penal español en las legislaciones Hispanoamericanas*, Madrid, 1953; pág. 19). Esto es fundamentalmente cierto, pero no debe perderse de vista que la resistencia que esta legislación encontró en América, empezando por las propias autoridades españolas («se obedece pero no se cumple»), creó un cuadro histórico en que la praxis jurídica real difiere apreciablemente del derecho legislado contenido en la Recopilación de Indias. Vid., *infra*, en el texto y notas 5, 6, 7 y 8.

(4) Este orden era el siguiente: 1) La Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla de 1567; 2) Las Leyes de Toro; 3) Las pragmáticas; 4) El Ordenamiento de Montalvo; 5) El Ordenamiento de Alcalá; 6) Los Fueros personales y Municipales; 7) Las Leyes de Estilo; 8) El Fuero Real y 9) Las Siete Partidas.

ciones (5), que han demostrado, en lo que a la antigua Capitanía se refiere, una circunstancia histórica que parece ser un fenómeno común con el resto de América y aún con la propia metrópoli (6): en el ámbito penal el cuerpo de leyes que recibió la más profusa y constante aplicación, no obstante encontrarse relegada en el último lugar del ordenamiento, fue la Partida Séptima. Ello es, por lo demás, perfectamente lógico en virtud de diversas razones concordantes. En la legislación indiana sólo se encuentran disposiciones penales sustantivas (muy particularizadas) en la Recopilación de 1680 y en algunas Reales Cédulas (aún más particularizadas); en cambio, la legislación castellana supletoria contaba con un cuerpo legal que era, sin duda, el más completo y sistemático: la Séptima Partida. Su filiación fundamentalmente románica, que le daba un carácter de universalidad y de equilibrio entre las tendencias locales (Fuero Viejo, Fueros Municipales...) y el poder central (Fuero Real), así como los comentarios de sus excelentes glosadores, eran motivos suficientes para convertirla en la preferida de los jueces y jurisconsultos (7).

Por cierto que con sucesivas adaptaciones a las ideologías del momento (8), sobre todo en cuanto a penalidades y exclusión de

(5) Merecen citarse los siguientes trabajos: *Notas para el estudio de la criminalidad y la penología en Chile colonial* (Publicación del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Chile, Santiago, 1941); *Esquema del Derecho Penal Indiano*, por A. AVILA, Santiago, 1941; *Esquema de la Justicia en Chile colonial*, por E. ZORRILLA, Santiago, 1942; *Jurisdicción Penal común castellana*, por M. LÓPEZ REY, Santiago, 1943. Además, desde un punto de vista más general, para el conocimiento de las instituciones jurídicas coloniales y su real significación histórica, es de fundamental importancia la monografía de J. ALEM- PARTE, *El Cabildo en Chile colonial*, Santiago, 1941.

(6) Cierto que en España se admite, por regla general, que las Partidas tuvieron un ámbito de aplicación espacial y temporal muy restringido. Esto es cierto *formalmente*, pero su alusión muy frecuente (sobre todo de la Séptima) al través de los siglos y hasta la misma unificación, en las decisiones judiciales, indica, a nuestro juicio, más que «referencias de máximo prestigio» (QUINTANO), una verdadera y efectiva *vigencia*. Al menos en Chile ello es indiscutible.

(7) Pero cierto que no se trata aquí de terciar en la sustanciosa polémica sobre el mérito de la Séptima Partida (que, en todo caso, «señala un fino desarrollo del pensamiento penal» como bien dice DEL ROSAL), sino de subrayar los motivos de su importante gravitación en la historia del Derecho Penal chileno.

(8) Como es bien sabido, el arbitrio judicial juega en esos siglos un papel de primera importancia, contra el cual dirigen sus duras críticas —sin duda exajeradas y sujetas hoy a una total revisión— las corrientes codificadoras. Es interesante constatar cómo un autor chileno enfoca el problema, según ve él la situación al promediar el siglo XIX: «Es cierto que la *arbitrariedad* (sic) judicial necesaria con las Partidas y la Novísima, en lugar de competir con sus inconvenientes a la destrucción de este edificio vetusto y carcomido, adormecía, por el contrario, todo espíritu innovador; pues la ciencia y la honorabilidad de los tribunales superiores suplían, en lo posible, los defectos de las leyes. Estábamos entregados a la arbitrariedad judicial y al derecho de gracia del Consejo de Estado; mas la causa apuntada como un timbre de honor para nuestra magistratura, no dejaba sentir la necesidad de la reforma». (A. FUENSALIDA, *Estudios sobre el Libro I del Código Penal*, Santiago, 1876; pág. IX). Vid. también *infra*, nota 13.

muchas figuras obsoletas, esta situación se mantuvo más allá de la Independencia, hasta que la codificación penal vino a abrogar definitivamente el secular ordenamiento castellano.

2. La emancipación política no provocó un inmediato cambio del ordenamiento jurídico, si bien las tendencias codificadoras se manifestaron desde muy pronto, según veremos al reseñar la historia del Código vigente. Para la legislación penal se abre un período intermedio (1810-1874) en que sobre la legislación colonial, se van insertando las leyes patrias.

Siguiendo una clasificación que, con algunas variantes, se repite en la literatura chilena (9), esas leyes pueden agruparse de la siguiente manera:

a) Leyes relativas al ejercicio de la libertad de imprenta: ley de 9-XI-1811, sobre publicaciones denigrantes; ley de 23-VI-1813, sobre libertad de prensa (adicionada en 1823) y nueva ley de imprenta de 16-IX-1846;

b) Leyes que sucesivamente establecieron, abolieron y restablecieron la pena de azotes (leyes de 9-VI-1817, de 14-VII-1823, de 29-VIII-1850 y de 8-X-1852);

c) Leyes que se refieren a los delitos contra la propiedad y, particularmente, a hurtos, robos y abigeatos; en este grupo descuellan la del 22-VII-1837, sobre hurto de animales y la ley general de hurtos y robos de 7-VIII-1849, calificada por un autor como tal vez la más importante del período (10), y

d) Diversas leyes relativas a otros delitos (juegos de azar, contrabando, falsificación, conspiración y motín, atentado en contra de las líneas telegráficas, en contra de los ferrocarriles, etc.) y a cuestiones de procedimiento. Se citan, entre otras, la ley de 20-X-1831, que declaró que la embriaguez no es circunstancia que exima o atenúe la responsabilidad penal; la ley de 29-X-1831, que dispuso que la parte ofendida no podía perdonar al delincuente; la del 29-III-1837, sobre tramitación de causas criminales; el Decreto Ley de 5-I-1838, que dispuso que se tomara en consideración la persona del reo para la imposición de la pena; Decreto Ley de 25-IV-1838, que dispuso, de acuerdo con una vieja regla de las Partidas, que en el caso de empate de votos en un Tribunal Colegiado debía prevalecer la opinión más favorable al reo; la ley de 10-XI-1852, relativa a telégrafos, y la ley de 6-VIII-1862, sobre delitos y atentados contra los ferrocarriles.

3. Como adelantamos, los intentos de codificación legislativa —signo característico de la época—, se manifestaron desde los primeros años de vida independiente. NOVOA (11) recopila las siguientes iniciativas anteriores a 1846: «Ya en 1823 conoció el Congreso Constituyente de una moción de don José ALEJO EYZAGUIRRE para

(9) R. DEL RÍO, *Derecho Penal*, I, Santiago, 1935, pág. 305; sigue a este autor NOVOA, *op. cit.*, pág. 104 y, en lo fundamental, ETCHEBERRY, *op. cit.*, páginas 35-36.

(10) ETCHEBERRY, *loc. cit.*

(11) *Op. cit.*, págs. 104-5.

recopilar y codificar todas las leyes existentes. En 1826, don Santiago MUÑOZ BEZANILLA propuso al Congreso Nacional que se constituyera una Comisión de cinco letrados que en el plazo de dos años prepararan un Código civil y criminal en un solo volumen. En 1828, don Francisco R. VICUÑA presentó moción al Congreso Constituyente para designar una Comisión que debía presentar un proyecto de legislación civil y criminal, o que en su defecto se otorgara un premio al mejor proyecto de Código civil y criminal que se presentara en el plazo de un año. El Senado facultó en 1831 al Ejecutivo para que se designara un encargado de formar los Códigos legislativos, el que gozaría del sueldo y honores de ministro de la Corte Suprema. Por Ley de 10 de septiembre de 1840 se creó una Comisión de legislación para la reforma y codificación de las leyes».

Pero es al borde de la mitad del siglo cuando la idea de redactar un Código penal cobra verdadera intensidad. Sin duda, está en lo cierto el Mensaje al Proyecto de 1873 (12), cuando señala que «la necesidad de una reforma en nuestra legislación penal se hacía sentir de mucho tiempo atrás, para poner en armonía el estado presente de nuestra sociedad, el desarrollo que ha alcanzado en todas las esferas de su actividad, con los preceptos que deben marcar sus límites y su campo de acción propia, fijando las reglas supremas de lo lícito y lo ilícito». La antigua legislación española «apenas modificada por leyes patrias especiales», agrega el citado Mensaje en un tono crítico, por cierto que más ecuánime y moderado que las encendidas diatribas de PACHECO formuladas con similar propósito censorador (13), adolecía de gravísimos defectos y vacíos propios de «los tiempos remotos a que gran parte de esa legislación corresponde», lo cual provocaba un estado anómalo de cosas al que un nuevo Código debía poner fin.

Por Decreto de 18-XII-1846, se designó una Comisión integrada por los prestigiosos jurisconsultos de la época Antonio VARAS,

(12) «Mensaje» del Gobierno con que se acompaña el Proyecto de Código penal al Congreso, firmado el 29 de octubre de 1873 por el Presidente F. ERRAZURIZ y su Ministro de Justicia M. RENGIFO; se publica en todas las ediciones oficiales del Código penal en actual vigencia.

(13) J. F. PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, I, Madrid, 1848, pág. XLVIII. Analizando el célebre párrafo, ANTÓN, en su reciente trabajo sobre *El Código Penal de 1848 y J. F. Pacheco* («Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», año 1965, págs. 473 y sigs.), concluye que es «en parte acertado y en parte exagerado». Efectivamente, el arbitrio judicial había llegado a caracterizarse por una templanza inspiradora de una jurisprudencia consuetudinaria muy distante de la extrema severidad y barbarie de las leyes escritas, aunque es posible que subsistieran algunas prácticas que demostrarían, según ANTÓN, la verosimilitud de muchas de las críticas de PACHECO. La defensa del profesor de Madrid es plausible, pero no puede justificar la evidente exageración del discurso de nuestro autor, en su conjunto, hijo de las circunstancias y del temperamento declamatorio del que también fuera destacado tribuno. De ahí que estimamos el Mensaje de RENGIFO —compuesto algunos años más tarde y en otro país, pero ante una situación fundamentalmente idéntica— mucho más sereno y realista.

José V. LASTARRÍA, Antonio GARCÍA REYES y Manuel A. TOCORNAL, con el objeto de que prepararan un proyecto de Código penal y otro de Procedimiento penal, pero no se ha podido establecer si esta Comisión desarrolló alguna labor. Más tarde (1852), se encargó otro proyecto de Código a GARCÍA REYES, quien falleció sin haber cumplido el encargo. En 1856 se designó con el mismo objeto a Manuel CARVALLO, que elaboró un proyecto publicado en 1859, compuesto de dos libros y 555 artículos; este proyecto no llegó a sancionarse como ley. El mismo CARVALLO, por encargo del Gobierno, tradujo años más tarde (1869) el Código penal belga de 1867.

Después de tantos intentos fallidos, el 17 de enero de 1870, el Gobierno nombró una nueva Comisión, que al cabo de más de tres años de labor habría de concluir un proyecto que, por fin, se convertiría en Ley en 1874 y éste es el único Código que hasta la fecha ha regido en Chile.

La Comisión la componían Alejandro REYES, Eulogio ALTAMIRANO, José CLEMENTE FABRÉS, José A. GANDARILLAS, José V. ABALOS (reemplazado posteriormente por Adolfo IBÁÑEZ), Diego ARMSTRONG y Manuel RENGIFO. Todos ellos letrados notables de su tiempo pero que, como acertadamente apunta ETCHEBERRY (14), no eran «juristas versados en la técnica penal».

La Comisión Redactora del Código Penal inició sus trabajos el 8 de marzo de 1870 y los terminó el 22 de octubre de 1873. Durante este período celebró un total de 175 sesiones (114 destinadas a la redacción y las restantes a una revisión o segunda lectura del Proyecto). De todas las sesiones se llevaron actas resumidas en que se reseñan los antecedentes que se tuvo en vista al redactar los preceptos, así como del debate y principales argumentos en que se apoyaba la discusión. Impresas en 1873, constituyen una valiosa fuente auxiliar para el estudio y la interpretación de nuestro Código.

Era deseo del Gobierno que se tomara por base del proyecto el Código penal belga de 1876 y así lo reiteró el ministro de Justicia (Blest Gana) en la primera sesión, haciendo notar que «aunque un tanto deficiente», su claridad y precisión, la época de su reciente publicación y su largo período de gestación que le había permitido tomar en cuenta todos los últimos cambios operados en las legislaciones penales europeas, lo colocaban en inmensa ventaja sobre todos los demás. La mayoría de la Comisión, sin embargo, no fue de este parecer y, siguiendo la opinión de REYES, acordó utilizar el Código español de 1848 (1850) como orden o base de las discusiones, sin perjuicio de ir registrando «las disposiciones de los distintos Códigos a medida que fueran oportunas» (15). REYES había fundamentado su preferencia, entre otros, en los argumentos que el Acta respectiva consigna de este modo: «El señor REYES per-

(14) *Op. cit.*, pág. 37. En el mismo sentido se expresa un contemporáneo como FUENSALIDA, *Estudios... cit.*, pág. IX.

(15) *Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno*, Santiago, 1873. Sesión segunda del 26 de abril de 1870; pág. 4.

sistió en las ideas emitidas en la sesión anterior, manifestando que tanto por nuestras costumbres, más en relación con las del pueblo español que con las del belga, como por ser más completo, debía adoptarse el Código español como punto de partida para los debates. No siendo pequeña razón para esta preferencia también la de tener un comentador como el señor PACHECO, cuyos estudios se hallaban concordados a la vez con las disposiciones de seis Códigos distintos, que servirían inmensamente para ilustrar la materia» (16).

Ahora, lo cierto es que mucho más que un orden de discusión o un punto de partida para los debates, el Código de 1848 (17) fue, en realidad, un *modelo* que el Proyecto chileno siguió tan de cerca que, en definitiva, resultó un Código muy semejante y, en muchas partes, hasta idéntico.

Lo anterior, sin embargo, no debe llevar a una conclusión demasiado ligera respecto de una posible identidad, sobre todo en el momento actual. Desde un principio, nuestro Código nació con diversas modificaciones, algunas inspiradas en las críticas de PACHECO, otras en los demás Códigos que se tuvo a la vista y otras pocas —no las más felices— se deben a la iniciativa de la propia Comisión Redactora. Si bien la mayoría de las innovaciones no son de gran trascendencia, cierto número de ellas representan alteraciones de mayor significado dogmático (18). Pero, principalmente, es el distinto camino tomado por las sucesivas reformas que han experimentado a lo largo de casi un siglo ambos cuerpos legales (mucho más numerosas y profundas, por cierto, en el Código español), lo que ha determinado que en estos momentos sean dos Códigos que presentan tan notables semejanzas como significativas diferencias.

Ello no excluye, por otra parte, que el Código penal chileno deba inscribirse legítimamente entre aquellos de raigambre española y, por este conducto, en los de filiación napoleónica. Por el mismo motivo, acusa la influencia de otros Códigos como el español

(16) *Loc. cit.*; JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado*, I, pág. 1088), considera como muy acertada esta decisión de la CR. Vid. también QUINTANO, *Influencias... cit.*; página 107.

(17) No debe extrañar que, no obstante la fecha en que se terminó el Proyecto (1873), se haya persistido en seguir como modelo al Código de 1848 (o 1850) y no al más reciente de 1870. La verdad es que —según se ha demostrado— los comisionados no ignoraron este «nuevo» Código, pero hay que admitir que la índole de la *reforma* de 1870 (más que nada una adaptación a la nueva Constitución liberal de 1869) no podía ser razón suficiente para sustituir un texto más conocido y al que se ceñían los comentarios de PACHECO, tan utilizados por los redactores.

(18) *Infra*, II, 4, donde se mencionan muy someramente algunos ejemplos. Además, la «refundición de 1944» es la que ha abierto una más profunda brecha entre ambos códigos, pues, como dice DEL ROSAL, si bien «El propósito de la reforma, según expresión del legislador, se contrae exclusivamente a una simple refundición... no se salva la impotencia técnico-dogmática traída con esta refundición, ya que incluso hasta los principios informativos se han visto conmovidos por ella» y, a continuación, hace una reseña de todas las modificaciones que demuestran la intensidad de los cambios, (*Derecho Penal Español*, I, Madrid, 1960; págs. 95 y sigs.)

de 1822 (19), el brisileño de 1830, el de las Dos Sicilias (1839) y el austriaco (1852) (20). Aunque rechazado como modelo, el Código-belga de 1867 inspira algunos preceptos y también influyen algunas leyes patrias entonces vigentes (21).

Acompañado con el «Mensaje» que ya mencionáramos (22), el Proyecto fue presentado al Congreso (Senado) el 29 de octubre de 1873, quedando totalmente despachado en noviembre de 1874 (23). La ley respectiva lleva fecha de 12 de noviembre del mismo año y en ella se dispone que el Código regirá desde el 1.º de marzo de 1875. Casi intacto, aún se mantiene en vigencia.

II. EL CÓDIGO PENAL DE 1874 Y SUS PRINCIPALES REFORMAS

4. Nuestro Código recoge la orientación ecléctica que domina a su modelo español, compuesto por hombres muy influenciados por la doctrina de Rossi que alza frente al *utilitarismo* la idea de la justicia moral (fin absoluto de expiación) solamente atemperada por la utilidad (intimidación) como medio asociado para una mejor garantía del orden moral preexistente (24). Dentro de este eclec-

(19) No obstante sus profundas divergencias de orientación y de técnica, no cabe duda que entre los códigos españoles de 1822 y de 1848 existe un entronque directo. (Vid. ANTÓN, *Historia del Código Penal de 1822* en «Anuario», 1965, págs. 263 y sigs.). De igual modo, los códigos de Brasil y de Nápoles, preferidos por el principal redactor del proyecto que habría de convertirse en el Código de 1848, SEIJAS LOZANO, sobre el Código francés («el peor redactado, peor combinado y peor calculado»), tuvieron una decisiva influencia. (Cfr. ANTÓN ONEGA, *El Código Penal de 1848 cit.*, págs. 482 y sigs.) Sin embargo, dichos códigos no llegaron al proyecto chileno por la vía oblicua del español del 48, sino que fueron manejados directamente. Ello reviste particular significación con respecto al Código de 1822, y es así como el régimen de los delitos culposos (y en cierto sentido el concepto de la estructura del delito); la aceptación de atenuantes orientadas por la prevención especial, etc., acercan más el Código chileno, en esos concretos aspectos, al efímero Código de 1822 que a su modelo habitual. Vid. también, *infra*.

(20) Con mucha razón QUINTANO (*Curso*, I, pág. 109) hace notar su extrañeza por el hecho de que pasara inadvertido para los redactores del 48 el Código bávaro de FEUERBACH (1813) «el más científico y progresivo de la primera mitad de siglo».

(21) Así, las leyes sobre Telégrafos de 1852 y sobre Ferrocarriles de 1862. Cfr. LABATUT, *Derecho Penal*, I, Santiago, 1958; pág. 73.

(22) Vid. *supra*, notas 12 y 13.

(23) Las discusiones más agudas —era la época de las querellas religiosas en Chile—, giraron en torno a ciertos delitos que afectaban a los eclesiásticos y que fueron suprimidos. Fuera de otras modificaciones de menor entidad, se mencionan la supresión del infanticidio *honoris causa* y la mantención —a pesar de una fuerte oposición— de la eximente en favor del marido homicida por causa de adulterio flagrante y que fue suprimida solamente en 1953. Cfr. NOVOA, *Op. cit.*, pág. 106.

(24) Aunque se admita, como parece demostrarlo ANTÓN ONEGA (artículo citado), que PACHECO no fue el redactor principal del Código de 1848, no puede caber duda que fue, en gran medida, uno de sus más decididos inspiradores, según también lo reconoce el propio ANTÓN (artículo citado, pág. 494). Ahora bien, la dependencia de las ideas penales de PACHECO respecto de la doctrina de ROSSI es palmaria: basta con echar una ojeada a sus famosos *Estudios de Derecho Pe-*

ticismo predomina en el Código el principio retributivo, fundado en el libre albedrío y medido primordialmente por la gravedad del en-tuerto y sólo subsidiariamente por la intensidad de la culpabilidad (ciertas circunstancias modificativas, grado de participación, etc.). La prevención general juega un papel secundario como consecuencia de la pena y de su ejecución (25). En cuanto a prevención especial, a lo sumo, se podría admitir que algunos tenues barruntos se traslucen por obra de preceptos aislados que, o son producto de reformas posteriores, o, si son originarios, deben vincularse, más bien, con el Código de 1822 (26).

En su estructura general y en sus soluciones técnicas, este Código poco se aparta de su prototipo. Con un estilo y sistemática aceptable, recoge las máximas de la ciencia penal de la primera mitad del siglo XIX, elaborada por los ilustres juristas que habrían de proporcionar a CARRARA los elementos con los que el Sumo Maestro de Pisa construye su admirable sistema. Sin duda, pues, es un Código «clásico», pero si despojamos a este último término de su absurda y trasnochada carga peyorativa, no tendremos dificultad en admitir que se trata de un cuerpo legal estimable que, sin necesidad de pensar demasiado precipitadamente en reformas (27), es capaz, con una buena manipulación tecnicodogmática, de seguir prestando útiles servicios a la justicia penal hasta que llegue el momento oportuno y la posibilidad práctica de implantar la reforma.

Formalmente, está constituido por 502 artículos, divididos en tres Libros. El Libro I, con cinco títulos, comprende la Parte Ge-

nal (I edición, Madrid, 1842). Por otra parte, todos los integrantes de la Comisión Redactora seguramente tenían buen conocimiento del *Traité de Droit Pénal* de aquel autor, traducido al español y publicado en este país en 1839. Si alguna duda subsistiera, véase lo que dice en la «exposición de motivos» el Ministro de Justicia, BRAVO MURILLO (ex Presidente de la C. de códigos): «El pensamiento o sistema que reina en el Código es el ecléctico, esto es, el que conciliando los demás sistemas exclusivos y dejándose del rigor de las teorías establece para cada caso el medio de represión que estima más adecuado. Se ha mirado no sólo el mal que materialmente produce el delito, sino también la intención que en perpetrarlo se tenga» (Cit. por ANTON, artículo citado, página 489).

(25) Las mismas características netamente retributivas que, a pesar de todo, dominan en el Código del 48, también se encuentran en el Código chileno. Así, las que indica ANTON ONECA en *loc. cit.*: la acumulación material en el concurso; la existencia de penas perpetuas y de larga duración; el nombre de *aflictivas* que se le dan a las más graves; la «aritmética penal», etc.

(26) Como ya se expresó (vid. *supra* nota 19), el Código de 1822 contenía algunos preceptos inspirados en un sentido correccional (p. especial) de gran interés. Así, la norma que establecía la rebaja de pena para los delincuentes que se enmendasen en virtud de un expediente abierto a cada penado, sólo tendría similar, en nuestro ordenamiento penal, en el régimen carcelario progresivo y en la libertad condicional, introducidos por una normativa muy posterior (a partir de 1924), pero, en cambio, las atenuantes de los números 6 al 8 del artículo 11 (cuyo origen inmediato es el art. 39 del Código penal austriaco), acercan en ese sentido y en cierto grado al Código chileno del 74 al español del 22.

(27) Sobre el punto, vid. *infra* V, 16.

neral; el II (diez títulos), los crímenes y simples delitos y sus penas y el tercero, las faltas (contravenciones).

La Parte General está destinada al delito y a las penas y no contiene un título especial sobre la ley penal. Sin embargo, están expresamente consagrados los principios de *territorialidad* y de *defensa*, éste último con carácter excepcional (arts. 5.º y 6.º). También está formulado el principio de *legalidad* de las penas (que es, además, de rango constitucional) y el de *retroactividad* de la ley penal más favorable con el límite de la sentencia de término. (art. 18, inc. 1.º y 2.º).

Nuestros legisladores del 74 optaron por la clasificación *tripartita* del Código francés, lo que ha sido censurado por no existir en Chile las razones procesales que la justifican en Francia. Empero, nuevos procedimientos penales, basados en regímenes rituales muy diferenciados, podrían tener en esta tripartición una base preexistente perfectamente aprovechable (28).

El *delito* se define en el artículo 1.º, inc. 1.º, de una manera casi idéntica a la definición del Código español: «Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley». Pero tan fundamental similitud no debe ser motivo para que en la importante problemática que suscita este precepto —singularmente la interpretación del significado de la voz «voluntaria»— se puedan admitir, sin más, todas las líneas argumentales debatidas en España y sobre las que del ROSAL ha escrito tan densas como significativas páginas, (29), porque la *estructura* del concepto no es dogmáticamente igual. En efecto, la existencia de nuestro artículo 2.º, con su expresa distinción entre el «dolo o malicia» (con estos precisos nombres designados) y la «culpa» que constituye el delito culposo (cuasidelito en n. terminología), la que solamente se castiga a título excepcional (arts. 4.º y 10, núm. 13) (30), son factores que abren nuevas y distintas pers-

(28) El único camino viable para superar las actuales dificultades del proceso penal es, a nuestro juicio, optar por procedimientos profundamente distintos según se trate de delitos de mucha gravedad, de mediana gravedad o leves. Vid. *infra*, V, 16, 17 y 18.

(29) El Catedrático de Madrid hace en estas páginas una síntesis por demás sugestiva de la incierta situación de la culpabilidad en el Código penal español vigente, que debe ser motivo de importantes reflexiones. (DEL ROSAL, *Derecho Penal*, cit., I, págs. 412 y sigs.).

(30) Es curioso constatar —y ello podría ser objeto de un estudio que no sabemos que se haya realizado entre nosotros— cómo a pesar de una definición casi idéntica, la *estructura* del concepto se acerca más a la que tenía el Código de 1822, que también castigaba la culpa sólo a título excepcional y cuyos artículos 1.º y 2.º decían, respectivamente: «Es delito todo acto cometido u omitido voluntariamente y a sabiendas, con mala intención y con violación de la ley»; «Es culpa todo acto que con violación de la ley, aunque sin mala intención, se comete u omite por alguna causa que el autor puede evitar o con conocimiento de exponerse a violarla la ley». Nos parece que de un estudio comparativo de estos tres códigos, en función de su común línea histórica, podrían obtenerse interesantes consecuencias. Por de pronto, ¡qué gran estropicio parecen haber «involuntariamente» causado los redactores del 48 y los nuestros del 74, seguramente por el solo afán de elegancia estilística!

pectivas dogmáticas para un debate que todavía no puede en modo alguno considerarse concluido (31).

Por otra parte, las *eximentes* se encuentran reunidas sin clasificación sistemática en el artículo 10, fuera de que en algunas disposiciones de la PE se legislen algunas excusas absolutorias. De este modo, los distintos elementos del delito deben construirse dogmáticamente no solamente sobre la base de la definición legal del artículo 1.º (y 2.º, según cierto sector de la doctrina) sino y muy principalmente, con el auxilio de los aspectos negativos consagrados en el mencionado artículo.

Sin el menor ánimo de hacer propiamente una construcción dogmática y mucho menos de inclinarnos en estos momentos por alguna de las tendencias doctrinarias en actual disputa, ofreceremos una breve referencia descriptiva de la manera en que los ingredientes de la teoría del delito, pacíficamente reconocidos por la generalidad de la Doctrina, están configurados en el Código penal chileno.

Las *formas* del acto se encuentran respectivamente indicadas en el artículo 1.º como *acción* y *omisión*. Nada se dice de la *comisión por omisión*, aunque en alguna figura especial se puede reconocer esta última forma expresante legislada. (32) Los delitos de *resultado* son los más numerosos de la PE pero, como es lógico, nada dice el Código sobre la relación de causalidad. (33) La *fuerza irresistible*, admitida como eximente en el artículo 10, número 9, constituye ausencia de acto para quienes estiman que ese es el lugar sistemático de la *vis* física.

La *tipicidad*, con todo su cortejo de problemas relativos a los elementos meramente descriptivos, subjetivos y normativos del tipo y a sus formas, no puede caber en un rápido esquema como el presente. La función de garantía de la tipicidad en el derecho penal está debidamente consagrada en nuestro Código bajo la fórmula tradicional del *nullum crimen sine lege previa* o, mejor, *nullum poena sine lege previa*, conforme a la redacción del artículo 18.

La *antijuricidad* se deduce, conforme al sistema de la excepción-regla, de la ausencia de una causa de justificación. Tienen claramente este carácter: el obrar en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo; (34) la legítima defensa; (35) el estado de necesidad limitado (36) y, discutiblemente, la obediencia jerárquica. Sobre el consentimiento no

(31) Una reciente y muy importante contribución en este controvertir asunto es el trabajo de J. BUSROS: *Voluntaria significa culpabilidad en sentido restringido*, en «Revista de Ciencias Penales», tomo XXIII, núm. 3, 1964; páginas 243 y sigs.

(32) Por ejemplo, artículo 234.

(33) En algunos artículos es posible reconocer una subyacente referencia al nexo causal; así, artículos 485, 324, 232, 326, 329, etc. Por otra parte, habría que admitir la existencia de algunos delitos *calificados por el resultado*. Vid. *infra*, nota 45.

(34) Artículo 10, núm. 10.º.

(35) Artículo 10, núms. 4.º, 5.º y 6.º.

(36) Artículo 10, núm. 7.º.

hay norma general expresa y en torno a este problema se han publicado trabajos de gran interés (37).

La *imputabilidad* también debe deducirse, a contrario sensu, de las reglas sobre los inimputables, que son: el loco o demente y los menores de dieciséis años; (38) el mayor de dieciséis años y menor de dieciocho puede serlo si obtiene una declaración previa de no discernimiento y, en todo caso, recibe un tratamiento especial (art. 72). La imputabilidad disminuida se admite en el caso de los trastornos psíquicos, por aplicación de la atenuante del número 1 del artículo 11 (eximentes incompletas). La embriaguez no es considerada por la ley y siguiendo una antigua tradición nacional, los Tribunales chilenos invariablemente han rechazado todo efecto eximente a la ebriedad, salvo que se trate de una intoxicación ética plena que sea posible asimilar a un caso de inconsciencia absoluta. Debe añadirse como causa de inimputabilidad (aunque es tema polémico) el miedo insuperable (art. 10, núm 9).

En cuanto a la *culpabilidad*, tradicionalmente se ha visto el dolo en la expresión «voluntaria» (39) utilizada en la definición legal del delito. En todo caso emplea el término «dolo» y lo equipara a «malicia» el artículo 2.º. Con claro sentido propio (en forma adverbial) la ley usa estas expresiones en algunos artículos (40). Las *formas de dolo* quedan libradas exclusivamente a la labor del intérprete y, según la opinión dominante, el dolo debe presumirse (inc. 2.º del art. 1.º), cuestión muy criticada y debatida pero que quizás no tenga todo el grave alcance que a primera vista se le podría atribuir. (41) La *culpa* no está definida en la P.G, pero en la P.E (cuasi-

(37) En Chile, la monografía de Novoa sobre el *Consentimiento del ofendido* (Santiago, 1938), en parte rectificada en su *Curso* cit., págs. 409 y sigs. La situación en España presenta perfiles dogmáticos diferentes, sobre todo atendido el problema en las lesiones. Vid. sobre este último particular los interesantes trabajos de M. COBO, *El artículo 426 del Código Penal y el problema del consentimiento en las lesiones* en «Anuario», XV, mayo-agosto 1962, págs. 303 y siguientes, y *Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el Código Penal*, en el mismo «Anuario», XVII, mayo-agosto 1964, págs. 243 y sigs.

(38) Artículo 10, números 1.º y 2.º; la fórmula de la inimputabilidad queda adscrita a la fórmula biológica o psiquiátrica pura.

(39) Controvertido, como en España, por un sector minoritario de la Doctrina. Vid. *supra* en el texto y nota 29.

(40) En tales casos se ha querido ver, tradicionalmente, un «dolo específico»; así, artículos 204, 221, 224, 256, 342, 395 y 396.

(41) Según la doctrina dominante, no es realmente un problema de inversión del peso de la prueba, porque en el proceso penal chileno en caso alguno se coloca al imputado en una situación de inferioridad respecto del *onus probandi* ya que el Juez debe investigar de oficio y con igual celo tanto los elementos de cargo como de descargo (art. 109 del Código procesal penal). El inciso 2.º del artículo 1.º vendría, más bien, a disminuir el rigor de las exigencias normales para la prueba de cargo en vista de las dificultades que ofrece acreditar un elemento netamente subjetivo y de que esa presunción simplemente legal corresponde a una circunstancia normal de la vida cotidiana (SOLER). Cfr. NOVOA, *Op. cit.*, I, págs. 525-26; ETCHERRY, *Op. cit.*, I, pág. 290; LABATUT, *Op. cit.*, I, págs. 148-9. Aunque el asunto sigue mereciendo reservas, que nos inclinamos a compartir (Vid., por ejemplo, DEL ROSAL, *Derecho Penal*, cit., pág. 415), es

delitos contra las personas) se distingue la imprudencia temeraria; la mera imprudencia y la negligencia que, en algunos tipos, debe ser inexcusable. (42) Los delitos *calificados por el resultado*, tema que ha sido certeramente revisado por nuestra literatura, están presentes en nuestro Código, pero en mucha menor medida de lo que pudiera creerse. (43) La figura de la *preterintencionalidad* no tiene autonomía ni siquiera al estilo de la atenuante del artículo 9.º del Código español, pero en algunos delitos es posible encontrar tipos preterintencionales especiales (44).

Respecto de las *causas de inculpabilidad*, el Código silencia toda referencia al error exculpante, por lo que este materia queda entregada a la labor del intérprete a partir de la exigencia legal del dolo y salvando el obstáculo del artículo 8.º del Código civil que dispone, de un modo general, que la ley se presume conocida. (45) En cambio, se dice expresamente que el error en la persona no tiene ninguna influencia en la responsabilidad (art. 1.º, inc. 3.º). El límite de la culpabilidad se encuentra en el *caso fortuito*, definido por el artículo 10 en su número 8.

Fiel a sus principios, el Código chileno opta por un largo catálogo de «circunstancias» que modifican la responsabilidad e intervienen en los rígidos mecanismos para la determinación de las penas. Distingue circunstancias *atenuantes* (art. 11), *agravantes* (art. 12) y una c. ambivalente que puede operar como atenuante o agravante según los casos (art. 13). La exacta posición de estas circunstancias en la teoría del delito, es uno de los tantos problemas que debe afrontar la dogmática chilena.

En cuanto a las *formas de aparición* del delito, la *proposición* y la *conspiración* se castigan a título excepcional (art. 8.º). En la ejecución imperfecta del delito se sigue el sistema de distinguir entre la *tentativa* («cuando el culpable da principio a la ejecución

del caso hacer constar que, afortunadamente, los tribunales no han hecho excesivo abuso de esta presunción, y más que nada es por ello que optamos por admitir que el asunto no tiene tanta gravedad *práctica*.

(42) Artículos 490, 491 y 492.

(43) En efecto, se ha demostrado que en las hipótesis tenidas tradicionalmente como de casos de delitos calificados por el resultado, en realidad, el dolo respecto del resultado más grave va envuelto implícitamente en el tipo de conducta (particularmente grave y de consecuencias riesgosas, sea en forma directa o eventual (previsibilidad mínima). Cfr. A. URIBE, *Delitos calificados por el resultado*, Santiago, 1956, y NOVOA, *Op. cit.*, I, págs. 558 y sigs. No obstante, algunas figuras parecen ser irreductibles a esta argumentación (artículos 140, 142, 150 y 474, por ejemplo). Por otra parte, está el caso de la «responsabilidad objetiva» como en el sistema de responsabilidades subsidiarias que señala el DL 425 sobre abusos de publicidad (similar a la responsabilidad en cascada) que establece la legislación española) y, en cierto sentido, el artículo 483 sobre delito de incendio y sus inaceptables «presunciones».

(44) Así, el aborto preterintencional, artículo 343 y el artículo 474.

(45) La inmensa mayoría de la Doctrina ya está llana a admitir el poder exculpante no sólo del error de hecho, sino también de derecho (a parte de quienes están con la más exacta terminología de error de tipo y de prohibición). La jurisprudencia, sin embargo, todavía está muy reticente con respecto al error de derecho.

del crimen... por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento»; art. 7.º, inc. 3.º) y la *frustración* («cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad; art. 7.º, inc. 2.º»), lo que da origen a las dificultades interpretativas que son fáciles de advertir. Los *actos preparatorios* suelen castigarse en algunas figuras especiales (vg., arts. 307 y 481), así como también las asociaciones de delinquentes (arts. 392-3). El desestimiento sólo está previsto expresamente en la proposición y conspiración, pero se sostiene, sobre la base de la definición legal del delito frustrado, que el desestimiento también cabe en la tentativa y en la frustración (46). El *delito imposible* es otro tópico que queda enteramente librado a la tarea del intérprete.

Los *concurso de delitos* están tratados, a los efectos de su penalidad, en los artículos 74 y 75. Este último define el concurso ideal en los siguientes términos: «...caso de que un sólo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro». La regla de acumulación material establecida por el Código penal en el artículo 74, se encuentra modificada por el artículo 509 del Código de PP que establece el sistema de la llamada acumulación jurídica. Sobre el *delito continuado* no existe norma alguna y no faltan autores que, con buenos argumentos, nieguen esta discutible figura (47).

En las categorías de *participación*, el Código chileno distingue a los *autores*, *cómplices* y *encubridores*. Entre los autores quedan comprendidos el autor propiamente dicho (art. 15, núm. 1); el instigador o inductor (art. 15, núm. 2) y el auxiliador no necesario (art. 15, núm. 3). El cómplice está definido como el que presta ayuda anterior o simultánea, sin estar comprendido en la categoría de autor (art. 16). Por fin el encubrimiento bajo sus diversas formas (favorecimiento, recepción, etc.) está considerado como una forma de participación. El concepto de peligrosidad no tiene realmente cabida en nuestro Código y la *reincidencia* (genérica y específica) está prevista como agravante (art. 12, núms. 15 y 16).

El *sistema de penas* del Código vigente responde claramente a la orientación retribucionista que señaláramos. Son penas, de acuerdo con el artículo 21, las siguientes: Muerte; Presidio o Reclusión (perpetuo, mayor o menor); Relegación; Confinamiento; Extrañamiento; Destierro; Inhabilitaciones, absolutas y especiales, perpetuas y temporales; Suspensiones; Prisión (faltas); Multa; Comiso y penas accesorias como cadena o grillete, celda solitaria e incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal.

Para la aplicación de las penas, elegidas para cada delito buscando un pretendido equilibrio entre el «mal» del hecho y el «mal» del

(46) Conforme, en general, toda la Doctrina. Vid. ETCHEBERRY, *Op. cit.*, II, página 69.

(47) Vid. el reciente artículo de NOVOA, *El delito continuado en Chile: un fetiche jurídico*, en «R. C. P.», XXIII, núm. 2, 1964; págs. 139 y sigs.

castigo, se legisla un complicado régimen de determinación que deja relegado al arbitrio judicial a un modesto papel (48). Este régimen está basado en las escalas graduales y en la combinación resultante de los siguientes factores: grado de participación; grado de desarrollo del delito; concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes y concurso o acumulación de delitos (arts. 50 a 78).

La *remisión condicional* de la pena y la *condena condicional*, han sido establecidas por leyes especiales posteriores (49).

La *extinción* de la responsabilidad penal se produce por las siguientes causas de acuerdo con el artículo 93: por la muerte del reo; por el cumplimiento de la condena; por la amnistía o el indulto; por el perdón del ofendido en los delitos de acción privada; por la prescripción de la acción penal y por la prescripción de la pena.

La *responsabilidad civil* no está expresamente reglamentada en el Código penal que se limita en su artículo 24 a declarar que la sentencia lleva envuelta la obligación de pagar las costas, daños y perjuicios quedando, pues, el resto de la materia entregada a las normas procesales y del Derecho común.

Nos sería materialmente imposible hacer siquiera una reseña de la *Parte Especial*. Bástenos señalar que todavía se mantiene muy semejante a la de su modelo, con los inevitables distanciamientos producidos por las respectivas reformas sufridas a lo largo de sus prolongadas vigencias (50).

(48) Para individualizar la pena el juez debe moverse, en primer término, dentro del mecanismo que le fijan los artículos 65 a 68, 72 y 73, lo que le permite, una vez determinado el grado de desarrollo del delito y el de participación, según las «circunstancias» que pueden concurrir (y para cuya apreciación, así como para su posible «compensación», goza de cierta discrecionalidad), y según la naturaleza y composición de la pena asignada al delito, imponer una que, en algunos casos podrá o no podrá ser uno de los grados (o grado) estipulados en cada artículo y, en otros, un grado superior o hasta tres grados inferior al señalado por la ley al delito. En segundo término, el artículo 69 permite que el Tribunal determine la cuantía de la pena, según esas mismas circunstancias y la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. En realidad, sin discutir por un momento la innecesaria complicación de todo el sistema «aritmético», hay que convenir que salvo ciertos casos extremos (pena o grado único, por ejemplo), los tribunales disponen de un margen de movimiento que no es muy estrecho y que, incluso, no utilizan en toda la gama de sus posibilidades; el artículo 69 no es en modo alguno utilizado como debiera serlo.

(49) Vid. *infra*, II, 6. En ese mismo lugar véase también referencia a la ley 11.625, que establece un amplio sistema de medidas de seguridad, pero que no está aún en vigencia. En el Código penal las medidas de seguridad son muy limitadas y tangenciales.

(50) QUINTANO RIPOLLÉS señala las siguientes diferencias: la desaparición de los delitos contra la religión, sustituidos por los crímenes y delitos relativos al ejercicio de los cultos permitidos en la República; la sistemática de la criminalidad política, reformada y completada por leyes especiales; la no consignación del delito de desobediencia; la inclusión de delitos relativos a las epizootias; los tipos de abandono de personas desvalidas, junto al abandono de niños; la agrupación de los delitos contra la honestidad dentro del título VII (contra

Siguiendo a JIMÉEZ DE ASÚA (51) podemos decir que hay delitos «viejos» que perduran (incesto, homosexualismo, sodomía, bestialidad) y que, en cambio, algunos delitos «nuevos» originados por las complejidades de la vida contemporánea, todavía no reciben acogida en su articulado (homicidio por emoción violenta y por piedad, contagio venéreo, proxenetismo, rufianismo, «delitos económicos», sabotaje, etc).

Sin embargo, en este último aspecto, no hay que olvidar la profusa cantidad de leyes especiales que contienen en nuestro ordenamiento jurídico tipos penales, algunos hasta excesivamente «novedosos» (52).

5. El Código penal de 1874 ha experimentado hasta la fecha algunas modificaciones y complementaciones de importancia.

La Ley 4.447 de 1928, sobre protección de menores, modificó los artículos 10, 11 y 72 (límite absoluto de la inimputabilidad por edad y atenuante calificada dentro del margen de los dieciséis a los dieciocho años, cuando ha sido declarado el discernimiento); las leyes 4.205 (1928) y 6.827 (1941) modificaron el artículo 492 (cuasidelitos y accidentes de tránsito); la ley 7.632 de 1943, legisló sobre el delito de incendio, modificando el artículo 483 y agregando a continuación dos nuevos artículos; esta ley estableció un sistema de presunciones muy poco compatible con la naturaleza del Derecho penal basado en el principio de culpabilidad y, mal entendidas por los Tribunales, dan lugar a graves injusticias; la ley 8.716, de 1947, amplió el tipo de usura (art. 472), haciendo más eficaz su represión; la ley 9.762, de 1950, modificó los artículos 142 y 358 sobre delitos del plagio y rapto, cuyas penas han sido aumentadas recientemente (1965).

La ley 11.183, de 1953, trajo numerosas reformas al Código penal: redujo a dieciocho años la edad sobre la cual existe la plena responsabilidad y disminuyó los efectos atenuatorios del artículo 72; eliminó la eximente en favor del marido que mata a su mujer sorprendida en flagrante adulterio (art. 10, núm. 2); redujo considerablemente los plazos de prescripción; modificó el artículo 449 sobre delito de abigeato y alteró las cuantías pecuniarias en aquellos delitos cuya penalidad se regula conforme a dichas cuantías.

La ley 11.625, de 1954, comprende dos partes diferenciadas. La primera constituye una serie de modificaciones al Código penal caracterizadas por una excesiva severidad (aumento de penas, presunciones, extensión del *iter crimines*...) con que el legislador pretendió, con demasiado optimismo, aumentar la eficacia de la represión de los delitos de robo y hurto, acentuando, de paso, el in-

«el orden de las familias y la moralidad pública»); considerar la violación como consumada desde que hay principio de ejecución y la casuística exigencia de las cuarenta y ocho horas de edad en el infanticidio. (*La influencia*, cit., página 109).

(51) *Estudio de Legislación comparada*, en «Códigos Penales Iberoamericanos», Caracas, 1946, Tomo I, pág. 400.

(52) Vid. *infra*, II, 6.

aceptable desequilibrio que existe en nuestro Código entre la valoración penal de los delitos contra la vida y contra la propiedad (53). La segunda, establece un sistema preventivo bastante completo de estados antisociales (pre, para y post-delictuales) y medidas de seguridad. No está en vigencia por falta de los establecimientos adecuados a cuyo funcionamiento la propia ley condiciona su entrada en vigor (54).

La ley 13.211, de 1959, introdujo una interpretación extensiva del concepto de empleado público (art. 260); la ley 13.303, del mismo año, reajustó nuevamente las cuantías pecuniarias que dan la pauta para medir la gravedad de muchos delitos (malversaciones, hurtos, estafas...) y estableció una agravación especial de la pena cuando el monto del perjuicio pecuniario es muy cuantioso; la ley 15.078, de 1962, volvió a modificar el artículo 260 y la ley 15.123, de 1963, establece nuevas penas y disposiciones en relación con los delitos de tránsito (circulación).

Por fin, sucesivas leyes han alzado el monto de las penas pecuniarias con el objeto de ir poniéndolas a tono con los nuevos valores reales de nuestro signo monetario.

6. Entre las leyes que han complementado el Código penal chileno, suelen citarse el Decreto Ley 321, de 1925, sobre libertad condicional; la ley 4.447, de 1928, sobre protección de menores; las leyes 5.378 y 5.507 que configuran nuevos tipos delictivos (prestación de servicios militares a Gobiernos extranjeros, hurto de expedientes, etc.); ley 7.821, de 1944, sobre remisión condicional de la pena (privativas de libertad inferiores a un año); el Título I de la ley 11.626, y algunas otras de menor importancia.

Además, deben considerarse numerosas leyes especiales que contienen disposiciones de carácter penal. Aparte del Código de Justicia militar (1944), que en importante medida tiene una finalidad

(53) Este título I (39 artículos) de la ley 11.625, inspirada en parte y muy semejante a la ley española de «vagos y maleantes» (1933), recibe la aprobación de JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado*, I, pág. 1097). Por nuestra parte, con todo el respeto que nos merece el maestro español y los autores del proyecto chileno (ilustres miembros del ICP), estimamos que esta ley, en su conjunto, o sea, tanto en la parte de las reformas penales como en la «preventiva», es desafortunada. Aunque parcial, ha sido una feliz circunstancia el que no entre todavía en vigor el título I; confiamos en que una reelaboración o un nuevo Código penal con sistema binario corregirá sus defectos y excesos.

(54) Los principales artículos reformados son: 433 (robo con homicidio, con violación o con lesiones muy graves, castigado con pena de prisión mayor a muerte); 436 (se suprime el valor de los objetos sustraídos como medida de pena); 440 (se elimina la cuadrilla como elemento calificativo); 441 que se suprime; 443 (al que se le da un nuevo contenido; robos de cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público); 450 (reglas generales para robos y hurtos y, entre ellas, que estos delitos se castigan como consumados desde que se encuentran en grado de tentativa (!); 454 (modificado en varios de sus incisos, entre los cuales, el que castiga como autor, en todo caso, a los mayores de dieciocho años que participan en delitos cometidos por menores de esa edad (!) y se da incorrectamente la calidad de cómplice al receptor, que debiera ser encubridor) y el artículo 456 en que se agrupan una serie de agravantes específicas para los robos y hurtos.

específicamente punitiva, existen innumerables leyes con muy diversas finalidades y naturaleza que al asegurar mediante la tullea penal algunos de sus objetivos o normas, han creado gran cantidad de delitos especiales (55).

Pueden citarse, entre otras y sin riguroso orden cronológico, las siguientes: leyes de prenda agrícola e industrial; leyes de propiedad industrial y de propiedad intelectual; de compraventa de cosas muebles a plazos; sobre aeronavegación; de Registro Civil; ley general de ferrocarriles; ley de quiebras; Ordenanza de aduanas; ley de alcoholes; ley de cheques; ley de abusos de publicidad; ley de seguridad interior del Estado, etc. (56).

7. Un Código penal que, mejor o peor, se encuentra fundado en un eclecticismo predominantemente retributivo y está construido con una técnica suministrada por la ciencia de las primeras décadas del siglo XIX, es un Código «clásico» que debía concitar forzosamente los afanes de reforma en épocas en que las inquietudes alimentadas por las «nuevas escuelas» y los auténticos afinamientos de la técnica jurídica traían consigo insistentes aires renovadores. Pero quizá la verdadera e inexorable razón para pensar en un nuevo Código, que resume todas las demás, es la que se expresa en el escueto preámbulo del Decreto Supremo que designa la comisión que debería redactar el proyecto de 1946: «Teniendo presente que el *tiempo transcurrido* desde la dictación del Código penal aconseja estudiar su reforma» (57). Es indudable que después de casi un siglo fuera legítimo pensar en un nuevo ordenamiento penal (58).

Los proyectos de reforma, de mayor o menor envergadura y extensión, son varios. Ya en la primera presidencia de ALESANDRI —época de profundas y renovadoras inquietudes sociales (59)— se designó, por Decreto de 23 de julio de 1921 una Comisión de Senadores y Diputados encargada de estudiar la reforma del Código penal, lo que no hizo. Tiempo después, el 21 de junio de 1928 (Presidencia de IBÁÑEZ) se designó otra numerosa Comisión con igual propósito, pero que tampoco realizó labor alguna. Sin embargo, algunos miembros de esta última Comisión serían los autores de los dos primeros proyectos que lograron completarse, ambos del año 1929.

El primer proyecto de ese año es el debido a los magistrados R. FONTECILLA y E. ERAZO; el segundo, al también magistrado

(55) Esta discutible, pero inevitable técnica legislativa, ha proliferado de tal manera en Chile que resulta casi imposible saber a ciencia cierta cuantas «leyes extravagantes» con algún contenido penal hay en actual vigencia. El Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Chile está realizando con este objeto una importante labor de clasificación.

(56) Para mayor detalle, vid. NOVOA, *op. cit.*, págs. 108-9.

(57) D. S. 2729 de 15 junio de 1945 por el que se designa una comisión para que estudie y proponga al Gobierno las reformas urgentes que necesita el Código Penal; se inserta en la impresión del Proyecto, Santiago, 1946, pág. 3.

(58) Con todo, para nuestro criterio sobre la reforma, vid. *infra*, V.

(59) De ese tiempo data el Código del Trabajo y las primeras grandes leyes de previsión social.

y profesor P. ORTIZ, que contó con la colaboración de un jurista alemán nacido en Chile, L. von BOHLEN. Posteriormente, en la segunda presidencia de ALESSANDRI, se encomendó un nuevo proyecto al magistrado P. SILVA y al profesor G. LABATUT, quienes cumplieron su cometido en 1938. Finalmente, en 1945 fue designada una amplia comisión que alcanzó a completar un proyecto de reforma sobre la Parte General del Código vigente, a principios de 1946 (60).

Todos los proyectos mencionados se encuentran publicados y de ellos daremos algunas noticias *infra* (IV, 11, 12 y 13).

III. LA PROGRESIÓN DE LA CIENCIA PENAL EN CHILE

8. De la época anterior al Código penal no existen rasgos dignos de mención de lo que pudiera constituir algún germen de labor científica respecto de una disciplina que mereció muy escasa atención por parte de los jurisconsultos de las primeras décadas de nuestra independencia y cuyo ejercicio no atraía a los más selectos ni merecía los honores de una especial dedicación.

Casi inmediatamente después de la promulgación del Código, Alejandro FUENSALIDA publicó (Santiago, 1876) unos *Estudios sobre el Libro I del Código penal*, incompletos, que sería la base de sus «Comentarios» al Código, editados algunos años más tarde en tres volúmenes (1882). Estos comentarios, al estilo de PACHECO y dentro de unos límites indiscutiblemente exegéticos son, sin embargo, de gran calidad y algunas de sus agudas reflexiones mantienen su interés y vigencia.

Siempre en el terreno exegético y formal de unos «comentarios», pero a mucha distancia de los anteriores, se publican los trabajos de P. J. FERNÁNDEZ (2.^a ed., Santiago, 1900) y de R. VERA (Santiago, 1883). Con distinta proyección, cabe mencionar el *Código penal, orígenes, concordancias y jurisprudencia* de Santiago LAZO (Santiago, 1915); se trata de un volumen de la serie «Los Códigos chilenos anotados» que han prestado útiles servicios en el Foro durante muchos años.

Las obras mencionadas, junto a algunas otras de menor importancia, «apuntes» de clases y tesis de licenciados, cierran este período, realmente pobre, de la ciencia penal chilena.

9. A un período *exegético* debería haber seguido una etapa *sistemática*, conforme al conocido esquema evolutivo de GRISPIGNI (61). Sin embargo, la progresión de la ciencia penal chilena ha sido discontinua, pues careció, en el momento oportuno, de esa

(60) Este Proyecto, junto con el que después fue ley 11.625 (estados antisociales), los sitúa, con razón, JIMÉNEZ DE ASÚA en la tendencia a las modificaciones parciales que formó opinión en Chile, dirección que no le parece censurable «como contrapartida loable a la inestabilidad legislativa de Iberoamérica» (*Tratado cit.*, I, núm. 361).

(61) Según el que fuera profesor de Roma, la ciencia del Derecho pasa, sucesivamente, por estas tres etapas: *exegética* (simple conocimiento y descripción de la ley); *sistemática* (análisis de las instituciones en todos sus elementos

fase sistemática que sólo apunta en algunos trabajos aislados. De este modo, el notable incremento que desde hace muy pocos lustros adquirió el estudio propiamente científico del Derecho penal, por ser necesariamente tributario de sistemas extranjeros, significó un «salto hacia la dogmática ejecutado en el vacío de una sistemática inacabada», cuyos inconvenientes y peligros ha hecho notar E. CURY en reciente artículo (62).

Por otro lado, al paso que el estudio de la PG, bajo el impulso de las mismas corrientes foráneas —más fácilmente adaptables en ese sector— y de las inclinaciones del momento marcadamente dominadas por los temas relativos a «los principios generales», avanzaba en alguna medida, la PE era notoriamente descuidada hasta el punto que hoy se puede estimar que no está completo ni siquiera el estudio exegético de todos los delitos en particular (63).

Este fenómeno, quizá extraño en un país que se ha distinguido por su vocación jurídica, se debió a factores perfectamente conocidos: dicha vocación, hasta hace poco, se concentraba casi exclusivamente en las especialidades privatistas o en el Derecho político y la enseñanza del Derecho penal en las Universidades estaba confinada a un modesto segundo plano; pero, sobre todo, porque los cultivadores mejor dotados de la disciplina, entregados a la estéril lucha de las escuelas y particularmente al positivismo que tantos estragos hiciera en América, dedicaron sus esfuerzos a otros objetos que los propios de una estricta labor jurídica.

El profesor R. del Río es la figura más relevante de este lapso, en general, poco fecundo. Sus obras *Derecho penal* (Santiago, 1935) y *Elementos de Derecho penal* (Santiago, 1939) se resienten de un exagerado positivismo que desdibuja las instituciones jurídicas. Con todo, representan un estimable esfuerzo sistemático de conjunto, muy superior a unos simples comentarios y con valores permanentes dentro de la bibliografía nacional.

El predominio de las tendencias positivistas llega, aproximadamente, hasta la década del 40, pero es desde entonces cuando empiezan a aparecer algunas obras y a formarse el ambiente que haría propicio el considerable desarrollo alcanzado posteriormente por la ciencia penal chilena. Pedro ORTIZ, muy al corriente de la doctrina alemana, la difunde en el país por medio de su Proyecto (1929), en sentencias judiciales que como magistrado le tocó pronunciar y en diversos libros y otros escritos, pero su labor, junto con el indiscutible mérito de contribuir a la apertura de nuevos horizontes, acusa el grave inconveniente que todavía sigue gravitando sobre nosotros:

y consecuencias) y *dogmática* (síntesis de las instituciones integradas en un sistema total). Cfr. F. GRISPIGNI, *Derecho Penal Italiano*, vol. 1.º, Buenos Aires, 1948; págs. 26 y sigs., principalmente.

(62) E. CURY, *Reflexiones sobre la evolución del Derecho Penal chileno*, en «RCP», XXIII, núm. 2, 1964; págs. 154 y sigs.

(63) Ciertamente que este desequilibrio entre ambas partes es una deficiencia de la que todos se resienten, en mayor o menor medida. Cfr. el propio GRISPIGNI, *loc. cit.*

la recepción, más o menos indiscriminada, de una dogmática ex tranjera. Su obra principal, *Nociones generales de Derecho penal* (Santiago, 1933-37) es una adaptación al español, casi literal, del *Tratado* de von LISZT (64).

Si ORTIZ sólo se puede considerar un precursor, el paso decisivo para la elevación científica de nuestro Derecho penal lo da, en cambio, un reducido núcleo de juristas, profesores y magistrados que despliegan una importante actividad por esos mismos años 40 (65). A su lado no debe olvidarse la figura de JIMÉNEZ DE ASÚA que ejerció sobre esta generación un poderoso influjo promocional (66). La mayoría se encuentra hoy en plena labor creadora, por lo cual deben ser incluidos en el nutrido grupo de penalistas contemporáneos, que ellos mismos encabezan, dedicados a forjar una auténtica dogmática penal chilena.

10. La acción decisiva de juristas como M. SCHWEITZER, L. COUSIÑO, G. LABATUT, E. NOVOA, A. BUNSTER, ha traído consigo un notable desarrollo del Derecho penal en Chile. Apartándose de todo bizantinismo de Escuelas, conforme a las más destacadas corrientes del pensamiento jurídico penal que conocen y saben manejar, emprenden la tarea de elaborar científicamente, con estricto rigor dogmático, nuestra ley punitiva vigente. Pero, sobre todo, han tenido la inestimable virtud de saber formar nuevas generaciones de estudiosos, seleccionados entre los más capaces de cada promoción. Con su esfuerzo y preparación y con la gran ventaja de una claridad en métodos y objetivos recibida como orientación

(64) Y, sin embargo, ORTIZ maneja con soltura y agudeza el derecho positivo, como lo prueban sus sentencias, algunas realmente notables; su interpretación de los artículos 1.º y 2.º del Código penal en la construcción del concepto legal de delito, etc.

(65) Si no en número de publicaciones, importante en calidad y trascendencia, M. SCHWEITZER dicta su cátedra con rigor dogmático y G. LABATUT se inclina progresivamente en esa dirección. A. DRAPKIN —hoy orientado por rumbos muy diversos— publica su excelente monografía sobre *la relación de causalidad* en 1943; E. NOVOA el *consentimiento de la víctima* en 1939 y *los elementos del delito* en 1952; L. COUSIÑO su riguroso estudio sobre *la falsificación de instrumentos privados* en 1944; A. BUNSTER, *la malversación de caudales públicos* en 1948 y *la voluntad en el acto delictivo* en 1951. Rafael FONTECILLA, por su edad y por la fecha de sus primeros trabajos (el *concepto jurídico del delito...*, es de 1936, y sus artículos sobre los *concurso*s se publican por primera vez en 1945 y 1946), de significación dogmática, podría considerarse como precursor, pero la continuidad de su labor no interrumpida hasta hoy, permite incluirlo en este grupo. También deben mencionarse los dos gruesos volúmenes del II Congreso Latinoamericano de Criminología (1941), en que se trataron interesantes problemas penales y en el cual Chile, sede del Congreso, participó activamente con ponencias e intervenciones de gran calidad. Alma de la organización de este Congreso fueron el ICP y su presidente, L. COUSIÑO.

(66) Desde sus primeras obras, pero sobre todo desde la difusión de su *Teoría jurídica del delito*, JIMÉNEZ DE ASÚA ha tenido gran influencia en los penalistas de Hispanoamérica como punto de apoyo de la reacción en contra del positivismo italiano imperante. Esta influencia se acentúa a partir de 1940 en virtud de un contacto más directo y estrecho y por sus muchas obras, siempre portadoras de un potente espíritu renovador.

fundamental por parte de aquéllos, este nutrido grupo de jóvenes juristas presta su eficaz colaboración en la tarea señalada.

Importantes metas ya han sido alcanzadas: la investigación científica se realiza con absoluta pureza instrumental, dentro de un campo perfectamente delimitado y sin que la interferencia de problemas criminológicos o de otra índole, que tantos perjuicios nos causara, perturbe el quehacer jurídico y sin que, tampoco, se desconozca la fundamental interrelación de todas las disciplinas cuyo objeto común es el delito y el delincuente; en suma, el rigor metodológico impera absolutamente en nuestros estudiosos; además, la amplia recepción de la ciencia extranjera, generalmente a través de sus fuentes originales, ha acrecentado nuestra experiencia y ha favorecido una más acabada visión de toda la problemática; por fin, existe una plena conciencia de todas las cuestiones en su dimensión *nacional*, así como una gran inquietud y suficiente formación para intentar afrontar sus soluciones.

Esto no puede significar que se encuentre lograda una plena madurez dogmática en la elaboración del Derecho penal chileno. Es cierto que serios obstáculos se opusieron desde un principio, obstáculos que, en parte, aún subsisten: la falta de una labor sistemática previa de proporciones apreciables o significativas, dificultan enormemente los objetivos dogmáticos dirigidos a la construcción de sistemas generales o parciales sobre la exclusiva base del Derecho positivo vigente, escasamente trabajado; en cambio, obliga a recurrir en demasía a la ciencia extranjera o hace caer en la tentación de admitir, falsamente, soluciones foráneas sin validez en la esfera de la ley nacional; este mismo estado de cosas mantiene un enorme desequilibrio entre la PG y la PE, todavía más descuidada, lo que fatalmente acentúa las dificultades para una armónica integración del sistema, con graves repercusiones prácticas incluso en la jurisprudencia actual (67).

(67) Recargando las tintas negras, CURY (*Reflexiones... cit.*), señala que la inevitable acomodación de nuestro Derecho a la estructura «orgánica y evolucionada» presentada por los tratadistas alemanes, significó tropezar con los siguientes inconvenientes: a) instituciones de nuestro ordenamiento que no reconocen paralelos en sistemas extranjeros y que se quedaban sin adecuada solución sistemática (por ejemplo, las circunstancias modificativas de la responsabilidad); b) el caso inverso y en el que algunos autores en vez de limitarse a ignorar la institución extranjera, le dedicaban largas disquisiciones al tema; y c) instituciones que por su peculiar reglamentación en el derecho extranjero dan origen a serios problemas que son trasladados a nuestro medio sin justificación alguna, puesto que la regulación de la ley nacional no presenta las mismas dificultades (por ejemplo, el concepto de acción en sentido lato; el estado de necesidad, etc.).

Básicamente, CURY está en lo cierto pero, por una parte, incurre en el extremismo de considerar únicamente la situación con referencia a la dogmática alemana, como si no existiese la recepción de *otros* sistemas extranjeros que nos son mucho más afines. Por otra y sobre todo, parece no querer advertir que nuestros juristas ya han tomado plena conciencia de este problema desde hace varios años y que estamos en franco tren de superarlos. Así, a estos «grandes males» ya se están poniendo «grandes remedios».

Lo anterior, sin embargo, no nos puede llevar a postular el radical punto de partida propuesto por CURY, que sería injusto para con todos nuestros juristas incluido él mismo: «reiniciar la tarea con humildad» (68). En realidad, la tarea *ha sido iniciada* hace por lo menos quince años, sobre las bases que señala el propio CURY y que compartimos plenamente: a) El campo en que trabajamos no se encuentra todavía suficientemente preparado para la estructuración de sistemas dogmáticos tan completos y cerrados como la de los grandes juristas alemanes, italianos o españoles; primero tenemos que conocer y agotar nuestra ley positiva que, al fin de cuentas, es bastante menos imperfecta que, por ejemplo, la alemana y que puede dar mucho de sí; b) es menester intentar el reanálisis de muchas de nuestras instituciones, particularmente de la parte especial; ello debe ser preocupación fundamental de todos los juspensalistas, y c) si bien sería absurdo desaprovechar todas las aportaciones de la ciencia penal extranjera en lo que tienen de utilizable (y en esto la española nos es particularmente interesante) no deben admitirse a bulto, renunciando a su análisis minucioso y a una continua confrontación con el Derecho positivo para verificar hasta donde es posible admitirlas.

Esta tarea dogmática en creciente expansión radica, en primer término, en la Universidad, en sus Cátedras y en los Seminarios. Sin excepción, todos los catedráticos ordinarios, extraordinarios y profesores adjuntos hacen dogmática en un alto nivel con intensa dedicación personal a su labor docente y a su misión de orientadores (69). El Seminario del Derecho penal de la Universidad de Chile, dirigido por A. BUNSTER, complementa eficazmente esas tareas y está entregado a un vasto programa de investigación.

Ha sido una característica negativa de los penalistas chilenos su reticencia por escribir; la escasez de la bibliografía penal chilena ha ocultado su verdadera potencialidad y ha inducido juicios errados, causando gravísimos perjuicios al avance de la ciencia patria. Sin embargo, esta deficiencia está en vías de corregirse y, aunque falta mucho camino que recorrer, un número cada vez más denso de monografías de primera calidad va llenando el vacío de un trabajo previo de cimentación, indispensable para la construcción de los grandes sistemas generales (70).

(68) *Loc. cit.*

(69) El profesor de dedicación completa es una novedad que ahora recientemente se está introduciendo en nuestra Universidad y solamente en forma parcial (sólo una de las varias cátedras paralelas); por lo general, el profesor es un profesional de intenso ejercicio o un magistrado, por lo que la docencia es un signo de verdadera vocación y esfuerzo.

(70) Para citar algunas: ETCHEBERRY, *Concurso aparente de leyes penales*; AMUNATEGUI, «Maliciosamente» y «A sabiendas» en el Código Penal; BASCUNÁN, *El delito de abusos deshonestos*; Marcela BUNSTER, *El versari in re ilícita*; GARRIDO, *Delitos contra el honor*; POLITOFF, *El delito de apropiación indebida* y *Los elementos subjetivos del tipo legal*; URIBE, *Delitos calificados por el resultado*; CURY, *El delito continuado*; BUSTOS, *El concurso ideal de delitos*; VI-

Afortunadamente, esa carencia no ha sido obstáculo insuperable para que se haya emprendido, con gran dignidad científica, el camino de los tratados y obras generales de conjunto. Sin duda que al no suplir con su solo esfuerzo la inacabada elaboración de muchas instituciones, sus autores han tenido que apoyarse, en mayor o menor medida, en trabajos, en ideas y en sistemáticas extranjeras; era, en efecto, «una situación fáctica que les era dada y a la cual, por tanto, no podían sustraerse» (71). Empero, este andamiaje externo va siendo cada vez menos necesario y en un futuro próximo confiamos en que sólo quedaran aquellas vigas maestras, propias de la naturaleza ecuménica de las grandes ideas, que solamente un exacerbado provincialismo al estilo de la literatura alemana podría pretender ignorar. Por breve que sea este escolio, debemos dedicar un momento a las obras generales de nuestra bibliografía actual, que son tres.

Gustavo LABATUT, a partir de un modesto Manual publicado en 1948, consigue una importante obra didáctica en dos volúmenes, *Derecho penal* (la ed. de 1954; 4.^a y última de 1963-64) que ha merecido justos elogios incluso en el extranjero (72). Conservando viejas estructuras, «porque el deseo de no dificultar el estudio del... Libro I del Código penal me decidió a no innovar en la distribución de las materias..., sin que esto significara desconocer que ella no se ajusta a la técnica penal más reciente», ha conseguido plenamente su propósito de proporcionar una información general acerca del Derecho penal chileno que sirva de punto de partida para más acabados estudios. Todos los grandes temas de la PG y los delitos en particular, están tratados con sencillez, equilibrio conceptual, moderna información e impecable estilo, lo que hace de este libro si no un *tratado*, al menos un *compendio* de «indudable utilidad para la enseñanza y que como tal debe ser calificado de muy estimable» (73).

De mayor relieve dogmático es el *Derecho penal*, de Alfredo ETCHENERRY (Santiago, 1964), que desarrolla en cuatro volúmenes

VANCO, *Robo con homicidio*; ROMÁN, *Comunicabilidad en el parricidio*; MIRANDA, *Falsedades documentales*; SCHWEITZER, W., *El error*, etc., etc.

(71) CURY, *Op. cit.*, pág. 156. Por cierto que en la repulsa de las corrientes foráneas no debe caerse en el extremo opuesto. Bien dice BUNSTER que «incurriría en grave dislate quien pretendiera desconocer la legitimidad de valerse de la investigación ajena cuando está bien hecha o cuando se carece de los materiales necesarios para efectuarla cumplidamente por cuenta propia». (Recensión al *Curso de Derecho Penal* de NOVOA en «RCP», XXI, núm. 2, 1962; pág. 259.) Esto es especialmente aplicable a la Doctrina española, siempre bien recibida en Chile y que nos presta el mejor de los servicios. Con todo, hay que tener sumo cuidado en su manejo porque una «casi» semejanza es más engañosa que el contraste total y, a veces, pequeños cambios o diferencias entre ambas legislaciones —que no siempre se advierten— excluyen de raíz la validez de toda una argumentación.

(72) Vid. la importante recensión de F. BUENO ARAUS en la «Revista de Derecho Español y Americano», núm. 11, 1966; págs. 289 y sigs. También «Anuario de Derecho Penal y Criminología», Tomo I, Buenos Aires, pág. 207. En Chile, «RCP», XX, núm. 1, 1961; pág. 179.

(73) Recensión de BUENO ARAUS, *cit.*, pág. 292.

el programa completo de la materia, bajo el signo de una fundamental unidad sistemática. No es una mera exposición de doctrinas seguidas o ilustradas con los preceptos legales correspondientes, sino un *sistema* donde la ley y la teoría, armónicamente imbricados, se desenvuelven siguiendo el hilo conductor que le va trazando el pensamiento del autor. Según él mismo lo admite, la obra, por su carácter dogmático, reduce al mínimo indispensable las referencias criminológicas y sociológicas y los problemas pertenecientes a la filosofía del Derecho sólo se abordan en la medida de lo estrictamente necesario para la adecuada comprensión de las materias propiamente jurídico-penales. Junto a las inevitables citas de autores extranjeros, se maneja en forma exhaustiva y acertada la literatura nacional.

Es plausible que muchos de sus enfoques hayan concitado la crítica y la disconformidad, ese es precisamente el signo inequívoco de que se trata de una creación genuina y no de un simple repertorio de opiniones ajenas. No podríamos descender al detalle de la estructura de la obra, pero admitimos, en lo que al conjunto se refiere, que le falta uniformidad de desarrollo (74) y que, en ciertas ocasiones, se resiente su rigor sistemático y no se alcanza la suficiente madurez. Sin embargo, si consideramos la relativa juventud de su autor y las dimensiones de su obra, también deberemos convenir que son inconvenientes que irán solucionándose progresivamente. En cambio, debemos agradecer a ETCHEBERRY que desestimando pruritos de perfeccionismo y conveniencias profesionales —causantes en gran medida de ese pernicioso raquitismo bibliográfico que lamentábamos— haya compuesto una obra que, en todo caso, ha superado largamente la modesta finalidad de servir de texto auxiliar a los alumnos de su cátedra.

El *Curso de Derecho penal chileno* (tomo I, Santiago, 1960; tomo II, Santiago, 1966), de Eduardo NOVOA MONREAL, señala un hito en la literatura penal del país: «La aparición de la obra es un hecho de capital importancia en la vida jurídica chilena y marca una época en el estudio científico de nuestra disciplina» (75).

También en este caso su propósito inmediato fue el de servir de texto de estudio, pero dentro de una concepción más amplia, pues junto a lo que se estima como «la información mínima necesaria para el estudiante» se añade, sin romper la secuencia del discurso, importantes complementos (con tipografía menor) en los que el autor pone a contribución todo el acervo de su dilatada experiencia de profesor y abogado, su erudicción y su penetrante talento jurídico. El resultado es una obra sistemática con todas las características de un verdadero tratado, aunque lamentablemente limitado a la Parte General.

NOVOA es el primero en afrontar (el libro de ETCHEBERRY es

(74) Ciertamente que el autor nos advierte esta circunstancia, pero en una obra de su envergadura debería, en lo posible, evitarse.

(75) A. BUNSTER en la recensión del libro, ya citada (nota 71).

unos cinco años posterior), encarando con decisión los obstáculos que señaláramos, la tarea genuinamente dogmática de «disponer sistemáticamente la doctrina envuelta en la ley», como dice A. BUNSTER en feliz expresión. No hay duda, pues, que este curso se expone y desarrolla conforme a un sistema contraído al Derecho vigente y es por ello dogmáticamente una realidad lograda. Por cierto que, como tal sistema, puede y debe recibir una confrontación crítica; se estará en mayor o menor desacuerdo con sus elaboraciones hechas, en general, con gran acatamiento a la ley y procurando rehuir al máximo cuestiones criminológicas o filosóficas marginales, así como teorías foráneas ajenas a nuestro Derecho y sin olvidar, por último, la unidad fundamental de todo el ordenamiento jurídico. Sin embargo, estos son aspectos propios de otros enfoques. Lo que aquí nos interesa subrayar es su particular trascendencia no sólo por su precisión y claridad expositiva, por su decidido enfrentamiento con todos los problemas o por tantos otros méritos intrínsecos, sino porque al reconstruir la ley penal en *sus* principios, en *sus* fuentes, en *su* doctrina y en *su* práctica, sin perder de vista las tendencias de la ciencia penal contemporánea (76), ha inscrito a Chile en la nómina de los países que cuentan en su literatura jurídica-penal con tratados *propriamente* nacionales.

BUNSTER culmina su recensión (77) expresando que esta obra «...surge a nuestra incipiente literatura jurídica como exponente admirable del afán de unos cuantos estudiosos por enaltecer la investigación jurídica chilena y como un poderoso incentivo para que otros, siguiendo el ejemplo trazado por el profesor NOVOA, vayan constituyendo esa serie armoniosa de obras sistemáticas que caracteriza a los países de gran cultura jurídica». Una respuesta casi inmediata a este llamado, la constituye la obra de ETCHEBERRY. Confiamos —y alguna información que poseemos nos permite ser optimistas— en que dentro de poco se habrán sumado otras más.

No podríamos concluir el presente bosquejo sin reservar algunas líneas para el Instituto de Ciencias Penales. Fundado hace exactamente treinta años (mayo de 1937) por R. DEL RÍO, es una institución privada entrañablemente unida al progreso de las disciplinas penales en nuestro país. Presidido sucesivamente por los profesores L. COUSIÑO, D. SCHWEITZER y E. NOVOA, su actual Presidente, agrupa en su seno a los más destacados juristas, criminólogos, medicolegistas, penitenciaristas, etc., del país y lucha incansablemente, al máximo rendimiento de sus recursos humanos y materiales, por la efectiva consecución de sus objetivos fundacionales: el estudio, difusión y desarrollo de las ciencias penales (78). Publi-

(76) Ejemplos destacados en este sentido pueden ser el tratamiento de algunas justificantes y, sobre todo, su original elaboración de la culpabilidad *latu sensu* (reprochabilidad).

(77) *Loc. cit.*, pág. 260.

(78) Para una rápida información sobre el Instituto, pueden consultarse las intervenciones con ocasión de celebrarse los veinticinco años de vida del Instituto, publicadas en la «RCP», XX, núm. 2, págs. 324 y sigs. En su discurso,

ca la «Revista de Ciencias Penales», de bien ganado prestigio internacional. Esta revista, al divulgar y estimular la producción científica patria, presta un apoyo eficaz en el movimiento hacia una verdadera dogmática en que actualmente se encuentra empeñada con decisión la ciencia penal chilena.

IV. LOS TRABAJOS DE REFORMA EN PARTICULAR

II. Como ya tuvimos ocasión de ver (79), las inquietudes reformadoras comenzaron a canalizarse en Chile a partir de 1921, pero sus primeros frutos concretos son dos proyectos de Código penal presentados al Gobierno en el año 1929.

Uno de ellos es el compuesto por los magistrados Eduardo ERAZO y Rafael FONTECILLA, llamado comúnmente *Proyecto Erazo-Fontecilla*. Abarca tanto la parte general como la especial y se inscribe en las tendencias, de muy fuerte impacto en la época, de la política criminal, eclecticismo que los positivistas censuraran con cierta dureza (80).

Censura por demás injusta porque los autores no ocultan sus simpatías por aquella Escuela penal, cuando dicen en el «Mensaje»: «Sin dejar de reconocer que lo más eficaz habría sido la aceptación amplia de la fórmula del estado peligroso, como fundamento *único* de la medida y límite de la responsabilidad, el proyecto no ha acogido este criterio por estimar que no tiene todavía entre nosotros el ambiente necesario. Por eso ha debido aceptar la imputabilidad y responsabilidad delictiva tratándose del cometimiento de un hecho ilícito, y la fórmula del estado peligroso en casos de peligro no constitutivo de delito» (81).

El eclecticismo político-criminal no lo han elegido, pues, por verdadera vocación doctrinaria (82), sino por necesidades circunstanciales y se manifiesta en los siguientes rasgos del Proyecto: a) en la elección de las medidas empleadas para sustituir las penas cortas de prisión (condena condicional, perdón judicial y la multa en la triple vertiente de su individualización, modo de facilitar su pago y medidas de apremio o sustitución); b) en mantener con-

el profesor Cousiño dijo estas certeras palabras: «Hasta el año 1937 nada unía a los cultores de las ciencias penales... Este recio nexo de unión que significó la creación del Instituto de Ciencias Penales, abrió las más insospechadas puertas de adquisición de conocimientos, de trabajo en equipo, de investigación científica y de vinculaciones de todo orden».

Véase también las memorias anuales del Directorio del Instituto que se publican en el último fascículo de cada año de la Revista.

(79) Vid. *supra*, II, 4.

(80) Por ejemplo, E. GÓMEZ le reprocha que su eclecticismo carece de «autoridad científica» (cit. por JIMÉNEZ, *Tratado*, I, pág. 915).

(81) Mensaje o exposición de motivos que figura en la edición oficial del Proyecto, Santiago, 1929; págs. IV-V. La «añoranza maximilista», como la denomina JIMÉNEZ DE ASÚA, se sigue advirtiendo en otros pasajes del mismo Mensaje.

(82) Mensaje cit., que, como se dijo *supra*, nos da la verdadera clave de las ideas doctrinarias que en esa época seguían los autores del Proyecto.

juntamente la imputabilidad y el estado peligroso, y c) en el sistema binario de penas y medidas de seguridad.

Conforme a su criterio dual, el Proyecto dedica todo el título IX a la «prevención». En efecto, el propósito de los autores de limitar la fórmula del estado peligroso al campo *preventivo* no puede ser más claro, según repiten en varios pasajes de la exposición de motivos y al explicar este título al que denominan «verdadero Código preventivo», pues «la justicia está obligada a tomar medidas contra ciertos individuos que, si bien no han cometido ningún hecho delictuoso, por su manera de vivir, sus hábitos, sus deficiencias mentales, etc., puede esperarse de ellos una conducta contraria al orden jurídico. Esta es la innovación más atrevida del proyecto, y a la vez la más certera en la lucha contra la criminalidad» (83).

Las *medidas de seguridad* propuestas por el proyecto son: internamiento en manicomios u hospicios, establecimientos de reeducación, casas de salud, casas de trabajo, expulsión de extranjeros; caución de buena conducta; sujeción a la vigilancia de la autoridad (art. 56).

Sin embargo, que estas medidas sólo tengan aplicación en los casos de peligrosidad no delictiva (o predelictiva) no es tan claro como lo es el propósito de los redactores. Encontramos razón a JIMÉNEZ DE ASÚA cuando frente al artículo 55 —que establece los casos en que se reúnen las condiciones de peligrosidad social— manifiesta sus serias dudas sobre el particular (84). Al lado de los absueltos por inimputabilidad figuran también los casos de «imputabilidad disminuida» y además de los «malvivientes» (prostitutas, rufianes, ebrios, toxicómanos, etc.) están los «delincuentes crónicos» y, realmente, no es posible encuadrar a estos últimos, así como tampoco los afectos a responsabilidad disminuida en la categoría de «estados predelictuales».

En la parte propiamente penal del Proyecto, destacan las siguientes novedades técnicas: a) se suprime, por innecesaria, toda *definición de delito*; b) se establecen, en cambio, unas *bases de punibilidad* que en el fondo vienen a ser una descripción conceptual de los elementos del delito (arts. 1.º, 7.º, 9.º y 12); c) se definen legalmente los conceptos de *dolo* (directo y eventual) y de *culpa*; d) se acoge el efecto excusante del *error de derecho*, bajo ciertas condiciones (art. 11); e) se elimina el catálogo de *Circunstancias atenuantes y agravantes* y se le reemplaza por fórmulas bastante amplias; f) el *encubrimiento*, conforme a una mejor técnica penal, pasa a ser un delito autónomo dentro de las infracciones contra la Administración de justicia (art. 292); g) no se define al *autor* por considerarse superfluo, pero se define el *inductor* y el *cómplice* (arts. 21 y 22); h) en el *iter criminis*, solamente se consideran el hecho *consumado* y la *tentativa* que comprende el antiguo delito frustrado; i) no se regula el ejercicio de la *acción civil*, pero se

(83) Mensaje cit., pág. V.

(84) *Tratado*, I, pág. 916.

crea un patronato especial que se cuida de asegurar la indemnización a la víctima del delito, y j) se establecen algunas modificaciones en las *causas de extinción* de la responsabilidad penal.

Respecto de las *penas*, se suprime la de muerte y las perpetuas se sustituyen por presidio de duración indeterminada con un mínimo de quince años; además, se contemplan las siguientes: presidio, reclusión, prisión, relegación, arresto, inhabilitaciones, multa, comiso y publicación de la sentencia. En su régimen de aplicación, suprime la *aritmética* penal y se da amplia cabida al arbitrio judicial.

En la Parte Especial, además de modificar el orden de los delitos (se empieza por los delitos contra las personas) se añaden nuevas figuras: contagio venéreo y nutricio; sustracción de expedientes, etcétera, y se suprimen otros, como el delito de adulterio.

Sin perjuicio de todas las reservas que nos puedan merecer sus soluciones técnicas y particularmente su fórmula del estado peligroso predelictual, no cabe duda que se trata de un proyecto con estimables cualidades que merece ser tenido en consideración en todo futuro intento de reforma.

El segundo proyecto de 1929 es el presentado por P. ORTIZ y L. VON BOHLEN (*Proyecto Ortiz-von Bohlen*). Sólo abarca la Parte General y como era presumible, atendida la filiación de sus autores, está absolutamente dominado por la legislación y la doctrina alemana.

De inspiración más acentuadamente «jurídica» que el anterior (85) —aunque también se sigue el sistema binario y se regulan algunas medidas de seguridad— la imputabilidad se construye sobre el concepto de *capacidad penal* y es el fundamento *sine qua non* de la punibilidad. Las *incapacidades* provienen de perturbaciones mentales, debilidad mental, sordomudez y minoría de edad (arts. 12-14). Se define el *dolo* (incluyendo el eventual, art. 17) y la *negligencia*, pues la voz «culpa», por influjo alemán, corresponde a la culpabilidad. Las *justificantes* se agrupan bajo el rubro de «causas de exclusión de la ilicitud» y en ellas quedan comprendidas la *defensa «necesaria»* y el *estado de necesidad* (arts. 22-24). No hay catálogo de *agravantes* y *atenuantes*.

Las *penas* en el Proyecto son: presidio, prisión, reclusión y multa (arts. 32-3) y son accesorias las inhabilitaciones, la publicación de la condena y el comiso (arts. 45 y ss.). Las *medidas de seguridad* son las usuales (arts. 55 y ss.).

De estos dos proyectos, el único enviado al Congreso por el Gobierno fue el *Erazo-Fontecilla*, pero no hay noticias de que se alcanzara a examinar en las Comisiones Parlamentarias. En sus archivos duerme junto a tantos otros proyectos legislativos.

12. En 1937 el ministerio de Justicia encargó al magistrado Pedro SILVA y al profesor Gustavo LABATUT la confección de un nuevo proyecto de Código penal. En 1938 se encontraba listo el *Proyecto Silva-Labatut* que es, en verdad, una revisión, bastante

(85) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, I, pág. 917.

intensa en algunos sentidos, del Código vigente, pero sin romper en ningún caso la estructura de éste (86).

Sus autores, en una concisa explicación que precede al Proyecto, exponen el criterio ecléctico de la reforma: «La Comisión Redactora, aún a riesgo de suscitar críticas de los prosélitos de distintas escuelas penales, ha aplicado un criterio mixto o ecléctico, y ha elaborado un texto que está en consonancia con los principios generalmente admitidos por la doctrina y la legislación penal modernas, hasta los extremos que han parecido compatibles con la *idiosincrasia nacional, con las posibilidades de nuestro país en el orden financiero y administrativo, con los deficientes medios de investigación de que disponen nuestros jueces, con la escasa especialización de éstos en materia penal, etc.* La Comisión considera que por las características y los factores que se han enunciado no es adaptable a nuestro país un Código penal en el que se hubieran vaciado las teorías o las tendencias más avanzadas del Derecho penal moderno, sin las excepciones o restricciones impuestas por las modalidades señaladas anteriormente. Por otra parte, no es aventurado predecir que un Proyecto de esa índole estaría de antemano condenado al fracaso, por cuanto no encontraría ambiente favorable en los Cuerpos legislativos; y que al mismo resultado se llegaría si el Proyecto se hubiera limitado a introducir reformas secundarias o modificaciones parciales al Código de 1874» (87).

Estos párrafos son importantes porque señalan con acierto un estado de cosas que aún se mantiene en plena vigencia y al cual es preciso atender.

De la Parte General, merecen destacarse las siguientes principales innovaciones: se sustituye la división tripartita de las infracciones por la bipartita de «delitos y faltas»; se consagra la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (art. 93) (88); consigna conceptos sobre el *dolo* (art. 10) y sobre los *cuasidelitos*, conservando esta arcaica denominación (art. 11); se distingue el delito consumado y la *tentativa* (arts. 5.º y ss.); el *encubrimiento* es un delito especial (art. 302); se mantiene el criterio tradicional de enumerar en un baremo las «causales» *eximentes* (art. 20), *atenuantes* (art. 21) y *agravantes* (art. 22); se regla el delito *continuado* (artículo 70) y la responsabilidad civil (arts. 15 y ss.).

Las «sanciones» (título V) comprenden las *penas* y las *medidas de seguridad*. Las penas son: muerte, presidio, reclusión, destierro, relegación e inhabilitaciones (para los delitos); la prisión (para

(86) JIMÉNEZ DE ASÚA (*op. cit.*, págs. 918-19) al referirse a la tendencia de modificaciones parciales del Código vigente, aparte del proyecto sobre estados antisociales (ley 12.625), se limita a señalar el Proyecto de 1945 cuando, en realidad, también debería quedar comprendido este Proyecto, cuya característica de reforma parcial él mismo la advierte.

(87) Proyecto de Código penal publicado por el Ministerio de Justicia, Santiago, 1938; págs. 3-4.

(88) Esta discutible forma de responsabilidad es considerada por NOVOA como una de las «novedades más importantes» del Proyecto (*op. cit.*, pág. 110).

las faltas) y en calidad de penas comunes, la multa, el comiso y la publicación de la sentencia. Para su aplicación se conserva el sistema de reglas y escalas graduales del Código vigente.

Las medidas de seguridad, aplicables tanto en el campo pre-delictual como delictual (arts. 59 y ss.), son las siguientes: internación en diversos establecimientos; caución de buena conducta; vigilancia de la autoridad; expulsión de extranjeros peligrosos (art. 24).

El Libro II trata de los delitos en particular, agrupados de distinta manera que en el Código de 1874. Se comienza por los delitos contra las personas y bajo títulos propios se sistematizan los delitos de peligro común y contra la Administración de justicia.

Este proyecto no llegó a ser enviado al Congreso Nacional.

13. Es de suponer que aún manteniéndose viva la inquietud por la reforma penal, ninguno de los anteriores trabajos satisficiera al Gobierno, pues en 1945, por DS núm. 2729, de 15 de junio de ese año, se designa una amplia Comisión «para que estudie y proponga al Gobierno las reformas urgentes que necesita el Código penal, sin romper la estructura y armonía de sus actuales disposiciones» (89).

De este modo, quedaba desde un principio claramente delimitado el alcance de la reforma y así entendieron los comisionados que «deben alterarse solamente los preceptos que den origen a dificultades y escollos graves que no han podido ser clasificados por la jurisprudencia y los que, por ser anticuados, requieren modificación». (90) Esto explica también la circunstancia de que este proyecto de *reforma* no contenga, en verdad, ninguna innovación espectacular y se mantenga dentro de un criterio clásico exclusivamente retribucionista (91).

La Comisión de Reforma trabajó por el sistema de sesiones plenarios (veinte en total) y de una sub-comisión, segregada de la misma, (92) encargada de «traer las sugerencias concretas... que deben estudiarse». En total, se trabajó desde el 28 de junio de 1945 hasta el 16 de enero de 1946, fecha de la sesión de clausura en que se aprobaron las actas de las dos anteriores sesiones, en las cuales se había concluido el trabajo relativo a la reforma del Libro I (PG) del Código de 1874. Tanto de las reuniones plenarios como de las de la sub-comisión, se levantaron unas actas resumidas.

(89) La comisión estaba integrada de la siguiente manera: Enrique ARRIAGADA (Ministro de Justicia); Gregorio SCHEPELER; Franklin QUEZADA; Luis AGÜERO; Ernesto BIANCHI; Gustavo MONTERO; Luis COUSIÑO Mc IVER; Miguel SCHWEITZER; Julio OLAVARRÍA; Eduardo NOVOA MONREAL y Abraham DRAPKIN.

(90) Actas de las sesiones de la Comisión, publicadas conjuntamente con el Proyecto, Santiago, 1946, págs. 39 y sigs.

(91) No se olvide que el Proyecto sobre estados antisociales y medidas de seguridad es de 1941, por lo que se explica que los comisionados desatendieran completamente el aspecto preventivista.

(92) Integraron la subcomisión: ARRIAGADA, AGÜERO, SCHWEITZER, DRAPKIN y NOVOA.

antecedentes de gran valor para el estudio de este Proyecto y de los cuales, lamentablemente, carecen los anteriores proyectos.

El proyecto conserva la *definición de delito*, pero la discutida expresión «voluntaria» es sustituida por «dolosa» con lo cual se quiere terminar, por la vía de la interpretación auténtica, con los debates provocados por el artículo 1.º del Código vigente; (93) tras intenso debate (94) se mantiene la *presunción de dolo* del artículo 2.º; también se mantiene el término de *cuasidelito* para los delitos «cometidos con culpa» y la división tripartita de crímenes, simples delitos y faltas (art. 2.º).

Como en los otros proyectos, se suprime el grado de frustración, quedando reducido el *iter criminis* al *delito consumado* y a la *tentativa* (art. 8.º); se agregan nuevas fórmulas para resolver los problemas del desistimiento y del delito imposible. (95) Se sigue con el sistema de baremo para las circunstancias «que *eximen, atenuan* o *agravan* la responsabilidad criminal». (96) Las *eximentes* se reordenan y se comienza por la fuerza irresistible; se suprime la declaración de discernimiento para los menores de veinte años; se redacta una nueva fórmula para la *inimputabilidad* por anormalidades o alteraciones psíquicas (97); se extiende el campo de aplicación del *estado de necesidad* y se fija la *coacción moral*. En la *participación*, se define el *autor mediato* (art. 16, núm. 3) y el encubrimiento deja de ser una forma de codelinuencia. Se define el *delito continuado*, (art. 61).

En materia de *penas*, se suprime la reclusión y el confinamiento, pero se mantiene la pena de muerte, no sin oposición de algunos miembros de la comisión (98). Se incorpora al articulado del Código los preceptos sobre *libertad condicional* y *remisión de la pena*, pero permanece intacto todo el viejo régimen de *escalas graduales* y de la *aritmética* penal; sólo en cuanto a la multa, se establece un sistema de pago por parcialidades y de conversión en caso de no pagarse, (art. 73). Por último, cabe destacar que se introduce un título completo (IV) «destinado a asegurar la reparación del daño al ofendido por el delito, mediante medidas de eficacia práctica» (99).

Una vez terminado el proyecto del Libro I, el Gobierno lo mandó al Senado para iniciar su discusión legislativa; sin embargo, hasta la fecha, la comisión respectiva de esa Cámara no ha emitido su

(93) Vid. *actas* cit., págs. 41 y sigs.

(94) *Loc. cit.*

(95) Artículo 7.º, incisos 3.º y 4.º.

(96) Artículos II a 14.

(97) Artículo II, núm. 3; fórmula de tipo biológico —psicológico— jurídico, con «viejo sabor a psicología facultativa» (JIMÉNEZ).

(98) Mantuvieron una opinión «absolutamente contraria» a la pena de muerte DRAPKIN y COUSIÑO, a cuyos votos negativos se sumó el de BIANCHI. Las razones para no suprimir del todo dicha pena manifestadas en esa oportunidad por NOVOA son dignas de consideración; no así los fundamentos esgrimidos por otros comisionados. Vid. *actas* cit., págs. 51-52.

(99) NOVOA, *op. cit.*, I, pág. 110.

informe ni existe el menor indicio que permita suponer que éste se despachará algún día. La Comisión de Reforma, no obstante, emprendió el estudio del Libro II, avanzando en algunos delitos, pero «el desánimo provocado por la indiferencia del legislativo para sus anteriores esfuerzos, la dispersó a mediados de 1949» (100).

Dentro de sus objetivos limitados, los más indicados para un criterio de solución inmediata de la reforma penal chilena, este Proyecto logra su propósito en un muy buen nivel técnico, como podía esperarse atendida la calidad de los miembros que integran la Comisión de Reforma.

14. El Instituto de Ciencias Penales que, como se ha dicho, representa uno de los centros de mayor actividad jurídico penal en el país, ha intervenido de un modo directo y muchas veces preponderante en todos los movimientos de reforma y de creación legislativa producidos en este campo, durante los últimos treinta años.

Casi todos los autores de los proyectos que hemos reseñado eran miembros activos del Instituto y los componentes de la Comisión de 1945, designados a instancias de este organismo, también lo eran en su inmensa mayoría. Gran cantidad de leyes especiales o de reformas parciales han tenido su origen o han sido dictaminadas por el Instituto de Ciencias Penales. Sólo para mencionar algunas de las más destacadas citamos: Ley 7.821 sobre remisión condicional de la pena; Ley 7.836 que reforma numerosas disposiciones del Código de PP; Ley 9.762 que reforma algunos delitos del Código penal; Ley 11.625 sobre estados antisociales, varias veces citada; proyecto sobre represión de los abusos de publicidad, etcétera, etc. Además, los proyectos *Silva-Labatut* y el de 1945, fueron objeto de intensos estudios en el seno del Instituto.

Bajo su patrocinio se han celebrado periódicamente Jornadas nacionales de Ciencias Penales en que los temas debatidos lo han sido también desde el punto de vista legislativo. Particularmente importantes en este último aspecto son las V Jornadas, celebradas en 1962, dedicadas al estudio del *delito económico* como nueva categoría delictiva que debe incorporarse al derecho punitivo nacional (101).

Después que la Comisión de Reforma de 1945 dejara de funcionar, el Instituto prosiguió en sus esfuerzos orientados hacia una modificación sustancial del ordenamiento penal vigente, realizando con este objeto una serie de trabajos preparatorios de investigación y de acopio de antecedentes de derecho comparado, tanto en materia penal sustantiva como procesal. Sin embargo, en lo que al derecho penal sustantivo se refiere, al cristalizar en 1963 la ambiciosa idea de preparar un proyecto de Código penal único para Iberoamérica, todo el esfuerzo y capacidad del Instituto se concentró en

(100) Cfr. Novoa, *loc. cit.*

(101) Véase el tomo XXI de la «RCP» (1962) que se dedica exclusivamente a publicar toda la documentación referente a esas V Jornadas.

esa dirección, fundamentalmente coincidente con los propósitos y trabajos destinados a una reforma nacional.

15. El Código penal tipo para Latinoamérica es una iniciativa del Instituto de Ciencias Penales que se encuentra en plena vía de realización (102). En sus líneas más fundamentales, consiste en una tarea común de los más destacados penalistas del Continente destinado a redactar un proyecto de código penal único o modelo que sirva de base para la unificación legislativa Iberoamericana mediante su adopción por los diversos países del Continente; por tanto, es también una labor con proyección de reforma interna. El método de trabajo consiste en la preparación de proyectos de textos concretos, debidamente fundamentados, sobre puntos determinados del ordenamiento penal a cargo de comisiones nacionales o regionales. Estos anteproyectos o ponencias se discuten y aprueban en Reuniones Plenarias periódicas celebradas en distintas capitales latinoamericanas. Coordina y dirige la tarea un Secretario Ejecutivo, con sede en Chile, a cuya cabeza está el Secretario Ejecutivo que es, por derecho propio, el Presidente del Instituto de Ciencias Penales.

Hasta la fecha se han celebrado Reuniones Plenarias en Santiago (1963); en México (1965) y en Lima (1967). La próxima será en Caracas en julio de 1968. Se han elaborado y aprobado textos que cubren, aproximadamente, los dos tercios de la Parte General y que se refieren a la *ley penal*; el *hecho punible*; las *causas de justificación*; la *imputabilidad*; la *culpabilidad*; *autores y partícipes*; *tentativa*; *reincidencia*, *habitualidad* y *profesionalidad*; y *penas y medidas de seguridad* (103).

(102) Sobre esta materia y para una completa información, véase Revista «Criminalia», año XXXI, núm. 5, 1965; «RCP», XXII, núm. 2, 1963 y XXIV, número 1, 1965, además de otras publicaciones menores que se citan en las fuentes indicadas.

(103) Estos textos y demás material disponible lo distribuye el Secretariado Ejecutivo (Huérfanos, 1.147, of. 546, Santiago de Chile), a quienes justifiquen su interés por obtenerlos.

Por su gran importancia, reproducimos aquí la declaración de principios fundamentales «que deberán inspirar y orientar la elaboración de las leyes penales en América Latina y su ulterior aplicación»: I. Nadie puede ser condenado en razón de un hecho que no haya sido previamente declarado punible por ley; II. Nadie puede ser condenado a penas que no hayan sido expresamente conminadas por ley anterior al hecho cometido; III. Nadie puede ser condenado por disposiciones que no tengan el carácter formal de leyes penales previas; IV. Las leyes penales deben describir hechos punibles de manera precisa e inequívoca, sin dejar dudas sobre su prohibición. En ningún caso se podrán configurar hechos punibles o imponer penas por aplicación analógica de la ley penal; V. Las leyes penales se aplican por igual a todas las personas, sin discriminación alguna; VI. No hay delito sin culpabilidad. Las leyes penales deberán proscribir toda forma de responsabilidad objetiva; VII. La responsabilidad penal es estrictamente personal. Las medidas de seguridad sólo pueden ser aplicadas a quienes reúnan las condiciones previstas por la ley penal; VIII. Nadie puede ser condenado sino en virtud del debido proceso legal previo, seguido ante tribunal competente y constituido de modo regular. La defensa libre es condición indispensable para

La Comisión de Trabajo chilena, integrada por conspicuos miembros del Instituto (casi todos profesores del ramo), ha tenido una participación muy activa y destacada en las Reuniones Plenarias y le ha sido encomendada la preparación de importantes textos (ley penal, clasificación sistemática, culpabilidad) que ya están aprobados y otros que deberán ser abordados en las futuras reuniones.

Por todos los motivos expuestos, dichas labores deben inscribirse legítimamente entre aquellas propias del esfuerzo desplegado por la ciencia penal chilena en pos de una reforma adecuada de la legislación punitiva.

V. NECESIDAD, ÁMBITO Y PRIORIDADES DE LA REFORMA PENAL

16. La *necesidad* de una reforma penal en Chile no podría discutirse seriamente. Responde a una coyuntura nacional de indudable actualidad y está, por lo demás, a tono con una inquietud que se extiende en gran número de naciones.

Dice Juan del ROSAL: «La ocasión presente es óptima. Se tiene tras sí una rica experiencia legislativa, y la realidad concreta que se pretende combatir, o sea la criminalidad, ofrece hoy aperturas de conocimiento hasta ahora completamente inéditas. Todavía más, es hacedero montar, técnica y criminológicamente, un dispositivo eficaz, puesto que se *sabe* la criminalidad que se reprime, humanamente. De otro lado, la técnica y la dogmática brindan al estudioso, en general, un plantel de «soluciones», cuyas conquistas son accesibles y pueden hallar su sede en las disposiciones penales sin necesidad de mostrarse partidario de tal o cual dirección o escuela. La prueba más elocuente al respecto nos la ofrece el panorama internacional, en que por doquier se prestan a remozar o innovar a fondo los textos penales» (104).

Entendamos, pues, cuales son las causas *reales* que justifican la

el debido proceso. En ningún caso se admitirá el juzgamiento por tribunales de excepción; IX. La persona juzgada regular y definitivamente no podrá serlo de nuevo por el mismo hecho; X. La persona sometida a proceso penal se presume inocente mientras no sea condenado.

(104) J. DEL ROSAL, *Esquema de un Ante Proyecto de Código Penal Español* (Discurso leído el 28 de enero de 1964 en la recepción pública del profesor DEL ROSAL como Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1964), pág. 12.

En este trabajo de incorporación, el profesor DEL ROSAL traza un completo esquema de los postulados que «sostendrán la bóveda» del Anteproyecto punitivo español, obra a la que se encuentra vinculado en forma preeminente. Su denso contenido, riquísimo en ideas, puede resultar cantera casi inagotable de sugerencias para los proyectistas de otros países. Es muy interesante destacar cómo la dirección político-criminal, bien entendida como misión de eficacia y utilidad en la prevención y represión de la delincuencia, que deberá tomar el Anteproyecto español, es la misma que han adoptado, por unanimidad, los redactores del C. P. T. para L. porque, en efecto, «existen una serie de problemas penales legislativos en los que reina absoluto acuerdo, al menos en su proyección político-criminal, que vale tanto como decir en su eficacia práctica» (*Esquema* cit., pág. 15). Este «utilitarismo» no excluye, por cierto, que ambos proyectos se

reforma dimanantes, en esencia, de un hecho natural, según ya tuvimos ocasión de advertir parafraseando el único fundamento que expone el Decreto por el cual se designó la Comisión de 1945: «el transcurso del tiempo» (105). La indefectible erosión del tiempo ha debilitado las viejas estructuras jurídicas hasta el punto que no es posible seguir pensando indefinidamente en la política de «remiendos» como solución más o menos permanente. Hay que dar amplia entrada en la esfera del Derecho punitivo a las nuevas valoraciones y a las nuevas técnicas jurídico-dogmáticas y de prevención del delito.

Ciertamente, la posición hoy dominante está muy distante de aquellos optimismos alborotadores recogidos de las «jóvenes» escuelas penales que cifran todo el porvenir del Derecho penal en un monismo de signo contrario expresado en frases, dichas con más candor que mala intención, tales como: «El tratamiento ha sido completamente ineficaz, porque, con el sistema de las penas tasadas *a priori*, considerando más el acto que el actor, no ha sido posible dar a cada delincuente el tratamiento adecuado, para su corrección y rehabilitación sociales. «No hay delito sino delincuentes», dicen los positivistas, y este lema es un verdadero dogma del Derecho penal moderno» (106).

En la actualidad, nuestros juristas, alineados sin excepción en las mismas corrientes dogmáticas imperantes en Europa Continental, conciben la reforma, por encima de toda divergencia de escuela, como aplicación de las mejores soluciones técnicas posibles para la adecuada tutela de los bienes jurídicos, en efectiva contribución a la lucha práctica en contra de la criminalidad, basándose en un mejor conocimiento fáctico de ésta y en el respeto por los valores fundamentales del hombre. Este esquema medular de ideas (no se trata de una definición de la reforma) es lo que importa y no, llegado el momento de concretizar los textos, si la idea misma es antigua o moderna. «No existe ni lo viejo ni lo nuevo, sino lo que disciplina las urgencias prácticas, fundamentadas en razones de moralidad y justicia. De esta suerte, lo que impropiamente se denomina «viejo» siempre está actualizado y lo «nuevo» sólo será criterio

cimenten en una postulación básica de valores fundamentales inalineables y de estructuras técnicas maestras. Compárese, a este efecto, el Capítulo III del *Esquema* (Los «principios») en su triple visión de «valores fundamentales», «de carácter técnico» y de «carácter dogmático», con la «Declaración de Principios», naturalmente mucho más condensados, que se acaban de transcribir en la anterior nota.

(105) Vid. *supra*, II, 7.

(106) Cfr. «Mensaje» que precede al Proyecto *Erazo-Fontecilla*, pág. III. Los positivistas criollos también se afanaban en vituperar una legislación «clásica» que, cuando menos, merecía un mejor trato. Pero al llegar el momento de sustituirla se contentaban —como en Europa— con proponer tímidas innovaciones. Por cierto que en Chile, igual que en todas partes, la difusión del positivismo produjo indudables beneficios y adelantos en otros campos distintos al propiamente jurídico penal; incluso, jamás tuvimos que padecer sus peligrosas desviaciones en este terreno, como, por ejemplo, el «derecho penal de autor».

rector si aporta o esclarece una mejor solución dentro de la órbita de la justicia y equidad. Sirva de ejemplo cómo hoy, más que ayer, se mantiene la tesis de la imputabilidad moral del hombre, en su concepción de ente libre; las generaciones actuales han revalorizado este «viejo» principio que forma parte de la civilidad occidental. Las modernas corrientes iluministas, de donde dimana el pensamiento penal moderno, dieron nacimiento a la idea de la prevención especial. Pues bien, hoy se retorna, en contra de la especulación de CARRARA y otros clásicos, a un ideario preventivista...» (107).

En definitiva, la reforma penal en cuanto a su *necesidad* y a su *orientación* fundamental se nos aparece hoy como algo perfectamente claro y casi sin sustancia polémica. Sin embargo, a nuestro juicio, es aquí también donde la problemática, lejos de agotarse, recién comienza. Porque, en efecto, ¿qué se debe entender por «reforma penal»? ¿es sólo la reforma escueta del Derecho penal, del Código penal vigente, o es algo más denso y más complejo y, por ende, de mayor significación *práctica*?

17. Cuando se discutía el Código español de 1848, al debatirse en el Congreso los preceptos relativos a la ejecución de las penas carcelarias, un diputado objetó el inconveniente de que «mientras no estén planteados los establecimientos presidiales, todo el trabajo... queda ilusorio» (108). En la nota que acompaña al Proyecto *Silva-Labatut* de 1938, entre otras cosas, se dice: «La Comisión Redactora... ha elaborado un texto que está en consonancia con los principios generalmente admitidos... hasta los extremos que han parecido compatibles con la idiosincrasia nacional, con las posibilidades de nuestro país en el orden financiero y administrativo, con los deficientes medios de investigación de que disponen nuestros jueces, con la escasa especialización de éstos..., etc. (109). Pocos años después, el profesor COUSIÑO, miembro de la Comisión Redactora de 1945, en la primera sesión plenaria que celebra la Comisión, manifiesta: «las dificultades económicas que obstan a la reforma penitenciaria y la falta de preparación de los jueces del crimen, aconsejan limitar la reforma a aquellas modificaciones indispensables para acomodar el Código penal al momento actual y para subsanar las dudas que ofrece y ha presentado su texto», «y a juicio de DRAPKIN «deben alterarse solamente los preceptos que den origen a dificultades y escollos graves que no han podido ser clasificados por la jurisprudencia y los que, por ser anticuados, requieren urgente modificación» (110).

Estos tres ejemplos, entresacados un poco al azar, nos demuestran, desde luego, la íntima imbricación que existe entre el Derecho penal sustantivo propiamente tal y otra serie de elementos o factores de los cuales el legislador penal no puede desentenderse.

(107) DEL ROSAL, *Esquema* cit., págs. 14-15.

(108) Diputado CORZO, cit. por ANTÓN, *El Código Penal de 1848* cit., página 487.

(109) Proyecto *Silva-Labatut* cit., pág. 3.

(110) *Actas de las sesiones* cit., pág. 39.

Ahora, si bien lo dicho no importa ninguna novedad, nos sugiere la reflexión de que acaso, y al menos dentro del ámbito nacional, la reforma en sus términos generales se haya venido planteando en forma equivocada. Pensamos que posiblemente se ha puesto un poco obsesivamente los ojos en una nueva ley penal como solución principal del problema de la criminalidad, deplorando que ésta no pueda ir más allá de unos modestos límites, pero sin hacer nada por remover primero y siquiera en parte el «muro de lamentaciones» constituido por obstáculos que, a nuestro juicio, pueden y deben ser acometidos de inmediato de modo tal que, por ahora, un nuevo ordenamiento punitivo no se nos aparezca como el único remedio posible, sino como la culminación de una trayectoria reformadora. Lo cual no significa, en modo alguno, que ese nuevo ordenamiento no se deba ir preparando desde ahora mismo ni que mientras tanto y todavía nuestra vieja legislación pueda seguir resistiendo discretas enmiendas. De lo que se trata, por consiguiente, es de fijar una línea de acción y un orden de prioridades.

En otro lugar, aunque muy marginalmente, tuvimos ocasión de referirnos al complejo que llamamos —por darle alguna denominación— «justicia en lo criminal» (111). La definimos como una realidad dinámica y compleja que para cumplir con uno de los fines fundamentales del Estado *actúa* en el campo *esencialmente práctico* de hacer efectivas en sujetos concretos las sanciones penales, pues, sea cual sea el fin que se le reconozca a la función punitiva del Estado, la posibilidad de la ejecución efectiva de la pena será siempre consustancial a todo sistema represivo.

Sabido es que junto al Derecho penal sustantivo, integran aquel complejo las bases de conocimiento de la criminalidad (criminología en sentido cognoscitivo) y los instrumentos (normativos y no normativos) de ejecución: Derecho procesal penal; sistema de ejecución de sentencias y su normativa; ciencia y praxis penitenciaria, etcétera; además, se encuentran íntimamente vinculadas múltiples actividades como la especialización de los jueces, la policía judicial, la clasificación y estadística criminal y muchas otras.

Pues bien, la composición es la siguiente: aunque el Derecho penal indudablemente es el elemento normativo o rector de la actividad punitiva del Estado, de la justicia en materia criminal, en un sentido *contingente* puede llegar a tener una importancia práctica menor que todo el conjunto de medios instrumentales destinados a hacer de ese Derecho potencial una realidad actuante *eficaz*. Porque —según hay consenso— el mejor de los Códigos penales que la ciencia sea capaz de producir quedará como letra muerta —sino perjudicial— al no contarse con los medios adecuados para su aplicación. En cambio —y esto debe hacernos reflexionar— un Código medianamente aceptable puede dar mucho de sí en el caso de que,

(111) *Comentario a una Sentencia*, publicado en la «RCP», Tomo XXIII, número 3, 1964, nota 11; págs. 283-284.

progresivamente, se vayan perfeccionando sus indispensables auxiliares.

Inspirados en esta última idea, en la citada oportunidad escribimos: «La legislación penal patria y particularmente el Código penal no son, ciertamente, un modelo de legislación represiva en la medida en que la ciencia jurídico-penal contemporánea es capaz de componer un texto de ley. Pero tampoco es inaplicable y, en el hecho, puede lograrse con él una verdadera y eficaz justicia criminal sin modificarle una coma o, a lo sumo, con muy ligeros retoques, si se cuenta con los instrumentos adecuados para una buena ejecución práctica. En cambio, si esos medios adjetivos son malos —y cada día se están poniendo peores— nada se logrará con sustituir nuestro viejo Código de 1874 por el más perfecto de los textos que logre producir un cónclave de sabios juristas; con Código imperfecto o perfectísimo, la actividad punitiva del Estado no cumplirá debidamente sus objetivos ni podrá ser garantía para nadie. Luego, mucho más urgente y necesaria nos parece la reforma «instrumental» que la sustantiva, sin que pretendamos desconocer la utilidad de «esta última también» (112).

18. En efecto, las premisas que acabamos de desarrollar nos llevan, en forma muy natural a nuestro juicio, a establecer un *tabla de prioridades*, que es el aspecto conclusivo del presente trabajo que nos importa poner de relieve.

a) Por lo pronto y como meta última, a largo plazo, de todo el proceso reformador, debe continuarse con la preparación de un Código penal absolutamente nuevo. En realidad, esta tarea la está realizando Chile a través de su activa participación en la elaboración del Código penal tipo para Latinoamérica, por lo que en dicho aspecto nos remitimos a todo cuanto llevamos escrito sobre este importante proyecto (113). Tan sólo cabe advertir, para cuando llegue el momento de adaptar el Código modelo a nuestra realidad nacional, en aquellas zonas «libres» especialmente previstas para tales efectos, que es necesario ir preparando con la seriedad y técnicas adecuadas el mejor conocimiento posible de nuestra realidad criminológica (114).

(112) *Loc. cit.*, pág. 284.

(113) Vid. *supra*, nota 102. Es difícil prever con exactitud el tiempo que se empleará en completar el Proyecto. Se han calculado unos diez años a contar de su iniciación (1963). Aunque fueran más (lo que es muy probable) y se tardaran otros tantos en lograr su sanción legislativa, ello no tendría mayor importancia si en el intertanto se ha avanzado por los otros caminos de la reforma penal; todavía más: estos avances preliminares serían decisivos para asegurar el éxito de un nuevo Código.

(114) Con mucho acierto escribe DEL ROSAL: «Sin aprehender la realidad con la que se trafica, no es hacedero combatirla de un modo humano y ejemplar. Todo el sistema de tipologías penales y de amenazas, simbolizadas en las penas y medidas de seguridad y prevención, apareja un justo entendimiento de la fenomenología delictiva de un cierto país. La investigación criminológica nos proporciona el único sendero que nos conducirá al *quid* de aquella». *Esquema... cit.*, página 27.

b) Mientras llega el momento oportuno y se presenta la coyuntura política para implantar en Chile un Código que venga a relevar al de 1874, es deseable hacer, con urgencia, ciertas reformas parciales que son efectivamente necesarias. Un camino muy viable para este propósito sería utilizar el Proyecto de 1946 que, como sabemos, es un simple y aceptable «remozamiento» de la Parte General del actualmente vigente. Con una segunda lectura de ese proyecto, más algunas modificaciones de la Parte Especial tales como: incorporación de delitos de nuevo cuño (los «económicos», tráfico de influencias, otros que «vagan» por leyes especiales, etc.); la temperación de algunos excesos producidos por la reforma de la ley 11.625; la revisión general de las penalidades con el objeto de restablecer el equilibrio entre todos los delitos actualmente notoriamente desarticulado; la supresión de la pena de muerte, al menos como pena única y algunas otras más, se podría lograr en un breve término (115) una solución de emergencia que permitiría esperar, con la debida tranquilidad, la renovación total.

c) Pero mucho más importante y apremiante que esta reforma parcial del Derecho sustantivo y como un paso insoslayable para preparar y posibilitar un Código nuevo, fundado en las premisas codificadoras que hemos visto (116), se nos presenta la reforma «instrumental». Por las razones ya expuestas creemos que se debe abordar de *inmediato* su estudio y preparación.

d) La primera prioridad la tiene, a nuestro juicio, el Derecho procesal penal. Es oportuno volver a citar un célebre párrafo de E. BELING que tan elocuentemente pone de relieve la función esencialísima del procedimiento con respecto al Derecho penal: «El Derecho procesal penal está frente al Derecho penal material en la posición de servidor: él existe para el Derecho penal. *El Derecho penal no le toca al delincuente ni un pelo.* Establece, es verdad, que el asesino merece la pena de muerte y el ladrón la de prisión, y que el Estado tiene tal o cual pretensión punitiva contra el delincuente. Pero el mundo de los criminales puede burlarse de los párrafos que sólo viven en el papel hasta tanto el Derecho penal no actúe

(115) Un año a lo sumo. La tarea de revisar el Proyecto de 1946 y de preparar las reformas más indispensables de la PE sería asunto de pocos meses; en cuanto a la sanción legislativa, bien es sabido que si hay el propósito de conseguirla, existen cauces políticos normales y mecanismos constitucionales capaces de obtener el rápido despacho de una ley promulgatoria de tales reformas. Además de solución de emergencia, esta reforma parcial podría tener la virtud de representar una fase de transición que prepararía el advenimiento de una legislación radicalmente diferente. Por otro lado, es preciso reconocer el posible peligro de que provocara una natural resistencia a la reforma total que vendría a plantearse después de un término relativamente corto. Ya se sabe que los jueces no son los más entusiastas partidarios de cambios frecuentes en lo que, al fin y al cabo, algo llevan de razón.

(116) Premisas que comparten íntegramente los redactores del C. P. T. y que este Proyecto está realizando. Vid. *supra*, IV, 15.

realmente. *La realización del Derecho penal es la tarea del Derecho procesal penal*» (117).

Naturalmente que tan siquiera esbozar el programa de una reforma del procedimiento, que se debate en la más absoluta y peligrosa crisis, consumiría más cuartillas que las empleadas en todo este escolio. Sobre el tema hemos tenido oportunidad de exponer las principales líneas de nuestro pensamiento con ocasión de otros trabajos (118).

e) Junto con encarar la novación del Derecho penal, hay que emprender la ineludible tarea de renovar y perfeccionar todas las estructuras que intervienen en la acción preventiva y en la ejecución penal (119). Respecto de lo primero, tenemos en vigencia potencial la ley 11.625 que prevía algunas modificaciones que nos parecen necesarias, bien se podría intentar poner en vigor efectivo mediante la progresiva creación de los establecimientos previstos por la misma ley y como un ensayo previo al sistema binario o dual que, suponemos, habrá de implantar el nuevo Código.

En cuanto a lo segundo, urge empezar a formar jueces especializados (Escuela Judicial con programas diferenciados); estimular el ingreso a la carrera de los mejores dotados entre las nuevas promociones universitarias; crear una verdadera y auténtica policía judicial; crear y dotar los establecimientos carcelarios conforme a los nuevos principios y técnicas de la ciencia penitenciaria; preparar al personal especializado según lo requiere esas mismas técnicas;

(117) E. BELIG, *Derecho Procesal Penal*, Córdoba, 1943, pág. 1. Se ha afirmado, con pretensión de generalidad, que el derecho sustantivo vive y *actúa* sólo por obra del procedimiento. Esto que para el resto de las ramas del ordenamiento jurídico únicamente puede aceptarse como una verdad a medias, tratándose del Derecho penal es rigurosamente cierto.

(118) Así, en nuestros comentarios al largo trabajo de V. BAROSIO, sobre *El proceso alemán después de la reforma de 1964* («Rev. Italiana de D. P. y de P. P.», VIII, 1965), de próxima publicación.

Algunos procesalistas, llevando hasta el máximo extremo la doctrina de la autonomía del Derecho procesal penal, han afirmado que éste debe estar formulado de modo tal que se pueda aplicar indistintamente, cualquiera que sea el sistema punitivo vigente. Sin llegar tan lejos, no cabe duda que la reforma procesal se puede plantear y realizar con independencia y antelación a la reforma del derecho material, cuyas líneas directrices, por lo demás, ya se conocen y sin perjuicio de los ajustes posteriores que puedan resultar necesarios. La mejor prueba de esta *relativa* autonomía es que las reformas penales se llevan a cabo sin necesidad de cambios de procedimientos a los que, a lo sumo, se le han hecho leves retoques. Mención especial merece el problema de la bi o tripartición de las infracciones punibles en su sentido o proyección procesal; pero como, a nuestro juicio, la *tripartición* es una necesidad procesal *dominante*, será Código penal el que deberá amoldarse a esta exigencia, manteniendo la división tripartita de los delitos. Vid. *supra*, nota 28.

(119) La «ejecución penal» en sentido lato, también tiene un significado mucho más relevante que en otras ramas jurídicas porque, en este caso, al Estado le corresponde en forma monopolística y hasta en sus últimos detalles, todos los aspectos materiales de la investigación de los hechos delictivos, así como del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad y no solamente los aspectos jurisdiccionales o el suministro de la Fuerza Pública para asegurar la ejecución forzada de las sentencias, por ejemplo.

revisar a fondo toda la normativa relacionada con la ejecución de la sentencia y emprender otras acciones por el estilo, porque «sin un procedimiento (que comprende, desde luego, la infraestructura orgánica) eficaz y adaptado a la realidad nacional, sin una bien entrenada y honesta policía judicial, sin un sistema de ejecución de sentencia que siga al condenado en todas las etapas progresivas que debe seguir en el cumplimiento de su condena (finalidades de prevención especial que hoy —al margen del debate sobre el fundamento y fines de la pena— nadie discute), sin una acción penitenciaria que cuente con medios y técnicas idóneas y, en fin, sin una preparación especializada del juez (altamente capacitado para manejar el Derecho penal, el procedimiento, las ciencias auxiliares y al sujeto que ha de juzgar), *en cuanto al fin esencial de la justicia en lo criminal*, los esfuerzos de los dogmáticos por reconstruir científicamente el Derecho penal chileno no pasarán de ser tan respetables como inútiles, las conclusiones de los Congresos, palabras al viento, y los textos legislativos, letra muerta» (120).

Por cierto que frente a un programa semejante surge de inmediato la objeción —quizá excesivamente fácil y resignada— de los recursos financieros que compromete, los cuales el Estado no estaría en condiciones de suministrar. Pero si se considera, por una parte, que se trata de un programa básico y progresivo cuyos costos proporcionalmente modestos pueden, incluso, autofinanciarse en importante medida (121) y, por la otra, que estamos frente a un conjunto de problemas que afectan en forma esencial la seguridad y el normal desarrollo de la vida colectiva de la nación, el Estado se encuentra ante el inexcusable deber de sufragar, como sea, los gastos en su mínimo indispensable.

En conclusión, el orden de prioridad que proponemos para la *reforma penal en Chile*, vista en su conjunto conforme acabamos de exponerla, es el siguiente: 1.º) Estudiar una nueva ordenación, decisiva y profunda, del Procedimiento penal; 2.º) Encarar, en forma progresiva y en la medida de los recursos disponibles que habrá que esforzarse en obtener, la renovación de las actuales estructuras preventivas y ejecutivas; 3.º) Como medida transitoria de emergencia, estudiar la posibilidad de una reforma parcial del Código penal vigente; de preferencia, sobre la base del Proyecto de Parte General de 1946, más algunas modificaciones de la Parte Especial, y 4.º) Cuando sea el momento oportuno, por estar logradas

(120) Cfr. *Nota... cit.*, pág. 284.

(121) No es necesario acudir a ejemplos concretos para recordar que existen fórmulas perfectamente practicables en cuya virtud los establecimientos carcelarios (cerrados o abiertos) e incluso los destinados a custodias preventivas o de curación, pueden organizarse de modo que aprovechando las fuerzas laborales de los reclusos, cumplan importantes objetivos de prevención especial y ser, además, rentables. Las sanciones pecuniarias y las costas judiciales, recaudadas por sistemas de mayor efectividad y elevadas en sus cuantías si es necesario, también pueden y deben ser una fuente *afectada* de ingresos no despreciable.

Francisco Grisolia

las condiciones mínimas que posibiliten su aplicación práctica y eficaz, promover la implantación del nuevo Código penal que, mientras tanto, se habrá preparado con la debida calma, sobre la base del Proyecto de Código penal tipo para Latinoamérica y de las premisas que orientan su formación.

Naturaleza del delito de falso testimonio

J. J. HERNÁNDEZ GUIJARRO

Atrae poderosamente la atención, a poco que se profundice en el estudio y la observación de los delitos de falso testimonio, el gran número de problemas sin resolver que inmediatamente se descubre, y no problemas minuciosos, de detalle, sino de alcance, de indudable trascendencia, que evidencian cómo permanece aún indeterminada la verdadera esencia de estos delitos. Entre ellos y, naturalmente, sin propósito exhaustivo, podrían mencionarse: cuáles sean las formas de la culpabilidad aplicables, cuáles los posibles sujetos, en qué consiste exactamente la acción, si son posibles sus formas imperfectas, cuáles sean sus modalidades, etc., etc.

Frente a tales dificultades, los estudios monográficos de que disponemos son sumamente escasos, lo mismo entre nuestros autores que entre los de otros países. Y tampoco contamos con una experiencia judicial extensa y profunda: es particularmente curioso que cuantos intervenimos de cerca en la Administración de Justicia estemos decididamente convencidos del escaso margen de confianza que debe otorgarse, tanto en el proceso civil como en el penal, a la prueba testifical, porque con excepcional frecuencia se falta a la verdad en las declaraciones testificales —unas veces con propósitos abiertamente censurables y otras por simple falta de conciencia de la trascendencia social y jurídica del acto que se está realizando— y, sin embargo, son sumamente escasos los procesos penales que tienen por objeto hechos de esta naturaleza. Sorprende, ciertamente, que la casi totalidad de los delitos de falso testimonio, necesariamente cometidos a la presencia judicial, flagrantes por naturaleza, estén comprendidos en la llamada «cifra negra».

Es verdad que buen número de abstenciones de proceder por inexactitudes testificales se debe a que se sabe de antemano condenada la acción al fracaso por dos razones: la dificultad suma de probar la inexactitud, dado el sistema de apreciación de las pruebas que encarnan nuestras leyes procesales, y, la no menor, de acreditar la intención del agente expuesto siempre a numerosos errores en el proceso de conocimiento y aún en la manifestación de lo conocido.

No obstante, estoy persuadido de que es la falta de un criterio seguro y suficientemente fundamentado, en cuanto a la naturaleza de estos delitos, la causa principal de tantas dificultades que, indudablemente, urge resolver.

Son ciertamente diversos los criterios seguidos por los autores para la determinación de la naturaleza de los delitos de falso testimonio e igualmente los que fundamentan la sistematización que de ellos hacen los códigos penales. A unos y otros vamos a referirnos, pero antes hemos de aclarar que, de los múltiples aspectos que ofrece esta cuestión, sólo nos ocuparemos en esta ocasión de la naturaleza del falso testimonio en su sentido estricto y más propio, a la que resulta de la determinación de su objetividad jurídica que, como dijo ARTURO ROCCO (1), es elemento fundamental para la clasificación de los delitos en particular porque refleja su íntima diversidad. Además, la naturaleza del falso testimonio presenta otras facetas referidas a sus elementos en particular, como lo son, por ejemplo, la de si se trata de un delito especial, de un delito de propia mano, de un delito de resultado, que por ahora excluimos. La importancia del problema es evidente y notoria la influencia que ha de ejercer en cuantos surgen en el estudio del delito de que nos ocupamos.

Los Códigos

Si se prescinde de algunas diferencias poco importantes, los sistemas seguidos por los Códigos pueden reducirse a cuatro grupos fundamentales que representan otras tantas posturas en torno al problema planteado, siquiera una de ellas esté totalmente desactualizada y otra no sea verdadera solución. Hay dos sistemas contrapuestos en apariencia, aunque luego no lo resulten tanto, en cuanto que uno es más acabado, más exacto que el otro. Consisten en incluir el falso testimonio entre los delitos de falsedad el uno y, entre los delitos contra la Administración de Justicia, el otro. El tercero elude realmente la cuestión y sólo es posible en Códigos que presentan la particular estructura de estar integrados en capítulos yuxtapuestos uno tras otro, comprendiendo en cada uno de ellos un delito o grupo de delitos que rara vez se designa por razón del bien que defienden. En este tipo de Códigos, el falso testimonio suele constituir un capítulo independiente encabezado con el nombre del delito y aunque, a veces, es posible descubrir, por el orden de los capítulos entre sí, la naturaleza que quiso asignarle el legislador, esto no siempre ocurre. El último sistema consiste en encuadrar el falso testimonio entre los delitos contra los particulares, en unión de otros que sólo en cierto aspecto, y secundario, se le asemejan.

Este último sistema, ya casi en desuso, es el más antiguo. Le siguen luego, por este orden, lo mismo en los Códigos extranjeros que en los nacionales, el que incluye el delito en cuestión entre las falsedades, y el que lo coloca entre los que atentan contra la Administración de Justicia, y el último, el elusivo, se desenvuel-

(1) A. Rocco. *L' Oggetto del reato e della tutela giuridica penale*. En *Opere Giuridiche*. Roma, 1932.

ve simultáneamente a los otros en los códigos del siglo pasado y el presente.

Incluyen el falso testimonio entre los delitos contra personas: el Código francés de 1810, cuya reglamentación de este delito fue establecida por Ley de 13 de mayo de 1963, y el monegasco de 1874, sustancialmente idéntico. Ambos lo regulan juntamente con la calumnia, la injuria y la revelación de secretos, de donde se infiere que es el honor el bien que se ha tomado en cuenta para establecer tal agrupación. El desacierto es evidente, si se tiene en cuenta que sólo alguna modalidad del falso testimonio puede lesionar el honor de las personas y que, en todo caso, tal lesión, como las que el delito puede producir en los específicos intereses del sujeto pasivo, es secundaria y no necesaria. Es, por el contrario, general la afirmación de que el falso testimonio es un delito contra el Estado y no contra los intereses individuales.

En el grupo de los códigos que consideran el falso testimonio como modalidad del género falsedad, figuran: el belga de 1867, el luxemburgués de 1879, ambos bajo la rúbrica de «delitos contra la fe pública», y el portugués de 1836, en el capítulo que dedica al falso. En ninguno de estos códigos existe un título especialmente dedicado a castigar las conductas que atentan contra la Administración de Justicia específicamente considerada.

Bajo esta rúbrica, en cambio, lo colocan los códigos italianos de 1889 y 1930, el griego de 1950 y el búlgaro de 1951.

El grupo más numeroso lo constituyen los que describen el delito a que nos referimos, bien solo, bien en unión de la denuncia falsa, en un capítulo independiente que no designa el bien jurídico defendido. Deben ser citados en él los códigos de Alemania (1870), Holanda (1881), Finlandia (1889, ley sobre el falso testimonio de 29 de julio de 1938), Noruega (1902), Dinamarca (1930), Polonia (1932), Islandia (1940), Groenlandia (1954). En algunos de ellos, no obstante, se deduce el carácter que el legislador atribuye al falso testimonio. Así el danés que, al colocarlo inmediatamente antes de otras formas de falsedad y separado de los delitos contra los medios de prueba, le otorga aquel carácter; otro tanto puede decirse del noruego y, en sentido contrario, afirma EBERMAYER del alemán que, aunque no lo regule bajo la rúbrica «delitos contra la Administración de Justicia», les da este carácter.

Por lo que se refiere a los códigos españoles, hasta 1932 permaneció el falso testimonio entre las falsedades, en unión de la acusación y denuncia falsas. El código de 1928 instauró, por vez primera, el actual Título IV «De los delitos contra la Administración de Justicia», pero se da el caso curioso de que, bajo tal nombre, no incluyó el falso testimonio ni la acusación y denuncia falsas, que permanecieron donde estaban, sino el quebrantamiento de condena, hasta entonces comprendido en el Libro I con manifiesta inoportunidad, los desórdenes en las prisiones y el encubrimiento, a imitación, probablemente, del Código italiano. Fue el

·Código de 1932 el que inauguró la sistemática actual. Las reformas posteriores no han afectado al delito de que nos ocupamos.

LA DOCTRINA

También, las diversas posturas doctrinales que han formulado los autores en cuanto a naturaleza de los delitos que analizamos, si prescindimos de algunas diferencias de matiz de muy escasa significación y de ciertas imprecisiones técnicas que, en ocasiones, se advierten, se acomodan, en esencia, fácilmente a dos o tres direcciones: la de quienes entienden el falso testimonio como delito contra los medios de prueba, íntimamente emparentado con los de falsedad y la de quienes le conciben como específico delito contra la Administración de Justicia. Y no es fácil situar estas direcciones en un correcto orden cronológico porque, si bien aquélla es anterior en el tiempo a ésta, ha tenido y aún tiene modernos brotes que la colocan en la más indiscutible actualidad. Aún cabría señalar, y de aquí nuestra duda, una tercera posición, negativa, porque las teorías que niegan la existencia de una objetividad jurídica autónoma y determinada en el falso, sustituyéndola por la unidad del medio empleado, podría llevar sus ilusorios efectos unificadores hasta el falso testimonio.

I. *Teoría del delito vago y del delito pluriofensivo*

Muy brevemente vamos a referirnos a ellas porque, sólo tangencialmente, afectan al falso testimonio y, ciertamente, no resuelven el problema de su naturaleza.

Sabido es, a propósito de los delitos de falsedad, que han sido múltiples los empeños de la doctrina por fijar el concepto de fe pública desde que, según parece, lo utilizara FILANGIERI (2) por primera vez como elemento aglutinador de aquellos delitos y numerosas las críticas que siempre fueron dirigidas contra tal concepto tachado de abstracto e indeterminado en exceso. Son muy conocidas las críticas, en la doctrina germánica, de LISZT y BINDING y, en la italiana, de GABRA, FRESSATI, DELITALA y MARSICH, entre otros, no obstante los esfuerzos de otros autores, como el propio CARRARA, PESSINA, MANZINI y aún ANTOLISEI, por definir de un modo útil la fe pública, ya entendiéndola nacida de un acto «de la autoridad que la impone» (3), ya como expresión de la necesidad y la costumbre sociales (4), ya como manifestación del «cierto jurídico» sancionado por el Estado (5), ya como «confianza y seguridad en la relaciones jurídicas» (6).

(2) *Scienza della legislazione*, Milán, 1827: Libro III, v. IV, pág. 109. Citado por ANTOLISEI: *Manuale de D.p. Parte Especial*, II, pág. 474.

(3) CARRARA, *Programma*, v. VII, pág. 335b.

(4) MANZINI, *Trattato*, vol. VI, núm. 2.091.

(5) PESSINA, *Elementi di Dir. pen.*, vol. IV, pág. 129, Nápoles, 1895.

(6) ANTOLISEI, *Manuale di Dir. pen.*, vol. II, pág. 476.

Tratando de eludir estas dificultades, aplicó FINZI (7) al falso la llamada teoría del «delito vago» y ANTOLISEI la del «delito pluriofensivo» (8), este último sobre la base de las elaboraciones de DELITALA (9). Y, de este modo, mientras DELITALA niega la existencia de una objetividad jurídica única, determinada y permanente para todas las manifestaciones del falso, de suerte que el único elemento común a todas ellas está representado por el medio de ataque que siempre es el mismo, ANTOLISEI entiende que, no obstante poderse llegar a una determinación del concepto de fe pública como realidad y no ficción, el error de la doctrina dominante consiste en considerar aquel interés como objeto jurídico exclusivo del falso porque, siendo así que nunca el agente «falsifica por falsificar, sino para conseguir un resultado que está más allá de la falsificación», en los delitos contra la fe pública, delitos «pluriofensivos», se dan dos ofensas: una común a todos los delitos de la categoría, y otra que varía de delito a delito».

Pues bien, la simple consideración de la semejanza que, indudablemente, existe entre los delitos de falso testimonio y los de falsedad, semejanza reconocida expresamente por cuantos Códigos regulan ambos delitos bajo el mismo título —español de 1870, belga, portugués, mejicano— y en el sector doctrinal que, exagerando sin duda la semejanza, ha llegado a considerar el falso testimonio como una simple modalidad específica del género falsedad, haría posible, sin más investigaciones, la aplicación de las teorías estudiadas al delito que analizamos.

Sin embargo, y como advertimos al principio, es muy escaso el fruto que por este camino puede recogerse en orden a la determinación de la naturaleza del falso testimonio. En primer término, no sería correcto concluir la afinidad de dos categorías de delitos a través de sus características negativas porque, como es obvio, raros serían los comprendidos en cualquier Código que, por dispares que fueran, no pudieran aproximarse con este procedimiento. En segundo lugar, la caracterización del delito por el medio de ataque tiene un limitado valor, se trata, como señala MALINVERNI (10), de un justificable repliegue ante la dificultad de determinar la objetividad jurídica del falso, pero, si se aceptase como criterio sistematizador, obligaría a incluir en un mismo grupo delitos de naturaleza muy diversa con detrimento del buen orden. Por último, por lo que hace al llamado por ANTOLISEI «delito pluriofensivo», parece evidente su existencia y aún que el falso testimonio pertenezca a tal categoría, pero no en el sentido que el autor señala, sino en el de que algunos delitos, ciertamente numerosos, protegen no ya un solo bien, sino varios, genéricamente considerados, sin perjuicio del específico in-

(7) FINZI, *Reato di Falso*.

(8) ANTOLISEI, *Manuale y loc. cit.*

(9) DELITALA, *Concorso di norma e concorso di reati*, en *Rev. it.*, 1934, página 109.

(10) *Sulla teoria del falso documentale*. Milán, 1955, pág. 152.

terés que el perjudicado por el delito sienta lesionado en cada caso. La dualidad de ofensas que ANTOLISEI descubre en los delitos contra la fe pública, nacida de la consideración del resultado que el agente se propone conseguir «al di là della falsificazione» (11), mejor se explica distinguiendo en la objetividad jurídica del delito un objeto *genérico* y otro *específico* perfectamente coincidentes, al modo de A. ROCCO (12), o bien, junto al genérico y específico, un interés «subespecífico», como BATTAGLINI (13) hace, que, apelando al concepto de la pluriofensa, en razón de la identidad esencial de los intereses que se entienden lesionados. Se trata, en suma, de ese mismo interés generalizado, interés público, que constituye la verdadera y propia objetividad jurídica del delito, como afirma MANZINI (14). Pero, en todo caso, afirmar del falso testimonio, como de cualquier otro delito, que es «pluriofensivo», a nuestro juicio, dice muy poco de su naturaleza, aunque fuera rigurosamente exacto. La cuestión es hallar, de entre los múltiples bienes defendidos, el que llega a la médula del delito, denuncia su íntima naturaleza y, en consecuencia, debe utilizarse como criterio de sistematización.

2. *El falso testimonio como delito contra los medios de prueba: Teoría de ANTONIONI*

Debemos advertir, ante todo, que nos referimos en este lugar y bajo esta común designación, tanto a las teorías que entienden el falso testimonio como delito contra la fe pública y, en consecuencia, forma del falso, como a las que lo consideran como delito contra los medios de prueba o los signos de autenticidad, porque tanto da aceptar, en principio, el impreciso término de «fe pública» si luego hay que entender por tal la confianza general nacida de «un acto de la autoridad que la impone» (15) o bien «impuesta por la necesidad y la costumbre sociales» (16), en determinados medios o signos que «expresan el cierto jurídico» (17) o «la seguridad en las relaciones jurídicas» (18), como utilizar directamente la expresión medios de prueba en tanto se entienda ésta como institución con dos vertientes, una al campo del derecho procesal y la otra al del derecho material.

Como ya hemos hecho notar, son varios los Códigos, derogados unos, otros vigentes, que incluyen el falso testimonio entre los delitos de falsedad. La idea de aproximar ambos delitos ha sido seguida también por la doctrina desde antiguo y hoy la defiende ingeniosamente ANTONIONI en su monografía *La falsa testimonianza*

(11) ANTOLISEI, *Op. y loc. cit.*

(12) A. ROCCO, *Op. cit.*, núms. 176 y 178.

(13) DERECHO PENAL, pág. 81.

(14) *Trattato*, vol. I, núm. 213.

(15) CARRARA, *Programma*, vol. VII, pág. 3356.

(16) MANZINI, *Trattato*, v. VI, núm. 2.091.

(17) PESSINA, *Elementi di Dir. pen.*, vol. IV, pág. 129, Nápoles, 1895.

(18) ANTOLISEI, *Manuale di Dir. pen.*, vol. II, pág. 476.

nella teoria generale del falso (19), a que, de modo particular, vamos a referirnos porque, a la vez que recoge en sus razonamientos las ideas esenciales de las viejas teorías, tiene en cuenta, si bien sólo en cierta medida, las particularidades procesales de la cuestión, extremo éste al que, como apunta el propio autor, no se ha concedido la atención que indudablemente merece.

Efectivamente, señala desde el principio ANTONIONI que el evidente desequilibrio que se advierte confrontando la teoría del falso documental y la del falso testimonio, se debe exclusivamente a una insuficiencia de planteamiento, al olvido de lo que constituye el substrato de la teoría del falso en general: la prueba. Y tras dejar sentado que, ante todo, el falso es un acto jurídico que puede resolverse, o no, en un acto ilícito, de suerte que no todo falso integra un delito de falso, existiendo entre lo uno y lo otro una relación de género a especie que, naturalmente, alcanza al testimonio falso y delito de falso testimonio, dedica la primera parte de su trabajo a la determinación de lo que realmente constituye la objetividad jurídica del falso en general, con el fin de examinar si es común a todas sus formas, incluido el falso testimonio en particular.

Censurando después la propiedad del término fe pública como objetividad del falso e índice clasificador de sus formas, alude a los diversos intentos de la doctrina en torno a la construcción de tal concepto, desde CARRARA y PESSINA hasta DELITALA, PISAPIA, MARSICH y ANTOLISEI, posturas que, intuyen las primeras y demuestran las segundas, la ineludible necesidad de sustituir aquella abstracta expresión por algo más concreto. Y, en este punto, se pregunta, con evidente propósito afirmativo, si, cuando se dice que el objeto del delito de falso es la fe pública, no se opera una confusión entre objeto e interés, de suerte que ésto y no aquéllo es lo que constituye la expresión que se tacha de imprecisa.

Desplazada así la cuestión a la determinación del verdadero objeto jurídico del falso, la lleva a cabo ANTONIONI a través de un proceso de eliminación y especificación, a mi juicio, incompleto, que puede sintetizarse de este modo:

a) —La prueba, que está detrás del interés fe pública o algo en íntima relación con ella, ha de constituir tal objeto según impone el binomio falso— prueba que el autor sentó como premisa y atisbó ya realmente la vieja doctrina representada por PESSINA (20) y FRASSATI (21), que aludieron expresamente a la «fuerza probante».

b) No lo será la prueba judicial, la que se produce en el proceso exclusivamente como pretende PROTO, porque no puede desconocerse la relevancia que, en el campo del falso punible, tiene la prueba extraprocesal, el falso documental, por ejemplo.

c) Tampoco la prueba misma porque, siendo ella objeto de la

(19) Nápoles, 1957.

(20) *Elementi*, vo. III, pág. 129.

(21) *Elementi constitutione della falsità in atti*. En *Rev. pen. suppl.*, vol. III, 1854, pág. 217 y ss.

falsificación, tal cosa supondría una confusión entre el objeto material y el objeto jurídico del delito.

d) Ha de serlo «la certeza en la cual se conoce el resultado de la prueba», entendiéndose por certeza no la conciencia de la verdad absoluta, sino, a la manera de CARNELUTTI (22), «la afección del juez al grado de verosimilitud de la prueba» y, aplicando la teoría de la apariencia, verdadero interés penalmente protegido, la certeza de la apariencia de la prueba.

De este modo concluye ANTONIONI que, aunque se siga atribuyendo al falso testimonio su calidad de delito contra la Administración de Justicia, dada la estrecha relación existente entre ésta y la fe pública, es incontestable que debe ser considerado como una modalidad del delito de falso, superado el insuficiente concepto de fe pública como objetividad jurídica (23).

Justo será reconocer, ante todo, que la teoría de ANTONIONI, construida sobre una lógica impecable, es extraordinariamente sugestiva y, sin duda, muy útil para el estudio del falso testimonio porque abre o, por lo menos, sugiere al investigador todo un panorama de problemas hasta ahora inadvertido, pero, sin perjuicio de que sus consecuencias puedan aceptarse en cierta medida, adolece, a mi juicio, de algún defecto que la inhabilita para ser utilizada con carácter exclusivo como elemento clasificador de los delitos de falso.

Por lo pronto, la teoría ofrece el muy estimable resultado de haber sabido sustituir el impreciso término «fe pública» por una objetividad jurídica indudablemente concreta que ha de cumplir con eficacia su misión de determinar la íntima naturaleza de los delitos de falsedad, como afirma Rocco (24), y ello a través de un procedimiento, en principio enteramente acordado a las autorizadas enseñanzas de este autor. Es evidente que, si la fe pública se concibe como la confianza que las gentes depositan en ciertos medios de autenticidad dispuestos por el Estado, tal confianza entraña y se apoya en un juicio positivo de valor sobre la autenticidad de aquellos signos y, en consecuencia, será interés y no bien penalmente protegido. Y, si este juicio de valor está referido a la certeza que los signos en cuestión representan, éste y no aquél es el bien que se protege penalmente. Por otra parte, con la misma claridad se advierte cómo el delito del falso testimonio protege la certeza que representa un medio de prueba personal, el testifical, de cuya utilidad también se da, por parte del sujeto pasivo del delito, una valoración positiva, de todo lo cual es preciso concluir, por ahora, una identidad de objetividad jurídica en ambos delitos y un indudable parentesco entre ellos.

Además, la teoría —como el mismo ANTONIONI expresa (25)—

(22) *La prova civile*, pág. 114.

(23) ANTONIONI, *Op. cit.*, núm. 6.

(24) *Op. cit.*, núm. 192.

(25) *Op. cit.*, núm. 192.

supera las dos dificultades que, con toda razón, se objetan a la construcción que identifica el objeto del falso con la prueba (26): de una parte, que la prueba, sin otra determinación, es un concepto aquejado de la misma generalidad que el de fe pública, como sostiene MALINVERNI (27) y, de otro, que su identificación con el bien jurídico defendido supondría una confusión entre los objetos material de la acción y jurídico del delito. Y obsérvese que si, como sostiene MAX ERNEST MAYER (28), el objeto material u objeto de la acción es siempre elemento del tipo legal y, como afirma ASÚA (29), toda persona o cosa que forma parte del tipo descrito en la Ley, a diferencia del objeto jurídico u objeto de protección que jamás es una modalidad del acto y, por tanto, tampoco elemento del tipo, el Código, tanto el español como el italiano, designa expresamente, lo mismo en la falsedad que en el falso testimonio, el medio de prueba —testimonio, pericia, documento oficial, privado o mercantil, marca, documento de identidad— a que va referida la acción penal, razón bastante para entender que el medio probatorio es objeto material de la acción y no jurídico de la protección.

No obstante, se advierte, a mi juicio, una deficiencia en la teoría que comentamos y que nace quizá de que el autor no ha sido enteramente fiel a la premisa que sentó como punto de partida de su razonamiento, me refiero a aquel dualismo prueba-falso a cuyo olvido se achacan los defectos de la teoría del falso testimonio. Si es incuestionable que no puede prescindirse, en modo alguno, de la prueba cuando se investiga sobre delitos que la tiene por objeto material, no puede serlo menos que tampoco debe dejarse en el olvido su verdadera naturaleza de institución bífrente que, consistiendo genéricamente en la demostración, más o menos ideal, de la existencia o exactitud de un hecho (30), se diversifica en dos formas, una material y otra procesal, sustancialmente distintas. La primera, como afirma GUASP (31), se destina a la justificación de la existencia de determinados acaecimientos de la vida real, en tanto que la segunda se dirige a producir la convicción psicológica del juez en determinado sentido con respecto a un dato o conjunto de datos procesales. Aquélla es una justificación objetiva, mientras que ésta es una comprobación personalmente dirigida a un sujeto particularizado. La prueba material se desenvuelve en el ámbito de las relaciones jurídicas regidas por el derecho material, y la procesal, por el contrario, sólo tiene lugar sobre el cauce estricto del proceso

(26) BINDING. *Lchrbuch*, pág. 108 y ss.

(27) *Sulla teoria del falso documentale*, pág. 236.

(28) *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*. Hedelberg, 1923, 2.^a edición, pág. 98.

(29) *Tratado*, 2.^a ed., tomo III, V, 109.

(30) V. GUASP, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, pág. 344; y CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, 7.^a ed., Madrid, 1949, tomo I, pág. 782, entre otros.

(31) *Op. cit.*, pág. 345 y ss.

de cuya naturaleza participa como fragmento del mismo que es. Entre ambas clases de pruebas existen diferencias sustanciales referidas a su régimen jurídico (32) y, de modo concreto, el proceso en sus dos modalidades, civil y penal, ofrece una serie de particularidades que han de tenerse presentes cuando de los delitos que tienen por objeto la certeza de la prueba se trata. Si se tiene ahora en cuenta que, tras el proceso como «institución jurídica destinada a la satisfacción de pretensiones» (33), está la Jurisdicción en la que el proceso se basa y que ésta no es sino la función estatal mediante la cual el poder público satisface pretensiones precisamente a través del proceso, se caerá en la cuenta de que se hace preciso escindir los delitos que tienen por objeto material la prueba y por objeto jurídico la certeza de su apariencia, en dos grupos, según que tal prueba sea material o procesal, porque en los del segundo aparece, junto a la certeza de la prueba sin más distingos, otro bien que se defiende igualmente y está en función de la específica naturaleza de su objeto, la Jurisdicción como función estatal que satisface pretensiones.

Como ANTOLISEI, pues, cuando censura la doctrina dominante en la determinación del objeto jurídico del falso (34), entiendo que el error de ANTONIONI no está en considerar la certeza de la apariencia de la prueba, como bien jurídico defendido, sino en entender tal bien como exclusivo cuando se trata del falso testimonio. Pero no pretendo llegar con ello a la conclusión de la pluriofensa que formula el jurista italiano, sino, intentar dar un paso más, a determinar cuál de esos dos bienes, muy relacionados entre sí, pero no exactamente coincidentes, debe considerarse como objetividad jurídica del falso testimonio.

3. *El falso testimonio como delito contra la Administración de Justicia: Teoría de Marsich*

El criterio de incluir el falso testimonio entre los llamados, con más o menos acierto, delitos contra la Administración de Justicia, no es precisamente moderno, ni en la doctrina ni en los códigos. Los códigos vigentes suelen aceptar, con pocas excepciones, esta sistemática y si, como afirma A. Rocco (35), la determinación del bien jurídico defendido debe hacerse, ante todo, como labor de interpretación de la ley penal, como base en la ley misma, es natural que la doctrina haya seguido estos derroteros.

Señala MARSICH (36), en la evolución histórica del delito que estudiamos, tres etapas importantes, en las que la naturaleza del delito, a la zaga del concepto de Justicia en cada momento, ha

(32) V. GUASP. *Op. cit.* y *loc. cit.*

(33) V. GUASP. *Op. cit.*, pág. 109.

(34) ANTOLISEI. *Op. cit.*, pág. 477.

(35) *Op. cit.* núm. 193.

(36) MARSICH. *Il delitto di falsa testimonianza*, Padua, 1929, cap. I.

sufrido sucesivas transformaciones: mientras la Justicia es concebida como función religiosa, se centra la esencia del falso testimonio en el quebrantamiento del juramento que le precede y se le asigna naturaleza religiosa; cuando, perdido por la Justicia su sentido religioso, se la concibe de modo utilitario, el falso testimonio es considerado como una ofensa a intereses individuales; cuando, en fin, la Justicia se concibe como función del Estado (y función esencial), el falso testimonio se entiende como un atentado a esta actividad. Es claro que nos hallamos ante la última fase de esta evolución.

Consciente, sin duda, de la transformación apuntada, CARMIGNANI (37) abogaba ya por una reconstrucción, desde su base, de la teoría del falso testimonio absorbido por la trascendencia histórica del juramento e, insistiendo en este punto, CARRARA (38), tras señalar que el juramento como esencia del falso testimonio, pertenecía al pasado, afirma textualmente que «comprendida una verdad de tan fundamentales consecuencias como la que afirma que los juicios tienen lugar en beneficio de todos los ciudadanos, todos y cada uno de los cuales tienen interés en que aquéllos marchen por el camino recto, esta gran idea de la justicia pública mostró a los juristas cuál era el verdadero objeto del falso testimonio y, por consecuencia, cuáles debían ser sus criterios». «Por ello, actualmente —dice— las buenas escuelas y las buenas legislaciones están de acuerdo en enseñar que el falso testimonio es un delito social, y precisamente un delito contra la justicia pública y sobre esa base constituyen la teoría de este delito».

MANZINI (39), pormenorizando sobre el objeto jurídico de los delitos contra la Administración de Justicia, afirma que el genérico está integrado por los «intereses concernientes al normal y eficaz funcionamiento de la actividad judicial, el respeto a la autoridad de la decisión y la sujeción de los particulares a la Jurisdicción», de modo que la especificación de este interés genérico da lugar a tres categorías de delitos: los que entorpecen la actividad judicial, los contrarios a la autoridad de la decisión y los relativos a la tutela arbitraria de la pretensión privada. Al primer grupo, cuyo específico objeto viene dado por el interés de garantizar la función judicial en su mismo ejercicio, en cuanto que conviene (40) impedir que el objeto de la justicia se frustre o que la actividad judicial sea entorpecida por determinados actos individuales, pertenece el falso testimonio juntamente con otros delitos que tienen el mismo objeto, como los que suponen violación o incumplimiento de la obligación de dar noticia del delito, otras formas de «falsedad judicial» —simulación de delito, denuncia calumniosa, favorecimiento real y personal—, etc. De este modo, y dan-

(37) Citado por CARRARA en *Programma*, párr. 2.664.

(38) *Programma*, párr. 2.665.

(39) *Trattato*, vol. V, núm. 1.587.

(40) MANZINI. *Op. cit.*, núm. 1.588.

do un paso más en la determinación del bien, concreta que el específico de la tutela en el falso testimonio es el «interés concerniente al normal funcionamiento de la actividad judicial», esto es, el común a los delitos contra la actividad judicial, pero —puntualiza— «en cuanto conviene asegurar a esta actividad la sinceridad y la integridad de la prestación inherente al contenido del deber de testimoniar» (41).

En la doctrina española, desde el Código de 1928, todos los autores siguen este mismo o muy semejante criterio, y es, incluso, frecuente advertir en ellos una clara influencia de lo expuesto por MANZINI: CUELLO CALÓN (42), después de señalar como característica común a todas las modalidades de falso testimonio la violación del deber de veracidad impuesto a los testigos y peritos en sus declaraciones ante los funcionarios judiciales y tribunales de Justicia, afirma que tales hechos causan un grave daño a la normal actuación de la Administración de Justicia, sin perjuicio del que puede causarse a los particulares, especialmente cuando el falso testimonio es dado en causa criminal; QUINTANO RIPOLLÉS (43) dice que se trata de sancionar un obstáculo al normal ejercicio procesal de la acción civil o penal ya nacida, de modo que entran en juego, en este delito, intereses públicos, como son los de la Administración de Justicia, juntamente con los privados de las partes en el proceso; FERRER SAMA (44) sigue a MANZINI aludiendo al cambio de naturaleza que el delito ha experimentado en su evolución.

Pero merece especial consideración, dentro de las teorías que tienen este mismo norte, la postura de MARSICH que, no sólo se ocupa del examen del bien jurídico defendido, sino del contenido del deber inherente a la función de testificar, aludido también por los autores españoles que acabamos de citar. Afirma este autor, como síntesis de su pensamiento, que «el delito de falso testimonio es en nuestro sistema —el italiano— un delito contra la Administración de Justicia: nuestro Código —dice, el italiano de 1889— reconoce con ello que la Administración de Justicia es el bien específicamente protegido por la norma penal, siendo la Justicia, en el Estado moderno, función específica y esencial del Estado mismo y debiendo considerarse por ello tal lesión como prevalente sobre las otras lesiones de bienes que el falso testimonio produce simultáneamente (45). Luego determina, por un lado, lo que debe entenderse por Administración de Justicia y justifica, por otro, la inclusión del falso testimonio entre los delitos que tienen tal bien por objeto jurídico, utilizando como elemento de enlace el contenido del deber de testificar.

Respecto a lo que debe entenderse por Administración de Justi-

(41) MANZINI, *Op. cit.*, núm. 1.664.

(42) *Derecho Penal*, Madrid, 1955, tomo II, pág. 301 y ss.

(43) *Compendio*, Tomo II, núm. 135.

(44) *Comentarios*, Tomo III, pág. 407 y ss.

(45) MARSICH, *Op. cit.*, pág. 44 y ss.

cia, aclara que no es el bien protegido el poder del Estado distinto del poder jurisdiccional, sino exactamente la actividad jurisdiccional de aquel que siempre resulta perturbada, directa o indirectamente, por todos los delitos que tienen este objeto. Esta actividad se ejerce a través del proceso que se desenvuelve bajo el control y la guía de los órganos del Estado y es la síntesis de un conjunto de actividades reguladas según la norma legal. Como para su desarrollo ésta impone a cada uno el cumplimiento de determinados deberes, queda de este modo justificada la inclusión del falso testimonio, considerado bajo este aspecto, como «obligación de hacer y padecer» entre los delitos contra la Administración de Justicia o, mejor, contra la actividad jurisdiccional del Estado.

Existe, pues, un deber público de testimoniar que constriñe al particular, bajo adecuada sanción, a sufrir ciertas limitaciones en su libertad cuando es llamado a prestar declaración y, frente a tal deber, un correlativo derecho del Estado a exigir la prestación del testimonio, todo ello por razón de la función jurisdiccional que éste ejerce, de donde el falso testimonio no es ya sólo una violación del deber frente al Estado, sino que entraña una auténtica cercenación de su función pública.

Por último, determina MARSICH el contenido del deber testifical que escinde, a su vez, en dos deberes o grupos de deberes: los inherentes a la prestación del testimonio, esto es, comparecer, responder, prestar juramento, etc., y los inherentes al contenido de la declaración, a saber; decir lo que se sabe y decir verdad y no falsedad.

En términos generales, este segundo grupo de teorías, quizá por su absoluta fidelidad a la etiqueta legal bajo la cual se suelen agrupar hoy, con otros, los delitos del falso testimonio, parece más convincente, pero, a mi parecer, tampoco explica con la precisión que es necesaria la verdadera naturaleza de tales delitos. Decir que el falso testimonio es delito contra la Justicia pública, contra la actividad judicial, contra la Administración de Justicia, contra el normal desenvolvimiento de la acción procesal o contra la actividad jurisdiccional del Estado, según se prefiera, aunque sea cierto e importante, no es bastante. Se hace precisa la ulterior determinación que hace MANZINI cuando expresa que es conveniente asegurar a tal actividad la sinceridad y la integridad que son inherentes al contenido del deber de testificar, porque, de otro modo, habría que considerar virtualmente comprendidas en el falso testimonio conductas punibles que pueden llevar a cabo los testigos, como sería la negativa a comparecer y que, suponiendo una clara perturbación de la actividad jurisdiccional, no participan, sin embargo, de la naturaleza del delito que examinamos. Es, en suma, que las teorías que entienden el falso testimonio como delito contra la Administración de Justicia olvidan que, por ser falso el testimonio y sin perjuicio de que comprometa al normal desenvolvimiento de la Jurisdicción, es forma del falso general, aunque lo sea cualificada por razón de la naturaleza del soporte sobre el que se produce la acción penal, el

proceso, y que, por ello, a pesar de las especialidades que le sean propias merced a esta razón, ha de reunir las características esenciales del falso y ofrecer la misma estructura.

Pero lo que ofrece particular interés en estas teorías es, sin duda, la referencia que hacen sus autores, especialmente MARSICH, al deber de testificar como elemento que justifica, de un lado, la inclusión del falso testimonio entre los delitos que comprometen la Administración de Justicia y, de otro, determina el contenido de la ilicitud penal. La existencia de tal deber es generalmente admitida por los autores que señalan su fundamento en la naturaleza y fin del proceso o de la Jurisdicción. J. GUASP (46) afirma que, como el testigo no tiene interés en el proceso cuyo posible perjuicio le estimule a intervenir, su finalidad pública quedaría incumplida si se abandonase a la iniciativa de aquél la prestación del testimonio, de donde se deduce la necesidad de imponer al testigo una auténtica obligación que se traduce en la existencia de un deber general de testimoniar jurídicamente exigible, incluso de modo coactivo, y FLORIÁN (47), en el mismo sentido, tras predicar como nota del testimonio la necesidad, argumenta que, como en el proceso es preciso hacer cuidadosas averiguaciones en las que han de intervenir cuantos ciudadanos estén en condiciones de hacer alguna aportación útil, la prestación del testimonio tomó el carácter de prestación necesaria ligada a la función soberana de la Jurisdicción, por lo que representa un deber frente al Estado.

De cuanto llevamos expuesto se deduce ya, naturalmente, nuestro parecer.

Debo advertir, ante todo, que me parece clara, con A. Rocco, la existencia de un objeto sustancial específico del delito, junto a otro genérico, común a todos los delitos cualquiera que sea su clase y ambos identificados con el objeto de la tutela. Pero entiendo que tal objeto específico es susceptible de ser expresado de forma más o menos pormenorizada, sin perder su carácter, según el contenido que se atribuya a la clase de delitos a los que se refiera. Los delitos del mismo nombre constituyen un grupo susceptible de ser reunidos con otros en otro grupo más amplio y éste, a su vez, con otros en un tercer grupo de más extenso contenido, de suerte que, aunque el bien defendido sea el mismo en todos ellos, admitirá sucesivas especificaciones y matizaciones a medida que vaya referido a un grupo más limitado hasta llegar a las figuras del mismo nombre. Esto ocurre, por ejemplo, con los delitos contra la Administración de Justicia que, teniendo por objeto de protección la Justicia en sentido «latísimo», según MANZINI, son clasificados por el Código italiano y por el autor, en tres grupos, en los que el bien se repite, pero admite una más acabada determinación.

(46) *Op. cit.*, pág. 392-3.

(47) *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Traducción y referencias al derecho español de L. Prieto Castro, Barcelona, 1934, pág. 344.

De este modo, la aparente oposición que pudiera advertirse entre Rocco y MANZINI, en cuanto a lo que deba entenderse por objeto genérico o específico, queda reducida a una cuestión terminológica sin trascendencia y así, será correcto afirmar que el delito de falso testimonio, en cuanto castiga el incumplimiento de los deberes de veracidad e integridad inherentes a la obligación de testificar, entorpece la actividad judicial y obstaculiza la realización de la Justicia, tiene por objeto jurídico específico la Justicia en su más amplio sentido, que comprende cuanto hace alguna relación con el logro de su objeto último (48), más específicamente la actividad judicial, jurisdicción o Administración de Justicia en sentido estricto (49) y, de modo aún más exacto, la certeza de la prueba testifical (50) estrictamente procesal.

Pero, por otra parte, el falso testimonio, como ha quedado sentido, es estructuralmente una modalidad más de falsedad y, por ello, su objetividad jurídica será la fe pública, en los medios de prueba o, mejor, la certeza de la prueba o de la apariencia de la prueba que señala ANTONIONI, abstracción hecha de que tal prueba sea procesal o material.

La cuestión, pues, queda centrada en estos términos: ¿cuál de estos dos bienes —certeza de la apariencia de la prueba; certeza de la apariencia de la prueba procesal— indudablemente protegidos ambos por las figuras de delito que describe el falso testimonio, constituye realmente su objetividad jurídica?

A nuestro juicio, son dos los elementos que es preciso manejar para dar solución a esta clase de conflictos que se plantean a propósito de otros muchos delitos: de un lado, el bien jurídico defendido ha de ser tan específico como sea posible, sin que pierda su común aplicabilidad a cuantos delitos vaya referido; de otro, ha de denunciar la íntima naturaleza de los delitos que lo defienden. Para justificar lo primero no se pierda de vista que se trata de determinar el objeto sustancial y no genérico en la terminología de Rocco, recuérdense las críticas dirigidas contra la excesiva abstracción de algunas rúbricas del Código italiano y piénsese que cualesquiera delitos podrían aproximarse a través de generalizaciones sucesivas de su objeto, finalidad ésta que cumple el genérico y no el específico que tratamos de determinar. En cuanto a lo segundo, debemos recordar las palabras de Rocco (51), cuando afirma que el objeto de la tutela refleja la íntima naturaleza del delito en particular y su determinación debe hacerse con base en la Ley misma.

Si se tiene en cuenta ahora que, entre prueba material y prueba procesal, existen diferencias sustanciales, aunque ambas tengan una finalidad genérica común, se caerá en la cuenta de que «certeza

(48) MANZINI, *Op. cit.*, vol. V, núm. 1,587.

(49) GUASP, *Op. cit.*, pág. 109.

(50) ANTONIONI, *Op. cit.*, núm. 6

(51) *Op. cit.*, núm. 192 y 193.

de la prueba procesal» es término más específico que «certeza de la prueba» sin otra determinación.

Por lo que se refiere al segundo elemento de la comprobación, que el bien en cuestión denuncie la verdadera naturaleza del delito, tal y como está estructurado en la Ley, es evidente que, a la vista de los preceptos correspondientes de nuestro Código, o de cualquier otro, será la prueba procesal o la Jurisdicción, según se prefiera, y sus normas rectoras las que necesariamente determinen el objeto material del delito (proceso, causa criminal civil, juicio de faltas) los sujetos (testigos, peritos) la acción (dar falso testimonio, declarar falsamente) sus modalidades, etc., por lo que no parece excesivo ni desacertado calificar el falso testimonio, como se ha hecho, de delito procesal.

Concluimos, en suma, que la objetividad jurídica del falso testimonio está constituida por la Jurisdicción o Administración de Justicia en sentido estricto en su concreto sector de la prueba procesal, cuya certeza se salvaguarda, sin perjuicio de que, por ser aquél una modalidad de falsedad, deba cumplir los requisitos esenciales de éstas en la medida en que su objeto distinto lo permita.

¿Qué utilidad tiene este criterio en orden a la solución de los problemas a que nos referíamos al principio? A nuestro juicio, puede ser útil.

Me excedería de los límites que, naturalmente, ha de tener este trabajo, si tratara de aplicar ahora esta idea a cada una de las cuestiones enunciadas, pero veamos, a modo de comprobación de su utilidad, los efectos de su aplicación en algún caso concreto.

Es quizá uno de los problemas más inquietantes, en torno al falso testimonio, determinar la esfera de sus posibles sujetos activos, determinar quiénes y quiénes no pueden cometer este delito. La cuestión preocupa a los autores patrios y se la han planteado los jueces que, con insistencia, se preguntan si pueden cometerlo las partes en el proceso civil, las partes civiles en el penal, el inculpado, el procesado, el perjudicado en este mismo proceso, etc.

Si se sostuviera que el falso testimonio no es más que una modalidad del falso sería, sin duda, porque se habría aceptado que falsedad y falso testimonio defendían el mismo bien jurídico, la verdad o certeza de la prueba sin más. De tal bien no podría deducirse otra cosa que un deber general de lealtad y sinceridad exigible a todo ciudadano que presta información o contribuye con su manifestación, de algún modo, a constatar la existencia o inexistencia de un hecho en el campo de las relaciones jurídicas. Y, como quiera que este deber se extiende a todo ciudadano, el único elemento de que dispondríamos para despejar tales incógnitas serían las palabras con que el legislador describe la acción punible —dar falso testimonio, declarar falsamente— que, por su propia naturaleza, sólo parece ejecutable por el testigo o por el perito. Todo estriaría ahora en determinar el concepto de testigo y perito y, según se hiciera con mayor o menor extensión, en sentido propio o impro-

pio, sería una u otra la solución a las cuestiones apuntadas, pero siempre por la endeble y poco convincente razón de que la parte, el inculpadó, el perjudicado, son o no son, testigos.

Aceptando, por el contrario, que los delitos de falso testimonio y pericia falsa, aunque estructuralmente formas de falso, protegen un bien jurídico más específico y más propio que el que sirve de fundamento a aquél, Administración de Justicia frente a la fe pública, certeza de la prueba procesal frente a certeza de la prueba, el razonamiento será más completo y creo que más conveniente: de este bien que se indentifica con la Jurisdicción, por razón de su naturaleza y de su rango, se deriva, no ya un deber de lealtad en la constatación de hechos jurídicos, sino un específico deber, consecuencia del proceso mismo y de las limitaciones múltiples que entraña, de prestar testimonio judicialmente, deber que proclaman los artículos 641 de la Ley de enjuiciamiento civil y 410 de la Ley de enjuiciamiento criminal. Este deber es susceptible de ser analizado en dos momentos sucesivos: en el primero tiene carácter general, se refiere a todos los ciudadanos y se concreta en la obligación de comparecer al llamamiento judicial; por ello, aunque presupuesto necesario, no es propiamente deber de testificar, sino de obediencia a los mandatos de la autoridad legítima del Estado y su incumplimiento no constituye falso testimonio, sino desobediencia. En el segundo momento, en cambio, el deber general anterior se concreta exclusivamente en quienes han asumido en el proceso la calidad de testigos y se especifica en la obligación bifrente de veracidad e integridad en la declaración, cuyo incumplimiento constituye propiamente el falso testimonio.

Una primera e importante consecuencia se deriva ya de cuanto venimos diciendo: es que los delitos de falso testimonio no pueden ser cometidos por cualquier sujeto, como a primera vista parece, sino que el círculo de posibles autores está limitado a quienes aparecen ligados por el deber de veracidad e integridad a que acabamos de referirnos, de suerte que es la infracción de tal deber lo que constituye la esencia del delito mismo. Estamos, pues, ante uno de los delitos que la doctrina penal llama «propios o especiales» —Sonderbrehen— y habrán de tenerse en cuenta las especialidades que tales delitos presentan en cuanto a la participación de extraños, lo cual, entre otras cosas, justificará cumplidamente el precepto del artículo 333 que, por algún sector de la doctrina, se tachó de superfluo.

Pero el deber a que nos referimos se halla condicionado por dos requisitos, sin cuya presencia no se da: capacidad del sujeto y compatibilidad del deber con otro deber o un derecho que afecten al mismo sujeto. Aquélla no es otra cosa que la amplitud física y mental necesaria en armonía con el acto que se ha de realizar; ésta supone: o bien la inexistencia del deber o derecho que se oponga al testifical, o bien que, existiendo, el conflicto entre ambos deba resolverse en favor del de declarar sincera e íntegramente. Para determinar ahora si son respetables los intereses individuales y aún

los deberes y en qué medida, frente al testifical, habrá que estar a la naturaleza, fin y régimen específicos del proceso y ello nos llevará, en cada caso, a la solución del conflicto en un determinado sentido, en consecuencia, a afirmar o negar la compatibilidad y, por último, a concluir si el sujeto en cuestión puede, o no, cometer falso testimonio porque sea apto para asumir en el proceso la posición de testigo o no lo sea.

Con estos medios llegaríamos a la conclusión de negar que las partes en el proceso civil puedan cometer falso testimonio, porque su derecho a aportar libremente su punto de vista en el litigio y a defender el interés que se debate, todo ello en la más absoluta armonía con el principio dispositivo y de aportación de parte que rigen el proceso, es incompatible con el deber testifical; negaríamos también tal posibilidad en el procesado, porque su derecho a la propia defensa en el proceso penal es incompatible con los deberes testificales, pero la conclusión sería otra respecto al perjudicado y al ofendido por el delito porque su interés particular en el proceso frente al deber testifical harían resolver el conflicto en favor de este último, dado su superior rango por razón del objeto específico que el proceso penal persigue.

« A SANGRE FRÍA »

LUIS JIMENEZ DE ASUA

SUMARIO: 1. Recuerdo de un libro, de Quintano Ripollés.—2. Comentarios a la obra.—3. Estudio de otros personajes literarios.—4. “A sangre fría”, de Truman Capote.—5. “Delincuentes natos”.—6. Los hechos de la “novela-realidad”.—7. Precisando detalles.—8. La personalidad de R. E. Hickock.—9. Su papel en el crimen.—10. La personalidad de P. E. Smith.—11. Las acciones criminales de éste.—12. No delincuentes natos: ¿psicosis o psicóticos?.—13. El juicio y el juez.—14. La ejecución.—15. Lo que faltó en el juicio y lo que falta y sobra en la novela.—16. Conclusión.

1. El 14 de febrero del presente año, di una Conferencia en el “Ateneo” de Caracas, que se tituló: “Los llamados delincuentes natos en la Literatura”. Ignoraba entonces que el 9 de enero había muerto Antonio Quintano Ripollés, ya que la noticia llegó un poco más tarde a Venezuela. Aquella disertación contenía mucho de lo que mi gran amigo y compañero había escrito, con sumo gracejo y erudición notable.

Hace dieciséis años que el Magistrado integérrimo y el Profesor eximio, que fue Quintano, había publicado un libro con el título de *La Criminología en la Literatura Universal* (Barcelona, Bosch, 1951). En el mismo año hicimos un largo comentario en la *Revista de Derecho penal* de Buenos Aires (primer trimestre de 1951, págs. 79-106), que recogimos enseguida en nuestra publicación *El Criminalista*, primera serie, tomo X (Buenos Aires, Tea, 1952), páginas 123-158. No ha mucho tiempo, la “Biblioteca Policial”, de la “Policía Federal” argentina, reedita este libro del Profesor de Madrid, y en su frente reimprime, como Introducción, el comentario que hicimos a raíz de haber visto la luz en España esta hermosa obra.

2. En la aludida Conferencia, dada en el Ateneo caraqueño, acoté una parte de lo escrito por Quintano dieciséis años antes, con las observaciones y nuevos aportes que nos habíamos permitido ir acumulando en lecturas posteriores. Pensaba nuestro malogrado compañero que debían figurar como “locos morales” o “criminales anormales”, algunos personajes de la Literatura más conocida y célebre: Julián Sorel, del *Rojo y Negro*, de Stendhal; Raskolnikof, de *Crimen y castigo*, de Dostoyewski, y Lafcadio, de *Les caves du Vatican*, de Gide.

Cierto que no deja el propio Autor de sentir a veces dudas en el diagnóstico de estos atormentados personajes, pero acaba por incluirlos en la categoría mencionada. Para nosotros, en cambio, ninguno de los tres puede ser considerado como “delincuente nato”, si queremos aún valernos de tan superada denominación, o como “loco moral” si usamos los términos que Quintano empleó.

Sorel —a nuestro juicio— es un ejemplo típico del “desaliento”, de que hablaron Adler y sus discípulos, como caso de estudio para la ya olvidada “Psicología individual”. El segundo de los aludidos personajes, Raskolnikof, es un protagonista indiscutible del “sentimiento de culpabilidad”, y otra de las criaturas que hubiera seducido a los adlerianos. Por último, Lafcadio, que para Quintano “es el paradigma más elocuente del loco moral”, constituye, para nosotros, un sujeto psicótico, que más pertenece al psiquiatra que al jurista.

3. Quedé inoculado del virus criminológico-literario, proveniente de Quintano, y seguí estudiando algunos protagonistas de las más grandes obras literarias. Así fue enriqueciendo el acervo jurídico-novelesco con la lectura de otros libros insignes y en repetidas conferencias —dadas en el Brasil, en Chile, en la Argentina y la última en Venezuela—, examiné unos cuantos casos más, para eliminarlos en su mayoría, de la absoluta calificación de “criminales natos”.

El Bigger, de *Native Son*, de Wright (traducido al castellano con el título de “Sangre Negra”), es una suerte de Raskolnikof, de color y merece parigual diagnóstico. *Michael Kohlhaas*, el extraordinario héroe de la novela homónima del romántico poeta alemán Heinrich von Kleist, es un delincuente justiciero, hasta el punto de que von Ihering le considera como uno de los paladines de la justicia, citándole en su conocido libro *La lucha por el Derecho*. Repito que es un “delincuente justiciero”, nueva categoría que debe abrirse paso en las obras criminológicas, encabezadas por *Mamlet*, de Shakespeare y terminada, al menos por hoy, con el *Pascual Duarte*, de Cela.

Acaso no haya más que un auténtico “delincuente nato” —si queremos convencionalmente seguir usando ese título—: el *Dorian Grey*, de Oscar Wilde, incluso con sus estigmas fisonómicos degenerativos, que el gran escritor inglés almacena en el retrato de su personaje y que en el momento de morir saltan a él desde el lienzo, que recobra su pristina belleza. Y si queremos algunos de los tremendos seres como Ivan, que pinta Dostoyewsky en *Los hermanos Karamazof*, colección espeluznante de psicóticos y psicópatas.

4. Al terminar la referida Conferencia del Ateneo de Caracas, un joven Profesor de aquellos claustros me obsequió con un libro que acababa de ser traducido al castellano, por creer que los dos criminales de que en él se habla, eran auténticos “delinquentes natos”. Autor de esta “novela-realidad”, nuevo género que se pretende iniciar con ella, es el escritor norteamericano Truman Capote. En inglés se titula *In cold blood*, literalmente vertido al español: *A sangre fría*, y

lleva como subtítulo estas frases: "Relato fidedigno de un asesinato múltiple y sus consecuencias" (1).

Durante el año 1966 se han hecho en Norteamérica nueve ediciones de este libro, y entre derechos de autor y precio de concesión para filmar la obra, han rendido a Capote la fantástica suma de cuatro millones de dólares. Tal vez Hickock y Smith, salgan de las preocupaciones literarias de mi llorado amigo Quintano, y de las que él me transmitió con sus párrafos seductores, ya que no se trata de una *novela* (ni aun apelándola de *realidad*), sino simplemente de un *reportaje* quizás hecho con maestría, pero sólo de ese género que pasa, con la crónica criminal de los diarios, para ser recordado sólo por policías y abogados. En efecto, como el indicado subtítulo nos dice, es un relato fidedigno de un crimen, con narración de los hechos tal como acacieron y con los verdaderos nombres de víctimas, victimarios, policías, testigos y jueces.

Con estas características, acaso no pueda fácilmente comprenderse el por qué de tan fulminante y lisonjero éxito (sobremanera afortunado para el señor Truman Capote). Al final de estas páginas, que dedico al amigo y compañero Antonio Quintano Ripollés, ensayaremos la explicación.

5. A guisa de ampliado por qué nos ocupamos de este caso, en recuerdo de las preocupaciones criminológicas y literarias de nuestro querido amigo, anotamos que sólo no fue el joven penalista venezolano que nos entregó esta obra al oírnos hablar de delincuencia "nata", quien consideró a Perry y Dick, como "delincuentes natos", sino que también hubo de decir que lo era el policía Dewey, mientras interrogaba a Perry, atribuyendo a Hickock, haber dicho que Smith constituía un "asesino nato". Como se verá luego, al analizar las personalidades de estos dos delincuentes, el último de los nombrados era un gravísimo psicótico o psicópata, y Hickock un neurótico de los ilustrados por Hesnard.

6. He aquí, en violenta síntesis, los *hechos* que Truman Capote narra en su rendidora obra. En noviembre de 1959 se cometió en la finca River Valley, del pueblo de Holcomb, Estado de Kansas, un cuádruple crimen: el granjero Herbert William Clutter, su mujer y sus hijos Nancy y Kenyon, de dieciséis y quince años de edad, respectivamente, fueron asesinados por dos jóvenes, Richard Eugene Hickock, de veintisiete años, y Perry Edward Smith, de 30 años, con antecedentes penales, que planearon el delito y lo ejecutaron "a sangre fría". Los autores no conocían a sus víctimas y el robo sólo les reportó un botín de poco más de cuarenta dólares. Detrás de estos hechos hay mucho que el señor juez no quiso ver: la personalidad psicópata de ambos

(1) Vamos a utilizar la traducción española en la edición de Barcelona-Madrid, Editor Noguer, S. A., 1966. Las páginas que se citarán en el texto corresponden a esta impresión.

autores; lo irreal del crimen, más que inmotivado, fantástico, y la ciega "justicia" con que fueron enviados a la horca (medio de dar muerte legal en el Estado de Kansas), el 22 de junio de 1965, tras de seis años de aguardar en la "Hilera". De estos problemas queremos ocuparnos.

7. No basta el sucinto relato de los hechos que antecede. Hay algunos detalles, que luego serán tomados en cuenta, jurídica y criminológicamente, que desde este momento importa destacar. Preparan el plan de robo con sumo cuidado, compran las cuerdas que necesitan para atarlos, pero lo que más importa queda en la mayor imprecisión. El joven Floyd Wells —como luego diremos más extensamente—, que había trabajado de bracero en casa de los Clutter, es el que informó a Dick Hickock, cuando ambos estaban en la misma cárcel, que el granjero de Kansas tenía una gran fortuna, pero es sobrenanera impreciso al contestar a las preguntas que Hickock le hace sobre la existencia de una caja de caudales. Durante el interrogatorio que los policías hacen a Smith éste relata, hasta con dejos de burla, la busca desesperada por aquél de la caja de caudales que Clutter y su mujer afirman que no tienen. De ello acaba convenciéndose de manera absoluta Perry; pero no Dick (págs. 280-281 y 283). En vista de ello Smith propuso marcharse, pero a Hickock le "daba demasiada vergüenza admitirlo" (pág. 283).

Ata Perry con sumo cuidado a sus víctimas: procura —como lo dice en su interrogatorio— que la señora Clutter no esté molesta; que no sintiera daño por las cuerdas el propio granjero; le puso un almohadón bajo la cabeza al hijo, y a Nancy la tapó para que no tuviera frío. No sabe por qué mata a Clutter. Hasta el momento de cortarle la garganta con el cuchillo, siente por él simpatía. Y sin embargo, a pesar de que en su primera declaración dice que el fue quien disparó y dio muerte a los dos hombres y Hickock a las dos mujeres, esto no es exacto. En su postrer declaración confiesa que fue él quien mató a los cuatro. Lo que Dick decía constantemente.

Este último, que padece de paidofilia y pederastia, afirma en un momento dado que acaso la razón de haber ido a la granja de los Clutter es hacer suya a Nancy, lo que comunica a Perry que va a ejecutar y que éste impide.

Son los primeros homicidios que cometen, pues a pesar de que Smith ha presumido de haber dado muerte a un japonés y a un negro, lo desmiente del modo más categórico en el interrogatorio que le hace Dewey, y que el propio policía había corroborado ya.

El psiquiatra que va a testificar como perito, es rechazado por el juez cuando trata de explayarse sobre la personalidad de Hickock y la psicopatía de Smith.

Pasemos ahora al análisis de las personalidades de ambos delinquentes y de los hechos cometidos.

8. Acaso, por ser un grave psicópata, interese más Smith que Hickock; pero desde luego éste es mucho más digno de estudio como de-

linciente, como autor de un crimen que es preciso interpretar, de lo que no se cuidaron, ni el juez Tate, ni el "novelista" Truman Capote.

Cuando el policía Nye habló con los padres de Hickock, el señor Walter se expresó así: "Mi hijo no tenía nada de anormal... Un atleta magnífico." Y la madre relata cómo el muchacho se casó a pesar de tener poco dinero, que la mujer hubo de separarse, y que tuvieron "tres maravillosos pequeñuelos". Luego volvió a tomar esposa, que le abandonó también. El padre defiende menos a Dick. Relata cómo se apoderó de una escopeta, que le encarcelaron y que salió furibundo de la prisión. "No se le podía hablar". "Hasta su segunda mujer le plantó." Lo que no dicen —acaso lo ignoran— es que Richard Eugenio se dedicaba a entregar en profusión cheques sin fondos.

Luego el policía interrogó a uno de los patronos de Hickock (hijo), y a gentes que le conocieron: todos hablaban de él como de "un diablo", y todos hacían elogios de los padres (págs. 199 y sigs.).

Subrayemos que, al contrario de lo que le ocurría a Smith, el joven Dick tuvo progenitores bondadosos que le trataron bien y le querían entrañablemente. Hay que subrayar, en cambio, que padecía tremendos y frecuentes dolores de cabeza— que bien pudiera ser un equivalente epiléptico o rastro del accidente del que luego hablaremos— y que era un perverso sexual. En Miami, a punto ya de caer en las manos de la policía, contempla una niña de unos doce años que hacía dibujos en la arena, de rostros rudimentarios. Hickock, que había recogido en la playa unas pocas conchas, se las ofrece a la niña, fingiendo interesarse por lo que hacía: "Van muy bien —le dijo— para hacerles los ojos". La criatura las aceptó en vista de lo cual Dick sonrió y le guiñó el ojo. Lamentaba sentir lo que sentía por la muchachita aquella, porque su interés sexual por las niñas era una flaqueza de la que "sinceramente se avergonzaba", un secreto que nadie sospechaba (aunque se daba cuenta de que Perry tenía ya sus buenas razones para hacerlo), porque entonces los demás podían pensar que él no era "normal" (pág. 241). En ese momento Smith le observaba y leía sus pensamientos (vide *infra*, núm. 10).

El propio Dick Hickock, al recordar episodios de su existencia mientras le interroga el policía Nye —que aún no le ha dicho la verdadera causa por la que le han detenido—, confiesa que su infancia fue normal y feliz, nunca le faltó nada, y se llevó siempre bien con sus padres, aunque éste "era muy rígido". Nunca les oyó discutir. "Mama" "es estupenda" y "Papa" "es un hombre excelente", dice el joven Hickock. Por los deportes, de que era apasionado, no hizo los estudios como hubiera debido, pero de no haber "malgastado" su tiempo estaba convencido de que "hubiera sido uno de los más destacados alumnos". Después cuenta que "estaba loco por Carol" (la esposa) y para darle dinero "empezó con los cheques sin fondos" y tanteó luego "alguna que otra forma de robo". Fue condenado a cinco años. Salió de la cárcel y se volvió a casar (págs. 259-260). No difiere cuanto

antecede de lo que Dick escribió a petición del psiquiatra el día antes del juicio. Sólo interesa poner de relieve que es, en esa autobiografía, donde describe sus tendencias pederastas, con vergüenza: "Mientras estaba trabajando allí en la Perry Pontiac— empecé con una de las más bajas cosas que he hecho en mi vida... Ya sé que está mal..." (página 328). Subrayemos también que sufrió un accidente conduciendo un coche de la compañía en que trabajaba, pasando varios días en el Hospital con heridas graves en la cabeza (pág. 327).

En el interrogatorio que le hacen Nye y Chruch miente dos veces (pág. 251). El primero de ellos entró al fin en el asunto y de golpe le preguntó si había "oído hablar alguna vez del asesinato de los Clutter". En el informe oficial, que luego escribió de la entrevista, decía Nye: "El presunto experimentó una intensa reacción perfectamente visible. Se volvió gris. Se le desviaron los ojos". Para llegar a la verdad le dijo el policía que había cometido dos errores: uno haber dejado "un testigo con vida" (lo que no era cierto). El otro no se lo dijo entonces (páginas 265-266).

En el segundo interrogatorio, en el que Hickock se mostraba más nervioso y aquejado de un tremendo dolor de cabeza, Nye le dio cuenta del segundo error, mostrándole una reproducción fotográfica de las señales que dejaron sus zapatos ensangrentados. Y tras de desviar la mirada, y apretado el cerco por los policías, dijo de pronto: "Perry Smith mató a los Clutter... Fue Perry. Yo no pude impedirlo. Los mató a todos" (pág. 272).

Destaquemos que, según dijo la radio en su transmisión de aquella noche, "después de haber hecho su dramática confesión entre sollozos, Hickock salió del interrogatorio y se desmayó en el corredor..."

Pero para resumir la personalidad de Hickock, nada mejor que transcribir algunos párrafos del parecer que le merece al psiquiatra W. Mitchell Jones. Tienen esas palabras el máximo valor porque no fueron dichas como alegato de defensa, ya que como luego veremos (números 13 y 14) el juez no le dejó hablar. Fue el "novelista" Truman Capote quien recogió este parecer al redactar su libro: "Richard Hickock —dice Jones— posee una inteligencia superior a la media, acepta con facilidad nuevas ideas y tiene un amplio bagaje de conocimientos... El acusado recibió heridas de consideración en la cabeza, con conmoción cerebral y varias horas de inconsciencia..., cosa que he verificado en el fichero del hospital. Declara que se ve sometido a momentos de pérdida de conciencia, períodos de amnesia y neuralgias desde entonces, y, en gran parte, su comportamiento antisocial corresponde al período que encabeza esa fecha. No se le ha sometido nunca a los exámenes médicos que hubieran probado definitivamente o excluído, residuos de lesiones cerebrales.

Hickock denota síntomas de anormalidad emotiva. Se trata de un individuo impulsivo en la acción, que tiende a actuar sin pensar en las consecuencias, ni en lo que le espera a él o al prójimo... y se presenta

un insólito cuadro de períodos intermitentes de actividad productiva, seguidos de otros de acciones irresponsables. No puede tolerar los sentimientos de frustración que una persona normal tolera, y no consigue librarse de esos sentimientos a no ser con actuaciones antisociales... Se tiene en poca estima, íntimamente se cree inferior a los demás y sexualmente inadaptado. Estos sentimientos parecen compensarse con sueños de riqueza y poder. En resumen, el acusado denota claras características típicas de lo que en Psiquiatría se llamaría graves trastornos de la personalidad" (págs. 345-346).

Añádase, o insístase en ello, su tendencia sexual de paidofilia y su homosexualismo, y se tendrá el cuadro de su neurosis o de su personalidad psicopática.

9. Criminológicamente, el crimen de Hickock es de índole irreal. Recordemos los hechos cometidos por él. Va en busca de una caja de caudales a la finca de Clutter. ¿Quién le procuró los antecedentes? Floyd Wells, el mismo que da al alcaide de la Penitenciaría de Kansas —donde está recluso— las noticias sobre Hickock, que llevan a descubrir el crimen, cuando Alvin Dewey, el detective, desesperaba ya de esclarecer. Wells fue bracero en la hacienda de Clutter. Oye por la radio la petición de ayuda de la policía y le comunica cuanto sabe, tras de vacilaciones, al alcalde Hand. Floyd Wells ha estado preso con Hickock. No recuerda aquél cómo el señor Clutter salió a relucir; pero sí que al saber cuan rico era éste, Dick le empezó a preguntar cómo era la casa, cuántas personas vivían en ella y si tenía *una caja de caudales*. Esto era lo más importante, ya que, si bien poderoso en dinero, si no lo guardaba en casa, mal podían robárselo. He aquí lo que el propio Floyd Wells dice al respecto: "No voy a negarlo, le dije que sí que la tenía. Porque me parecía recordar que tenía una especie de armario o caja fuerte o *algo* así detrás de la mesa del cuarto que le servía de despacho" (págs. 195-196). Esto es todo, y con ese *algo* se decidió Hickock a entrar en la casa y a perpetrar los homicidios.

Completando los hallazgos psicoanalíticos, con la antropología criminal ampliada de De Greff, y con los aportes de la Filosofía fenomenológica, el doctor A. Hesnard, nos ha demostrado cuanto hay de simbolismo e irreal en las conductas criminales (2), simbolismo que ya habían señalado en 1950, Michel Cénac y Jacques Lacan (3). En efecto, los actos del delincuente tienen una significación mágica y exaltan la restauración de un sentimiento primitivo de omnipotencia, diferente del sentimiento normal de dominio de la realidad. El "proyecto delictivo" está revestido de enorme irrealismo pues depende de una realidad sub-

(2) *Psychologie du crime*, París, Payot, 1963 (hay traducción española de José Ferrer Aley, Barcelona, Zeus, 1963).

(3) *Introduction théorique aux fonctions de la Psychanalyse en Criminologie* (París-Sorbonne, septiembre 1950), tomo III, París, Presses Universitaires de France, págs. 133 y sigs.

jetiva que los fenomenólogos reconocen (3 bis). Le basta a Hickock con saber que Clutter es muy rico, para imaginarse que ese *algo* de que habló Floyd Wells, es la caja fuerte que encierra sumas millonarias.

Por otra parte, la neurosis de Hickock, ya tenía alterada la "relación con otro", alteración latente, antes de que surgiera la relación concreta autor-víctima. Importante y decisiva relación intersubjetiva, para el psicoanalista Hesnard, en vez de la "relación de objeto" de que se ha ocupado el Psicoanálisis.

Es así y no de la manera primaria de acuerdo a la "ley de M' Naghten", como el señor juez Tate debió decidir la suerte de los acusados.

Pero el caso de Hickock ofrece también interés superlativo para el iuspenalista. Quedó evidente que no había matado a ninguno de los cuatro Clutter. Sólo iluminó con la linterna la cabeza de cada víctima para que Perry disparase. Aquí se presentan múltiples problemas, más sencillos en la primitiva legislación anglosajona que en España. En efecto: ¿de qué se le acusa a Hickock? Se lo dice Dewey cuando trata de forzar la confección del sospechoso: "Te acusarán de cuatro cargos por asesinato de primer grado" (pág. 372). Pero resulta que Dick no es quien mató a los Clutter. No se puede hablar de "banda", que acaso entendería el concepto de "autor", porque son sólo *dos* delinquentes. No mató, por tanto, el delincuente Hickock.

Acudamos al propio Quintano Ripollés, que, al ocuparse en su importante obra del robo con homicidio, dice: "Sin complejidad formal a ello se llega en el Derecho penal norteamericano a través del primer grado del asesinato (*Murder First Degree*), que suele determinarse por el resultado letal de los asaltos al patrimonio..." (4). Aunque, con la exageración digna de épocas pretéritas, este resultado se le cargará a Hickock, como se hubiera hecho antes en Inglaterra conforme a la vieja práctica del *common Law*, ¿no debería haberse apreciado el hecho importantísimo, de que fue *el otro* —Smith— quien hizo los cuatro disparos?

Nos importa mucho, como españoles, razonar respecto a cómo se le debería haber juzgado en España.

(3 bis) Apresurémonos a hacer constar que la penetración de la Fenomenología en los estudios criminológicos es hoy general. Respecto a los autores italianos, véanse: Aldo Semerari y A. Castellani, *La comprensione fenomenologico-antropologica dalla psicopatologia alla medicina criminologica*, en *Ann. Neur. Psychiat.* vol. LVIII, Supp. n.º 3; Aldo Semerari, *Reflessioni metodologiche sulla analisi della dinamica di un omicidio*, en *La Giustizia Penale*, 1966, fasc. V, Parte Prima; Aldo Semerari y Renato Giorda, *In tema di metodologia fenomenologico-esistenziale. Contributo casistico e considerazioni psicopatologiche*, en *La Giustizia Penale*, 1967, fascículo IV, Parte Prima, cols. 97-107; Renato Giorda y Maria Gargioli, *Ulteriore contributo casistico in tema di metodologia fenomenologico-esistenziale*, en *La Giustizia Penale* fasc. acabado de citar, cols. 107-111.

(4) *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo III: "Infracciones patrimoniales de apoderamiento", Madrid, Editorial Revista de Dro. privado, 1964, pág. 408.

La figura compleja de "robo con homicidio", que legisla el artículo 501 del Código penal, se conmina con pena de reclusión mayor a muerte. Lo que importan es cómo se mantiene o disuelve la complejidad de ambas acciones, cuando son varios quienes las ejecutan. Contra la "inseparabilidad" del tipo para quienes coparticipan, escribe con acierto Quintano Ripollés: "Urge ciertamente, concretar los criterios en un plano que no puede ser otro que el de la *culpabilidad personal*, previo abandono de la anticuada tesis de considerar el robo con homicidio delito cualificado por el resultado, que es la que inspiró las recusables prácticas objetivas de la jurisprudencia, al menos en materia de coautoría" (ob. cit., págs. 417-418).

Richard Hickock no disparó. Iluminó, sí, con la linterna, la cabeza de las víctimas para que Perry les diera muerte. Aventurado sería afirmar que es un auxiliador necesario, de esos que el Código penal equipara a los autores (núm. 3.º del art. 14), ya que sin ese acto hubiera podido Smith ejecutar los crímenes: le hubiera bastado encender la luz, a lo que no se hubiera podido oponer, ni escapar, ninguno de los Clutter, que estaban atados.

Aunque fuera esa clase de auxiliador, ¿deberíamos decidir que Hickock es autor de robo con homicidio, o si el matar que es, con mucho, el más importante de los hechos ejecutados, requiere, para ser *autor*, que el agente no sólo tenga el dominio del acto, sino que realice el núcleo del tipo?

Con la tesis de Quintano, como el homicidio se desintegra de la figura compuesta, no se debería haber impuesto a Dick la pena capital, ya que hay que discurrir con sentido restrictivo sobre el concepto de autor (5).

10. La personalidad de Smith importa más que sus crímenes. Sinteticemos sus antecedentes: Padres irregulares; madre alcohólica; hermanos suicidas; falta de cariño; víctima de muy grave accidente que le deja deforme.

El padre de Perry Smith escribió la "Historia de la vida de mi hijo", y lo hizo para ayudarle a obtener, años atrás, la libertad bajo

(5) Vide nuestro estudio *La orientación moderna de las nociones de autor de la infracción y de participación en la infracción*, en *El Criminalista*, tomo IV de la Segunda Serie, XIV de toda la colección (Buenos Aires, Zavalia, 1960), págs. 149-224, y, sobre todo, Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft* Hamburgo, Cram de Gruyter und Co., 1963. Ahora bien, para una interpretación restrictiva de autor, ya que la extensiva no es necesaria por las equiparaciones, a fines punitivos, del art. 14 del Código penal español, nosotros pensamos que no basta decir que es autor el que tiene el dominio del acto, sino que es preciso añadir: del acto *constitutivo del núcleo del tipo*. De acuerdo con esta fórmula Enrique Bacigalupo, *La noción de autor en el Código penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965. En cambio piensa Enrique Gimbernat Ordeig, en su magistral libro *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, Universidad, 1966, págs. 107 y sigs., que si el tipo reclama la violencia, como en el robo y en la violación, quien fuerza la cosa o sujeta a la mujer, si es autor. Pero es que aquí no se trata de robo, a secas, sino de homicidios.

palabra en el Estado de Kansas. En esta historia consta que el muchacho había nacido sano y que pudo cuidarse de él hasta que “resultó” que la madre era una “borracha perdida” cuando los hijos estaban en edad escolar. “Mientras estuvieron todos juntos —dice el referido documento—, mis chavales fueron como una seda. Toóo empezó cuando mi mujer quiso marcharse a la ciudad y hacer una vida de perdida y se fue de casa”. Se los llevó la madre y logró que odiaran a su padre, todos “menos Perry”. El marido consiguió el divorcio y le dieron la custodia de los hijos. A Perry se lo llevó a vivir con él, en una casa de ruedas. El muchacho iba a la escuela cuando podía, pero hubo que sacarle del colegio por las peleas con otros chicos, que el padre justificaba en esa “historia”. En esta biografía de Perry el padre incidentalmente dice que tiene sangre india, que es quisquilloso, que ama la libertad, que no se ha casado, que pronto deja a las chicas si ve que se burlan de él, acaso por estar escarmentado de lo que vio en el matrimonio de sus padres.

Perry relee esta “historia”, escrita por su padre, mientras están huyendo y le causa una gran emoción, recordando su vida en familia, cuando tenía tres años rodeado de sus hermanas y su hermano mayor. En efecto, él mismo confiesa que cuando su madre se fue y le puso en el colegio, “siempre pensaba en papá, deseando que se me llevara” Pero no se pudo ir con él y la madre le metió luego en un orfelinato, donde le pegaban. “Esta es una razón de que no pueda ver a las monjas —que regían ese establecimiento—. *Ni a Dios. Ni a la religión*”. Le echaron de allí, le puso la madre en un “asilo de niños de la *Salvation Army*”. El dice que le odiaban “por mojar la cama” y por “ser medio indio”. Le maltrata “una asistente” que le llamaba “negro” y que le metía en una bañera de agua helada. Echaron a la perversa mujer porque el muchacho contrajo pulmonía. El padre fue al Hospital, le llevó con él. Durante casi un año vivieron juntos, recorrieron varios Estados en una “casa coche”, una primitiva *roulotte* construida por el padre. A medida que Perry crecía le admiraba menos y surgían las diferencias. Se enroló en la Marina Mercante, se fue a Corea —como el padre relató en la breve historia a que nos hemos referido—, pero en el intermedio del abandono del puesto en la Marina y la entrada en filas, hizo las paces con su progenitor. Cuando se decidió luego a reunirse con él, quiso llegar hasta donde estaba en moto: patinó ésta y estuvo seis meses en el Hospital quirúrgico, por haberse fracturado las piernas y la cadera, y otros seis convaleciendo en casa de un indio. Tanto éste como su mujer le trataron como a un hijo. Una vez reunidos, Perry y su padre, construyeron una casa de piedra, que esperaban fuera albergue para cazadores, que nunca llegaron. Cuando el padre se convalidó del mal negocio, empezó a maltratar a Perry. Un día, dice el hijo: “las manos se fueron a su cuello”. Y añade esto, de sumo interés para explicar luego lo que hizo con Clutter: “*Mis* manos... eran mis manos, pero no yo quien las controlaba. Querían despeda-

zarlo". Se fue de la casa sólo con su guitarra. Recorrió varios lugares y tropezó con "una mala compañía". Con ese sujeto hizo un robo y les descubrieron con los objetos sustraídos en el coche. Los llevaron a la cárcel de Kansas, de donde se escapó por una ventana. Vicisitudes varias le acontecen y por fin le vuelven a la cárcel, y allí recibe una carta de su hermana Bárbara. Todos los de la familia habían muerto, menos ella y el padre. La carta le disgustó a Perry, por ser muestra de hipocresía (págs. 161-178).

Mucho de lo que antecede, vuelve a hacerlo constar el propio Perry, cuando el día antes de empezar el juicio, escribe una autobiografía a petición del psiquiatra: Cuenta como era su familia; el miedo que pasaron cuando el padre al llegar a casa, donde había unos marineros con su madre, los arrojó de allí tras violenta lucha. Recuerda el vergonzoso episodio de su madre con un negro, que motivó la separación de los cónyuges. Relata cómo empezó su vida de pandillero, con chicos mayores que él. Se escapaba de los correccionales para robar. "Tenía los riñones flojos y mojaba la cama todas las noches", por lo cual, como ya sabemos, le castigaron brutalmente. Anotemos como nueva prueba de las afecciones de Perry, esta frase harto significativa: "yo quería a mi padre, pero había veces que mi cariño y afecto goteaba de mi corazón como agua sucia" (pág. 324).

La propia hermana de Perry, Bárbara, casada con un tal Johnson, después de haber sido visitada por el policía Nye, al que dijo que tenía "miedo" de su hermano, agrega en sus reflexiones íntimas que no sólo le tenía miedo a él, sino al "destino" de toda la familia. Al policía le ha dicho también "¡Puede parecer tan simpático y afectuoso cuando quiere! Amable. Lloro con tanta facilidad. A veces la música le conmueve y de niño solía llorar simplemente porque el ocaso le parecía hermoso. O la Luna...". En las reflexiones aludidas recuerda que el hermano mayor, Jimmy, se había pegado un tiro —junto a su joven mujer que se había suicidado horas antes—; la hermana Fern había caído de una ventana o saltado por ella, y Perry se había entregado a la violencia y convertido en un criminal. "De manera que, en cierto modo, era ella la única superviviente" (pág. 219).

Bárbara meditó sobre la historia delictiva de Perry: Su primer arresto registrado databa del 27 de octubre de 1936, el día en que cumplió exactamente ocho años. Después estuvo en varias instituciones y reformatorios infantiles, hasta que le fue entregado al padre, con el que, como hemos dicho, viajó por diferentes lugares hasta Alaska. Recuerda ella que, maldiciendo de su padre, le dijo que una vez en el Japón, "en un puente, tiró a un hombre al río...". Lo que era otra mentira. También contará a Hickock que había matado a un negro; era falso y lo desmiente en el segundo interrogatorio que le hacen los policías: el propio Dewey, que ha estudiado a este respecto los archivos, sabe que Perry no mató a negro alguno. En la conversación que la hermana recuerda, se lamentó de que el padre no le dejara ir a la

escuela y termina gritando: "Todos, la mierda de vosotros tuvisteis vuestra educación. Todos menos yo. Y yo os odio. A todos. A ti —se dirigía a ella— y a papa..., a todos". La propia hermana piensa que la vida no había sido un "lecho de rosas" para ellos; pero confiesa que —a diferencia de Perry— los tres habían cursado la segunda enseñanza.

Volvamos a las propias reflexiones de Smith, cuando estaba en Miami, y la policía los iba pisando ya los talones. Mientras Dick se bañaba y se mostraba en traje de baño, él, enteramente vestido por vergüenza de mostrar sus piernas defectuosas, leyó en un diario la noticia de un crimen —su autor no se sabía aún—, en que había sido muerta toda una familia, con un disparo en la cabeza cada uno. Perry, dirigiéndose a Hickock, tras de haberle leído la noticia, comentó: "¡Increíble! Sabes lo que no me extrañaría; Que lo hubiese hecho un lunático. Un maniático que hubiera leído lo de Kansas". Smith, del que ya hemos dicho que era soltero y que no gustaba de aventuras sexuales, se indignaba pensando que Dick era un vicioso. Ya se sabe que él impidió que Hickock violara a Nancy la noche del crimen. En Miami, cuando Dick andaba con la niña —vide número 8— le despreció una vez más: "No sentía respeto alguno por las personas incapaces de controlar sus tendencias sexuales, especialmente cuando la falta de control atañe a lo que él llama "perversión", "molestar a críos", "asunto de maricas", "violación".

A cada paso hallamos muestras de los contrapuestos sentimientos de Smith. En la carretera de Texas, cuando ya volvían hacia Kansas, se encontraron a un muchacho y a un anciano (abuelo y nieto). Como iban por el mismo camino, Perry y Dick les llevaron en el auto. Pero el viejo parecía muy enfermo y tenía un rostro "tanatóico". Hickock quiso bajarle en el camino. Entonces se produce entre los dos delincuentes un diálogo del que entresacamos estas palabras:

—"Ese hombre está muy enfermo —dijo Dick.

—¿Y bueno? ¿Qué vas hacer? ¿Hecharlo?

—Imaginate que la diña... ¿Y si se muere? Piensa en lo que puede ocurrir. Las preguntas.

—Francamente, me importa un cuerno.

—¿Quieres dejarlos en la carretera?

—Sí, por cierto...

—Adelante. Echalos, pero yo me bajo también".

Hickock no logró lo que quería por la opinión de Perry.

Ya tocaba a su fin el largo peregrinar de los dos; pero antes se detuvieron en la oficina de correos de Las Vegas, para recoger la caja de cartas, con sus "recuerdos", que él mismo se había hecho expedir desde México, donde habían llegado en su huida. Esa caja, que contenía cosas sin valor, fue uno de los hechos que facilitara su captura. El coche de la policía les iba siguiendo. En la Jefatura de Topeka los detuvieron. Allí estaban las botas, los dos pares —uno de cada uno—,

que con sus suelas de goma habían dejado las huellas de identificación en casa de los Clutter (págs. 255-257).

Del mismo modo que se interrogó a Hickock (vide *supra*, núm. 8), se le "entrevistó" la primera vez a Smith, en aquella jefatura de Topeka, y como a aquél, Dewey y otro compañero, empezaron con circunloquios, para decirle de pronto a Perry lo del asesinato de los Clutter y que habían dejado con vida a un testigo. La reacción de Smith fue el silencio y la petición de aspirina por el dolor de sus piernas. Cuando luego, en la habitación donde estaba preso, insomne y de madrugada, se confiesa que, a pesar de prepararse —a causa de ciertas alusiones de los policías— para cuando le imputaran el asesinato de los Clutter, al oírlo, "por poco se muere". Pero en el segundo interrogatorio, a pesar de que los policías le acorralaban, repitió las mismas historias, rectificando breves detalles, pero sin que lograran que confesara.

Sólo, cuando exagerando Dewey lo que Hickock dijo, le espetó, sin mucha esperanza de que respondiera, que aquél le había calificado de "asesino nato" y de que había matado a un negro, Perry, ahogando un grito, dijo, con desprecio hacia su compañero: ¡"El machote"! y negó en redondo la muerte del negro, y en cambio afirmó cuando se refirió al plan del robo, que "tenía fé en Dick". Entonces narra con detalle todos los episodios delictivos; cómo los metieron a todos en el cuarto de baño y cómo les fueron sacando uno a uno y atándolos él mismo, puesto que tenía gran pericia para esa tarea.

Recordemos, de nuevo, que Smith procuró comodidades a las víctimas, que se opuso a que Hickock siguiera pegando a Kenyon y a que violase a Nancy. Hemos de apoyarnos en ello, así como en su segunda declaración, al negar que fueran "delincuentes natos" (vide *infra*, número 12).

Donde resplandece más la personalidad ambivalente de Smith, y sus características tímidas y afectivas —de frustrado afecto, que no tuvo en sus padre ni en su hermana— es respecto a su conducta con la señora del Scheriff, Josephine Meier. Como no había sitio para Dick y Perry en las celdas destinadas a hombres, llevaron al primero a una de ellas y a Smith a la que se destinaba a las mujeres, situada en el interior de la residencia del Scheriff. Desde el primer instante, la señora Meier sintió simpatía por aquella criatura acobardada (pág. 299), que al saber que ha sido condenado a muerte, aunque en el acto del juicio simuló impasibilidad, llora una vez solo, y únicamente ella le oye (págs. 360-361). La tristeza de Josephine Meier, al decirle adios, la fotografía que Perry le entrega, de cuando tenía dieciséis años, para que le recordara así, son prueba paladina de que huérfano de todo cariño, se entrega al encontrarlo y que es capaz de hacerse querer.

Lo mismo que hemos dicho respecto a Hickock, importa sobremañera, por su imparcialidad, lo que dice el psiquiatra Jones, y que no le dejaron testificar en el acto del juicio como luego se verá (*infra*,

número 13). "Perry Smith denota síntomas indiscutibles de enfermedad mental. Su infancia... se caracterizó y marcó por la brutalidad y descuido por parte de ambos progenitores. A lo que parece ha crecido sin orientación, sin afecto y sin asimilar nunca un sentido preciso y claro de los valores morales... De inteligencia superior a la media, posee un campo de conocimientos vastos, considerando la escasa educación recibida... En los rasgos de su personalidad destacan los claramente patológicos. El primero es su "paranoica" orientación hacia el mundo externo: es receloso, desconfiado, tiende a creer que los demás le hacen objeto de discriminación, que no son justos con él y que no le comprenden. Hipersensible a las críticas, no puede soportar que se burlen de él..., y con frecuencia interpreta mal palabras bien intencionadas... Relacionado con este primer rasgo viene un segundo, una rabia, una ira siempre presente, poco dominada, que se dispara fácilmente... En su mayoría los accesos de ira en su pasado fueron dirigidos contra símbolos de autoridad: padre, hermano mayor, sargento, funcionario que le concedió la libertad bajo palabra... Tanto él como las personas que frecuenta conocen esos ataques de ira que, usando sus mismas palabras, le "suben por dentro"... Esta ira, vuelta contra sí mismo, le provoca ideas de suicidio. La desproporcionada fuerza de su ira y la incapacidad de dominarla o encauzarla, traducen una grave falta en la estructura de su personalidad... Además de estas características el sujeto presenta los primeros síntomas de desorden en su proceso mental. Tiene escasa capacidad de ordenar su pensamiento... perdiéndose en detalles, y algunos de sus razonamientos reflejan un contenido "mágico" con desprecio a la realidad... Su aislamiento emotivo y su indiferencia en ciertos campos es otra prueba de su anormalidad mental...". El doctor Jones, que es psiquiatra consciente, al llegar a la síntesis de su diagnóstico, lo hace con prudencia, ya que ha tenido poco tiempo y pocos medios para estudiar a Perry; "Para un diagnóstico psiquiátrico exacto, sería necesario un examen más profundo, pero de todos modos la actual estructura de su personalidad se acerca mucho a una esquizofrenia paranoica" (págs. 346-347).

Poco antes, uno de los mejores psiquiatras forenses de Norteamérica, el doctor Joseph Satten, en colaboración con tres colegas, Karol Menninger, Irwin Rosen y Martin Mayman, entre quienes destaca Menninger por su eminencia, habían publicado un artículo titulado: "Asesinato sin motivo aparente. Estudio sobre la disgregación de la personalidad" (6), en el que se hace el estudio de cuatro criminales, tres de ellos condenados a muerte y otro a reclusión. Todos, durante el proceso habían sido declarados "cuerdos" y responsables.

El doctor Jones consultó con Satten el caso de Hickock y Smith, al que aquél prestó detenida atención y confirmó su diagnóstico (pági-

(6) Se imprimió en *The American Journal of Psychiatry*, julio de 1960, y es interesantísimo. Debe verse también en sentido semejante el libro de W. de Boor, *Ueber motivisch unkläre Delikte* Berlín, Springer, 1959.

na 349). Dadas las muchas analogías entre el pasado y personalidad de Perry Smith, con los sujetos de su estudio, el doctor Satten cree que puede incluirse en su misma categoría. "Las circunstancias del crimen, además, se ajustan —en su opinión— exactamente al concepto de "asesinato sin motivo aparente". Sin duda, tres de los asesinatos cometidos por Smith tenían un motivo lógico. Nancy, Kenyon y su madre, tenían que ser asesinados porque Clutter lo había sido. Pero —con gran perspicacia —el doctor Satten arguye que sólo el primer asesinato importa psicológicamente hablando y que cuando Smith atacó a Clutter se hallaba bajo la acción de un eclipse mental inmerso en una obscuridad esquizofrénica, porque lo que él "de pronto descubrió" que estaba destruyendo no era un hombre de carne y hueso, sino "una imagen, clave de una imagen traumática del pasado": "¿su padre, las monjas del orfanato que se habían burlado de él y le habían golpeado, el odioso sargento, el funcionario que le dio la libertad condicionada prohibiéndole volver a poner los pies en Kansas? Uno de ellos, o todos a la vez" (págs. 353-354). Recordemos que el propio Smith había dicho a su amigo Donald Cullivans —que después de escribirle la carta de que hemos hablado, le visitó en la cárcel—, recordando las personas que le habían hecho daño en su vida y reconociendo que sus víctimas no le habían hecho ninguno: "Quizá sea que los Clutter fueran quienes tuvieran que pagar por todos".

Queremos, por nuestra parte, subrayar la coincidencia de la interpretación *mágica* del crimen, de que hablaba Jones, con esa misma concepción de Lacan y Hesnard, a que nos hemos referido al ocuparnos de los actos criminales de Hickock, así como la anormal *relación con otro*, alteración ya latente antes de que surgiera el nexo autor-víctima (vide *infra*, número 9).

Aunque no se pudiera llegar a un terminante diagnóstico psíquico, que como enfermedad mental acarrearía la inimputabilidad —y Jones es prudente al tratar de ello por no haber podido hacer un examen profundo de los acusados, mientras que Satten sólo los conoce por la referencia de aquél—, nadie puede dudar de que Perry es un grave psicópata. De cuanto antecede se deduce hartamente. Añadamos la enúresis nocturna que tantos castigos le ocasionó, y que algunos viejos psiquiatras solían interpretar como uno de los signos de epilepsia, y tendremos el cuadro de las más completa y sería psicopatía que, como luego afirmaremos, debe ser causa de irresponsabilidad.

II. Los hechos de Perry Smith son los más ejecutivos. Es él quien tiene el señorío de la acción de matar. Disparó sobre los cuatro. En su segunda declaración, que es cuando confiesa, dice que él sólo mató a los hombres y Hickock a las mujeres; pero cuando ya está encerrado en la casa de Justicia de Finney Country, no quiere firmar su declaración sin hacer rectificaciones: que era él quien había "disparado contra todos y cada uno de los miembros de la familia", añadiendo que había mentado porque con ello "se la quería hacer pagar a Dick por

ser un cobarde tan grande como para vomitar hasta el estómago" (páginas 301-302).

Anotemos, también, cuán conmovido se sintió al recibir en la celda una carta de un joven —del que apenas recordaba más que el rostro— en que le prodigaba consuelos, con el que enhebró correspondencia (págs. 307 y sigs.) y que luego le visitó en la celda de la casa del Scheriff.

El hilo conductor es él quien lo deja. Envía desde México las cajas con recuerdos inútiles y sin valor. Los zapatos que dejaron las huellas ensangrentadas de sus suelas de goma (los de él y los de Hickock). Por recogerlo en la oficina de correos de las Vegas, son fácilmente aprehendidos. Y es él quien se empeña en recuperar la caja enviada desde México donde llegaron en su huida.

Estos errores, descuidos, o como quiera llamárseles, han sido interpretados de muy otro modo por la Psicología profunda: son deseos provenientes del afán de castigo, hijo del sentimiento de culpabilidad. Así este hecho se enlaza con la compleja personalidad de Perry y ayuda a revelarla.

12. Desde luego Dick es el psicópata menos grave de los dos, pero ni uno ni otro pueden entrar en la vieja denominación de "delincentes natos". Incluso en Perry se mantiene a veces el normal proceso judicial y hasta larvado arrepentimiento: Smith dice a Hickock: "¿Sabes qué estoy pensando? Pues que nosotros debemos de tener algo de anormal. Para hacer lo que hicimos". Hickock responde: "No hablarás por mí, rico. Yo no tengo nada de anormal" (pág. 135). Obsérvese que Perry habla constantemente, en su viaje de huida a México, del crimen perpetrado, lo que exaspera a su compañero. Sigue Smith hablando: "Dentro de mí, en lo más profundo, nunca creí que podía hacerlo. Una cosa así" (pág. 136). Esa reiteración del autoreproche llega a mellar la indiferencia de Hickock (ni religioso, ni supersticioso como Perry), sobre todo al reflexionar sobre las dudas de Smith de poder salir, sin que les pase nada, de "una cosa así". Dick llega a su vez a preguntarse: "¿Sería posible...?, ¿serían ellos dos capaces "ante Dios, de salir con bien de una cosa de aquel calibre"? (página 137).

Repetidamente hemos hablado de que Smith presumía de haber matado a un negro (págs. 138-140). Pero ya hemos insistido que era una fábula, incluso mal urdida.

¿Cómo puede decirse que Smith es un "delincuente nato" ¿Dónde está su invulnerabilidad física y psíquica? Aquejado de dolores constantes en sus piernas lisiadas, pide por favor aspirina a quienes le están interrogando. Es sensible en sumo grado a las incomodidades de sus víctimas: les proporciona colchones, asientos, abrigo. Impide que Dick siga pegando a Clutter hijo, que viole a Nancy, y conversa con simpatía con quienes luego matará. El mismo Perry lo cuenta en su segunda declaración ante los policías (págs. 285 y sigs.). Incluso se

hace cargo de ello Dewey, que había sostenido siempre que la caja del colchón había sido colocada en el suelo para mayor *comodidad* de Clutter, y observando otros detalles por el estilo, otras fragmentarias indicaciones de irónica y absurda compasión, el detective había supuesto que, “por lo menos, uno de los asesinos no estaba completamente exento de misericordia” (pág. 285) (7).

Más tarde, el propio detective hubiera podido ver que no se equivocaba, ya que Smith se hizo querer por la esposa del Scheriff: Josephine Meier.

Acaso la narración de Smith, sobre la primera muerte que ejecuta.—la del señor Clutter— es la más paladina prueba de que no podemos hablar en su caso de un “delincuente nato”. La famosa invulnerabilidad psíquica y física, que caracterizaba, según Lombroso y Ferri, a esa terrible especie delictiva, se desmiente con el aludido relato. Perry experimenta simpatías por su víctima y fuertes dolores en sus piernas.

“Yo no quería hacer daño a aquel hombre. A mí me parecía un señor muy bueno. De buenas palabras. Lo pensé exactamente así hasta el momento en que le abrí el cuello...”. Antes se va a un rincón con Hickock, al que había estimado y de cuya valentía no sólo dudaba ahora, sino que estaba convencido de que jamás la poseyó, y trata con él de lo que debe hacerse. Perry, continúa su confesión: “Recuerden que Dick y yo habíamos tenido diferencias. Se me revolvió el estómago de pensar que había sentido admiración por aquel tipo, que me había negado todas sus fanfarronerías. Fui y le dije: Bueno, Dick, ¿No te vienen bascas? No me contestó. Le dije: Déjalos vivos y no será poco lo que nos pongan. Diez años lo mínimo. El seguía sin decir nada. Tenía el cuchillo en la mano. Se lo pedí y me lo entregó... Pero yo no quería en el fondo. Yo sólo quería fingir que le tomaba la palabra, obligarle a disuadirme, forzarle a admitir que era un farsante y un cobarde. —[No se olvide que Hickock había dicho siempre que tenía que matarlos a todos, que no se debían dejar testigos]—. ¿Sabe? Era como algo entre Dick y yo. Me arrodillé junto a Clutter, y con el daño

(7) Cierta que esos fenómenos de ambivalencia en el propio sujeto se han estudiado por el criminólogo penitenciario ruso Hernetz valiéndose del caso de un delincuente que mató a su bienhechor, que le había procurado la fianza para que saliera de la cárcel por un hurto anterior. En la celda de la prisión donde se hallaba, una gata pare varias crías; el delincuente las cuida, se desvive por los animalitos y vierte lágrimas cuando se los quieren quitar. Esta afección y “dulzura” del asesino es interpretada por la Administración del establecimiento penitenciario como un signo de enmienda. Pero el caso tiene otro sentido, que Hernetz revela: El excesivo sentimentalismo por una gata y sus gatitos es prueba evidente de la anormalidad de la situación anímica del recluso; anormalidad que sólo es posible que prospere en la cárcel (*Wtyurjeme*, 2.^a edición, Ucrania, 1930; véase la nota publicada sobre este libro, escrito en ruso, por J. Pasternak, en *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, año XXII, 1931, cuaderno 2.º, págs. 122-123). Obsérvese, sin embargo, que Hernetz, con este ejemplo, trata de demostrar los males de la prisión en el ser humano, y que Perry Smith no era aún un recluso, sino un detenido por un crimen.

que me hizo arrodillarme... Pero yo no me di cuenta de lo que hacía hasta que oí aquel sonido. Como de uno que se ahoga. Que grita bajo el agua... A Dick le entró pánico. Quería largarse de allí como fuera. Pero yo no le dejé marchar. El hombre se iba a morir de todos modos, ya lo sabía, pero yo no podía dejarle de aquel modo. —[¿No se trasluce aquí un cierto deseo de que no sufra Clutter?].— Le dije a Dick que cogiera la linterna y enfocara. Cogí la escopeta y apunté...” (páginas 288-289).

¿Criminales “natos” estos sujetos, de los cuales uno siente necesidad de acomodar a sus víctimas, de conversar con ellas, que no sabe por qué les matas? Acaso por avergonzar al otro, que a su vez está muerto de miedo.

A veces da muestras Smith de normalidad judicativa: el convencimiento de que sólo unos locos pueden hacer lo que ellos realizaron y al condenar reiteradamente las tendencias sexuales de su compañero, lo acreditan. Incluso Hickock experimenta vergüenza por sus prácticas homosexuales. Todo esto no es ciertamente propio de los llamados “delinquentes natos”.

Ya hemos visto, al referirnos a las respectivas personalidades de Hickock y Smith, que son psicópatas, e incluso, a juicio del psiquiatra, hasta podía hablarse de esquizofrenia paranoica. Como luego veremos, también las graves psicopatías son hoy causa de inimputabilidad.

Acaso no falte algún rasgo de impasibilidad psíquica —y así lo pensaron en Kansas— a causa de la indiferencia ante los jueces y la “risotada” que soltaron al escuchar la condena a muerte (pág. 360). Pero la señora Meier oyó “que Perry lloraba” al quedarse sólo en la celda (pág. 361). El desplante termina y queda franco paso a la verdad.

13. Desde el primer momento, los abogados de Hickock y Smith, solicitaron peritaciones psiquiátricas, y como no había en el lugar especialistas competentes, propusieron que se los trasladara, con toda seguridad, al Hospital de Larned (Kansas), que está sólo a ciento cincuenta kilómetros de distancia. Negóse el asesor especial del fiscal Logan Green, alegando que, en lo que respecta a incapacidad mental, rige en ese Estado la antigua ley de M’Naghten, de procedencia británica, según la cual, si el acusado conocía la naturaleza de su acto y sabía que obraba mal era responsable de lo que hizo. Pelean los abogados, el juez Tate da largas y designa una comisión de tres médicos de Garden City, que tras de una hora de “amable charla” con los detenidos, declararon “que ninguno de los dos estaba afectado de trastorno mental alguno”. Un joven psiquiatra del Hospital de Larned se brinda a ir. Los abogados pidieron que se retrasara el juicio, para el que sólo faltaban diez días; pero el honorable juez Trate denegó la petición (págs. 314-317). Sin embargo, el psiquiatra W. Mitchell Jones, vino para examinarlos y el día antes del juicio les hizo escri-

bir, para él, una declaración autobiográfica, de la que nos hemos hecho cargo ya (vide *supra*, núms. 8 y 10).

El 22 de marzo de 1960 comenzó el juicio con la elección de los jurados. A pesar de que uno de ellos dijo que "en general" se pronunciaba en contra de la pena de muerte, "pero en este caso, no", fue elegido para el tribunal, aunque había demostrado un clarísimo prejuicio (págs. 321-322).

Jamás se cuidó el juez de ser imparcial. Unas macabras fotografías de los cadáveres, fueron mostradas a los jurados para procurar su emoción adversa a los imputados, si bien los defensores se opusieron. El testigo de mayor cargo, el que había informado a Hickock de la fortuna de Clutter, fue bien recompensado: no sólo se le dio el premio ofrecido a quien ayudara a la busca de los asesinos, sino que se le liberó de la cárcel. Pero, "la vida que cobra" —como dijo Benavente en una de sus comedias— le llevó otra vez a la prisión condenado a treinta años por robo a mano armada (pág. 335).

Donde el juez Tate mostró más paladinamente su ignorancia y parcialidad, aunque se amparara en la torpe ley M'Naghten, fue cuando sólo permitió decir *sí* (o no), a la pregunta de si Hickock distinguía el bien del mal en el momento en que cometió su crimen. A solicitud del abogado fue a ampliar su respuesta, pero se opuso el fiscal y Tate despidió al perito.

Peor es aún el comportamiento de Tate en el interrogatorio de testigos y peritos, respecto de Smith. Se ha traído como testigo de descargo, al Reverendo James E. Post, capellán protestante de la capilla de la Penitenciaría del Estado de Kansas, que había conocido a Perry al llevarle unos dibujos al pastel de carácter religioso. Le regaló uno de Jesús, que el capellán tenía en su despacho. Los abogados querían que se mostraran las fotografías de esos dibujos; pero el fiscal y el juez, que no impidieron la exhibición de las que reproducían los cadáveres, denegaron rápidamente esta vez, lo que habían concedido antes (págs. 347).

En la comparecencia del psiquiatra Jones, la actitud de Su Señoría fue aún más lamentable. Al hacerle la pregunta de si sabía si Smith distinguía el bien del mal en el momento de los hechos, el perito, aleccionado por lo ocurrido antes, respondió que "no" lo sabía. El abogado pidió a Jones que explicará el porqué. El fiscal antepuso: "El hombre no lo sabe y basta". El perito fue despedido, esta vez también (pág. 348).

Al fin comienza el juicio. El fiscal Green estuvo severísimo, dando acabadas muestras de su ignorancia de la personalidad humana. Los jurados dijeron que sí a todos los cargos, y el Juez Tate, con voz "tétrica y cavernosa", leyó la sentencia de muerte.

14. Durante seis años Hickock y Smith, que cambiaron varias veces de abogados, pelearon por su vida. Con argumentos legales lograron llevar el caso tres veces al Supremo de la Nación, pero, al

fin, denegados todos los recursos, fueron ahorcados el 22 de junio de 1965.

Todo es sordido en este episodio final: la "Hilera", donde estuvieron esos años, viendo entrar nuevos condenados y salir para el patíbulo; el "almacén", donde se hallaba la horca, entre trastos viejos (por eso el nombre con que le conocían los reos).

Y lo peor, lo que recoge Truman Capote, esta vez con cuidado, es la indiferencia, superficialidad o saña con que comentaban los asistentes a la ejecución, el hecho realizado. Burlas sobre la última noche de los presos; dicterios y chanzas sobre la persona de los condenados: "el tío —por Hickock— era una mierda", "más malo que el diablo"; es un "renacuajo" —por Smith— (pág. 396). Los dos, en cambio, estuvieron serenos y Perry hasta solemne en el acto final de su tremendo drama.

Fuera de ellos, el único que estuvo a la altura del momento fue Dewey, el policía, el que representó el tercer papel de protagonista en esas escenas de dolor y muerte. El detective "había imaginado que con las ejecuciones de Hickock y Smith se sentiría satisfecho, que experimentaría una sensación de liberación, de justicia cumplida..." (pág. 397). Pero no fue así.

15. En el juicio que condenó a muerte a Dick y a Perry, no sólo faltó imparcialidad y convencimiento de que no se enjuicia únicamente un *hecho* criminal, sino a *unos hombres*. Cuantas veces se intentó por los abogados y el perito psiquiatra demostrar la personalidad psicótica o psicópata de los acusados, el fiscal Green y el juez Tate se opusieron con gesto de ironía y severidad increíbles: todo testimonio favorable fue negado y se admitió, incluso inoportunamente, cuanto podía perjudicarlos.

En apoyo de la condena se invocó la ley de viejo origen británico, conocida por "ley M'Nagthen" —ya derogada en Inglaterra— (8), que no permite hacer distingos ni estudiar la personalidad del imputado.

Faltó, pues, de la manera más irreverente para la justicia, apreciar el estado mental de Hickock y Smith, y respecto al primero, reconocer que no había ejecutado las muertes. Perry, el que realmente disparó, era un psicótico, o al menos, un psicópata grave. Para estos sujetos, la moderna psiquiatría acepta la inimputabilidad. Acaso no sea fácil, en muchas de las disposiciones legisladas, admitirlo *lite-*

(8) La Ley inglesa de 1957 estipula que no puede ser acusado de homicidio voluntario aquel que "sufra de una anomalía mental [ora provenga ésta de un retraso o detención del desarrollo de la mente, bien sea hereditaria o provenga de una enfermedad o de una lesión], capaz de alterar de manera sustancial su responsabilidad mental en los actos u omisiones que esa persona haya ejecutado para cometer su crimen o para participar en él". Quedan así destruidas las famosas y criticadas reglas M'Nagthen (L. Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, tomo I, 3.ª edición, Buenos Aires, Losada, 1964, pág. 618).

ralmente. Pero se va abriendo camino hasta el punto, de que el *Alternativ-Entwurf* alemán, de 1966, redacta el parágrafo sobre la incapacidad de culpabilidad de modo que se haga posible declarar penalmente irresponsables a esos psicópatas (9).

La justicia de este juez —que muere sin haber podido darse la satisfacción de ver colgados a Hickock y Smith— no difiere de algunos casos anteriores, por nosotros conocidos y comentados. El de Chessman no es más que otro episodio triste de la obstinación del juez Fricke, al que vapulean con justicia, en su propio país, dos gran-

(9) Este *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. All. Teil*, que se publica en Tubinga, Editorial Mohr, en la indicada fecha, se redacta por un grupo de jóvenes penalistas alemanes y algunos suizos: J. Baumann, Anne-Eva Brauneck, E. W. Hanack, Arthur Kaufmann, U. Klug, E. J. Lampe, T. Lenckner, W. Maihofer, P. Noll, C. Roxin, R. Schmitt, Hans Schultz, G. Stratenwerth y W. Stree. Se trata de enmendar y mejorar el Proyecto alemán de 1962. En la materia que hoy nos interesa, el Proyecto de 1962, en su § 24, decía: “Incapacidad de culpabilidad. Obra sin culpabilidad, quien, en el momento del acto, a causa de un trastorno morboso de la psique, de un trastorno equivalente de la consciencia, o de debilidad mental, es incapaz de comprender lo injusto del acto o de obrar conforme a esa comprensión”. Razonan los autores del *Alternativ-Entwurf* sobre la imprescindible necesidad de declarar inimputables también a sujetos que padecen una perturbación mental “no-morbosa”, siempre que se den las mismas condiciones que se expresan en las últimas frases del texto transcrito. Por ello proponen intercalar, entre el trastorno mental morboso y el trastorno de la consciencia, este inciso: “... o a causa de una comparable perturbación mental grave...” (págs. 56-57). Con lo que se están refiriendo, con lenguaje no técnico, a las *psicopatías graves*. Para obviar todos estos inconvenientes propusimos nosotros, al formar parte entonces de la delegación argentina, en los trabajos del “Código penal tipo para Iberoamérica”, un texto —aprobado por unanimidad por una de las Comisiones argentinas—, un artículo de este tenor: “Es inimputable...: *El que, a causa de su estado mental permanente o transitorio, no podía en el momento en que ejecuta el hecho, comprender la ilicitud de su acción u omisión o regular su conducta conforme a las normas de Derecho*”. Las motivaciones de esta redacción pueden verse en nuestro estudio *Imputabilidad e imputabilidad disminuida*, en *El Criminalista*, tomo VII de la Segunda Serie, XVII de toda la colección (Buenos Aires, Zavallia, 1966), págs. 78-79. Desgraciadamente, en la segunda reunión plenaria, habida en México el año 1965, una coalición argentino-brasileña (mejor sería decir de los brasileños de Río de Janeiro y del profesor Soler), derribó la fórmula por nosotros redactada y logró imponer la que, en sus respectivos Proyectos, habían compuesto el citado profesor argentino y Nelson Hungria, siguiendo fielmente lo establecido por el Proyecto alemán. No se habían enterado de que ese Proyecto, hijo de “compromisos” —como hubiera dicho Von Liszt— y enfeudado a una determinada situación política, no tiene perspectiva de ser aprobado por la República Federal Alemana. Sobre este punto puede leerse el artículo de A. Müller-Emmert, *Der Stand der Strafrechtsreform und ihre Aussichten*, en *Richterzeitung*, 1965, cuaderno 2.º, págs. 45-49, y el nuestro, *El estado de la reforma jurídico-penal en Alemania Occidental y sus perspectivas*, en *La Ley*, diario de 28 de julio de 1966. Importa, aún más, estudiar los esfuerzos del entonces reaccionario Ministro de Justicia, Dr. Jaeger, en el Bundestag, para hacer posible la aprobación del Proyecto, que nadie puede creer hacedero, ya que en esa misma sesión de 13 de junio de 1966 no sólo se trató del supradicho Proyecto, sino de reformas al vigente Código penal. (Vide *Deutscher Bundestag*, 14. *Sitzung*, impreso por Bonner Universitäts-Buchdruckerei, de Bonn, págs. 545 y sigs. y 573 y sigs.)

des criminólogos: Harry Elmer Barnes (10) y Negles K. Teaters (11), así como André Richard (12), en Francia, y nosotros mismos (13), en la Argentina.

Acaso es herencia de esa justicia del *common law* de que tan orgullosos se muestran los ingleses. También comentamos nosotros otro terrible ejemplo de terquedad del juez sir Trevis Humphreys, en el caso del "asesino del baño de ácido"; indiscutible psicótico, ahorcado por capricho del "Caballero" judicial (14).

En cuanto al "novelista", falta y sobra mucho en su "novela-realidad". Falta investigación personal, parecer propio, crítica de las leyes de su país que, como la que se refiere a las reglas M'Naghten, tienen un sentido bárbaro en la hora actual. No sólo no las censura, sino que, por dos veces, reconoce el "derecho" del fiscal a oponerse a más explicaciones psiquiátricas del perito (págs. 345 y 340). Ha recogido con cuidado lo que dicen los médicos especializados en psiquiatría, pero nada más, y aunque parece transparentarse su opinión poco favorable a la pena de muerte, debía haber sido más explícito.

En cambio sobran detalles macabros como los de la horca y sobre todo la morbosa narración, nada precisa para comprender el caso de Hickock y Smith, del joven delincuente Lowell Lee Andrews, exterminador de toda su familia, crimen que al leerlo Perry fue causa de que dijera —como hemos visto— que debió conocer el asunto de los Clutter, para haber cometido semejantes actos. No queda perfilada la personalidad de Andrews, acaso un típico "delincuente amoral" enmascarado por su faz inocente (págs. 364 y sigs). Auténtico insensible a las muertes que comete y a la suya propia: antes de ir a la horca devoró varios pollos fritos. Con los estudios de la clínica Menninger, sus abogados libraron inútil batalla para que no se juzgara conforme a la ley M'Naghten. Fue compañero de Dick y Perry en la "Hilera", y le ahorcaron antes que a ellos.

Este relato, innecesario y frío, acaso, como luego veremos, contribuyó al éxito de la "novela" de Truman Capote.

Con estas narraciones, comentarios y glosas, ponemos término a este estudio consagrado a uno de los mejores penalistas de nuestra lengua. Pero acaso no sea inoportuno una breve conclusión.

(10) *El caso Chessman: Ejemplo clásico de negación de Justicia*, que, traducido al castellano, hemos publicado en *Estudios de Derecho penal y Criminología*. Buenos Aires, Bibliografía Omeba, tomo III, 1966, págs. 91-111.

(11) *El criminólogo y su responsabilidad ante la sociedad*, que, traducido también a nuestra lengua, ve la luz en *Revista Chilena de Ciencia penitenciaria y Derecho penal*, tomo XVII, 2.ª época, núm. 11, enero-abril 1963, págs. 43-59.

(12) *El caso Chessman repercute en la conciencia universal*, traducido por nosotros y recogido en los citados *Estudios de Derecho penal y Criminología*, tomo III, págs. 113-114.

(13) *Un homicidio judicial*, en *El Criminalista*, tomo VII, ya citado, páginas 187-196.

(14) *El asesino del baño de ácido*, inserto en nuestro libro *Crónica del Crimen*, 4.ª edición, La Habana, Montero, 1950, págs. 143-154.

16. *Conclusión.* La obra se titula "A sangre fría". ¿Puede decirse que los psicópatas obran así? En caso negativo el atrayente título de Truman Capote cae por su base. ¿Qué es un psicópata? ¿Qué es "sangre fría"? El "novelista" tuvo que aclararlo y sobre todo debió pensar que cometer un hecho con tal frialdad es algo que precisa ser cuidadosamente probado. Cuando la premeditación se entendió—conforme ocurre en el Código penal de España—como una agravante de trascendencia, e incluso como calificativa del asesinato, se dijo, por la jurisprudencia, que se necesitaba no sólo que transcurriera un cierto lapso entre la resolución y la consumación de los hechos, sino el "ánimo frío" que los prácticos italianos caracterizaron como *sangue freddo* (15). De esto nada hallamos ni en el enjuiciamiento de Dick y Perry, ni en la "novela-realidad".

Sin analizar estos problemas, las páginas del señor Truman Capote mejor merecerían el título de reportaje, acaso habilmente hecho, que, como en las crónicas criminales de los periódicos sensacionalistas, más que la verdad, se busca, a todo trance, un gran número de lectores.

Prometimos, al iniciar este estudio, dar una explicación del incomprendible éxito de *A sangre fría*. Estas páginas están escritas con tan macabro detalle, se ha mojado tan a fondo la pluma en sangre, o se ha teclado la máquina de escribir sobre charcos tan sanguinolentos, que el lector estadounidense, constreñido en sus círculos cerrados de sociedad de masas, anestesiado por sus películas convencionales y por sus diarios de agencia, ha sentido el tremendo choque de tal relato que compensa de sobra su renuncia al sadismo.

Por otra parte, aparece tan elemental e ignorante su judicatura, tan negada a hacer justicia, que el público halla, en su demostración, una suerte de venganza contra quienes condenan a ciegas y se resisten a oír opiniones científicas que pudieran atenuar el rigor de la ley.

El safo-masoquismo queda sobremanera satisfecho con este libro.

Y también nosotros lo estamos al señalar —una vez más (antes lo hicimos en el "caso Chessman" y en el del "asesino del baño de ácido")— cómo se juzga y se manda a la horca, a la silla eléctrica o a la cámara de gas, a seres psicóticos o psicópatas, en países que quieren enarbolarse el cetro de la justicia y de la libertad.

Acaso el señor Truman Capote tenga auténtico derecho de titular su obra "A sangre fría", siempre que en vez de referirse a unos delincuentes —el más grave de los cuales fue sobremanera maltratado en su núcleo familiar y en las Instituciones que el Estado creó

(15) Los prácticos italianos caracterizan la premeditación por la "sangre fría". Recordemos a Caballus, Conciolo, Grasseti, Julio Claro, Farinacio, etc., y muchos penalistas modernos, como B. Alimena, Conti, Lanza, Altavilla, Bettiol, Pannain, hablan, en cambio, de "ánimo frío", aunque hay otros que destacan el tiempo transcurrido desde la resolución al hecho (vide mi *Tratado de Derecho penal*, tomo V, 2.^a edición, Buenos Aires, Losada, 1963, págs. 518 y sigs.).

para *proteger* a los jóvenes desvalidos—, haga alusión a la forma como se ejecuta la pena capital en su país.

Les ahorcan, seis años después de que cometieran su crimen que ya estaba olvidado, incluso por el novio de Nancy, que tenía al cabo de ese tiempo, otra mujer. Como se asfixió en la cámara verde de California a Chessman, doce años después de haber sido arrestado por delitos que no se probó hubiera perpetrado, y después de dar muestras, en la celda 2455 del “Pabellón de la muerte”, de la más completa regeneración.

Se les deja que conciban ilusiones de ser atendidos en sus recursos, y al cabo de los años, se les da muerte.

Sí, puede conservarse el título *A sangre fría* “en la novela-realidad”.

Etiología de la predisposición al delito

CARLOS MARIA LANDECHO, S. J.

Secretario General del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid

La Criminología, como parcela o aplicación de la Psicología, se ha tenido que enfrentar con problemas paralelos a los que han ido surgiendo en las ciencias psicológicas.

Uno de los que más poderosamente han captado la atención del criminólogo es el problema de la predisposición al delito, que se ha ido implicando con otros muchos y por ello presenta manifestaciones proteicas, dentro de un mismo fondo, aún no del todo aclarado.

Era de esperar, que el criminólogo tuviera que enfrentarse con dicho problema, puesto que de su solución depende la responsabilidad del delincuente en relación al acto delictivo cometido, y, por lo mismo, la posibilidad de anudar a la transgresión de la ley una pena o una medida de seguridad.

Esta *quaestio vexata* adquirió su máxima virulencia en la Criminología, cuando Cesare LOMBROSO publica en 1876 su primera edición del *Uomo Delinquente* (1) y con ella desencadena una de las polémicas científicas de mayor envergadura en los últimos tiempos. Prescindiendo por el momento de lo que LOMBROSO dijo en realidad (materia por lo demás sugestiva y que espero constituya el tema de un libro, que no ha de tardar en aparecer) (2), si nos atenemos a la que pudiéramos llamar interpretación recibida de LOMBROSO (3), el *delinquente nato* es un hombre que debido a trastornos de entidad nosológica, y

(1) LOMBROSO, Cesare: *L'uomo delinquente studiato in rapporto alla Antropologia, alla Medicina Legale ed alle discipline carcerarie*. Hoepli. Milano, 1876. Habían precedido entre los años de 1871 a 1876 una serie de artículos en los Rendiconti del Instituto Lombardo, en los que se encuentra publicado por capítulos casi todo lo que se dice luego en la 1.ª edición reseñada.

(2) La obra tiene por título "La tipificación lombrosiana de delincuentes", y comprenderá cuatro tomos. Actualmente he publicado ya el primero de ellos a ciclostile y lleva por subtítulo "Trayectoria humana y doctrinal de Cesare Lombroso".

(3) La mejor exposición del que pudiéramos llamar el LOMBROSO clásico se debe a WOLFGANG, Marwin, E.: *Cesare Lombroso*. Y está publicada en la obra de colaboración editada por MANNHEIM, Hermann: *Pioneers in Criminology*. Stevens. Londres, 1960. El artículo de WOLFGANG está en las páginas 168-227. Existe una traducción italiana del mismo publicada en los *Quaderni di Criminologia Clinica*.

cuadro epiléptico, que han lesionado sus centros superiores en la época fetal, constituye una regresión, un salto atrás (recuérdese la identificación de la filogénesis y ontogénesis debida a HÄECKEL, que LOMBROSO admite de lleno). Este ser atávico presenta por lo tanto una moral semejante a la del salvaje, que LOMBROSO pensó totalmente falto de principios morales; es un loco moral en términos de PRICHARD (4), y por lo mismo nace predestinado al delito: tendrá que delinquir en cualquier hipótesis. Tal es la interpretación, que se ha venido dando al pensamiento de LOMBROSO, que por tanto constituiría *el extremo biológico* entre las teorías criminológicas: la herencia sería el todo.

Era de suponer que una postura tan radical suscitase pronto la antítesis en el proceso dialéctico de la ciencia, tanto más cuanto que por una mala inteligencia de la doctrina lombrosiana —que en este punto no tardó tanto en disiparse como otras— se pensó por un momento, que LOMBROSO destruía el Derecho Penal: si se negaba la libertad del delincuente, caía por su base el reproche de responsabilidad. Y por lo mismo —y aquí comenzaba el falseamiento de la doctrina lombrosiana— al no poder castigar al delincuente, quedaría éste impune; habría que abrir las cárceles. Las consecuencias, que se seguirían de tal teoría, aterrorizaron a los que no vieron o no quisieron ver, que LOMBROSO no se oponía a que las consecuencias penales siguieran al acto delictivo, sino que tan sólo cambiaba el fundamento del *ius puniendi*: no se infligía el *malum poenae* por la responsabilidad, sino por la peligrosidad del delincuente; lo mismo que nos defendemos de un perro rabioso tenemos derecho a defendernos del delincuente, escribía. Por lo tanto se reducía a un cambio de nombre: defensa en vez de retribución; medida de seguridad en vez de pena (5).

Sin embargo hubo otra antítesis que tardó más en ser superada, y que toca más directamente a nuestro tema; muy pronto (6) surge un grupo de criminólogos, que busca en el factor sociológico, en el

(4) PRICHARD, James C.: *A Treatise on Insanity* (Haswell, Barrington and Haswell, Philadelphia, 1835).

(5) El mejor expositor de este criterio entre los discípulos inmediatos de LOMBROSO fue GAROFALO, Raffaele: *Criminologia*, ya desde su primera edición (Bocca, Torino, 1885). Muy interesante es también la obra de colaboración de LOMBROSO-FERRI-FIORETTI: *Polemica in difesa della Scuola Positiva* Zanichelli, Bologna, 1886. También en FERRI: *Sociologia Criminale*, cuya última edición es de 1929-30 en dos volúmenes. Utet, Torino, pero cuya primera edición apareció ya en 1881 en Zanichelli, Bologna. Bajo el título: *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*.

(6) La oposición a LOMBROSO se manifiesta ya en el II Congreso de Antropología Criminal, convocado por el mismo LOMBROSO en París en agosto de 1889 (Sus actas se publican en Storck, Lyon, 1890). Allí se levantan en contra Lacassagne y los demás criminólogos franceses, que han de constituir el núcleo más fuerte de la oposición. Pronto encuentra LOMBROSO el primer opositor científico de talla en Alemania en la persona de BAER, Abraham Adolf, que publica en su *Der Verbrecher in anthropologischer Beziehung*, Thieme, Leipzig, 1893.

medio social el influjo criminógeno, y también llega a afirmar su teoría con carácter de exclusividad (7).

Todo el principio del siglo XX presencié la lucha a muerte de ambas escuelas (Antropológica y Sociológica), que al implicar esta cuestión con otras muchas *en sí ajenas a la misma* (libertad; clasicismo o positivismo, ateísmo y religión, etcétera) y al abandonar el estadio de una serena discusión científica para adoptar tonos polémicos ardientes, impidieron apreciar las cosas en sus debidas proporciones: sólo después de la segunda guerra mundial puede decirse que vuelve a enfocarse el problema de sus dimensiones reales, a tratarlo con absoluta asepsia de puntos de vista a priori y de implicaciones infecciosas, y que por lo mismo nos aproximan a una solución. Esta suele ver hoy en la herencia un campo de posibilidades, que desarrolla cada sujeto conforme al medio que le codea y a otros factores (entre los que los indeterministas ponemos el libre albedrío). El resultado es por lo mismo conjugación del factor hereditario (que da un marco mucho más amplio del que se va a desarrollar, pero fuera del cual no podrá desarrollarse el sujeto), y el factor sociológico-ambiental, que es el caldo de cultivo conforme al cual se producirá el desarrollo de uno u otro de los elementos estructurales de la persona, contenidos en el factor hereditario.

En la polémica criminológica anterior ocupa ERNST KRETSCHMER un puesto singular; porque, a pesar de no haber escrito directamente nada digno de mención en Criminología, ha ejercido en la misma un influjo notable, y hasta decisivo dentro del área criminológica germana.

Este notable autor tuvo a los principios clara predilección por la teoría lombrosiana (8), que muy posiblemente sirvió de punto de partida a sus intentos de correlación psicosomática en los tipos constitucionales. Pero más tarde se distanció fuertemente de la misma (9).

Entre sus discípulos se encuentran varios, que intentaron desde el comienzo (10) la aplicación de la tipología de KRETSCHMER a los delin-

(7) Es curioso que el primer impulso hacia la Sociología Criminal es dado por FERRI en la obra citada en la nota 5. Pero estas teorías le han sido inspiradas durante los años de forzoso destierro en Francia, y fundamentalmente es en esta nación donde la Sociología Criminal tiene su mejor caldo de cultivo.

(8) KRETSCHMER acepta en 1926 parcialmente la teoría lombrosiana (Cf. Biologische Persönlichkeitsdiagnose in der Strafrechtsplege. En Deutsche Juristenzeitung 31 (1926) 782-787. Lo que reconocen muchos autores alemanes, como ASCHAFFENBURG: *Das Verbrechen*. Und seine Bekämpfung, 3. ed. Heidelberg, 1923; BIRNBAUM: *Die Psychopathischen Verbrecher*. 2 ed. Thieme. Leipzig, 1926; EXNER: *Die psychologische Einteilung der Verbrecher*. En Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 38 (1926) Heft 1; v. ROHDEN: *Lombrosos Bedeutung* ib. 92 (1930) 140-154. Pero no se puede dejar de lado las posteriores y taxativas afirmaciones del mismo KRETSCHMER: *Körperbau und Charakter* 21/22 ed. Springer. Berlín, 1955, en las que decididamente rechaza la teoría lombrosiana.

(9) Sin embargo no deja de ver el paralelo posible entre el *delinquente nato* y el tipo atlético del delincuente violento, a que luego (pág. 10) aludo.

(10) El primero es VIERNSTEIN, que ya en 1923, esto es, dos años tan sólo después de la publicación de la primera edición del *Körperbau* de KRETSCHMER

cuentes. Es más, algunos de ellos buscaron directamente fijar por este medio el influjo del factor hereditario en el delito, la predisposición al crimen (11), e incluso ver si de estas investigaciones se podían sacar argumentos en pro o en contra de la teoría lombrosiana (12).

Por dos años me he ocupado en Bonn con la investigación y comparación de los resultados de estos estudios, tema que ha cristalizado en mi tesis doctoral en Derecho en dicha Universidad. Voy a tratar por lo mismo de resumir ahora en pocas páginas los resultados de esta investigación en lo que respecta al tema del presente trabajo: esto es, ver qué predisposición hereditaria al crimen se ha podido observar en los delincuentes. Los resultados se agrupan alrededor de la tipificación de KRETSCHMER, que para no extenderme tengo que dar por supuestas (13). En muchas ocasiones no podré detenerme a probar, sino tan sólo a resumir y afirmar, puesto que el espacio de que dispongo no permite otra cosa. Al lector que se interese por el tema lo tengo que remitir al trabajo extenso, que publiqué sobre esta materia en alemán (14).

Para investigar lo que hay de hereditario en la predisposición al delito he ido seleccionando en mi trabajo los datos que indican un arraigo más notable de la inclinación al delito (*Verankerungszeichen der Verbrechenneigung*, les llamo en mi obra). Concretamente me fijé en el comienzo de la criminalidad (*Kriminalitätsbeginn*), reincidencia (*Rückfallshäufigkeit*), taras hereditarias (*erbliche Belastung*). Este es el mismo orden, que seguiré en la exposición que voy a intentar.

A) *Comienzo de la criminalidad.*

I. Se trata, por tanto, de saber en qué época, a qué edad cometen los delincuentes su primer crimen. Es claro que todos los datos que vamos a aducir están sujetos a una fuente de error no despreciable; lo que consta en los archivos policiales, judiciales o carcelarios no es la edad a que cometen el primer delito, sino aquélla en que por primera vez *entran en conflicto* con los agentes de la Ley. por lo tanto han podido preceder, y por regla general habrán prece-

(Springer. Berlín, 1921) expone en *Die Durchführung einew Stufensystems in den bayerischen Strafanstalten*. En *Zt. für Medizinalbeamte* 36 (1923) 161 ss., los datos obtenidos.

(11) Algunos de ellos, como por ejemplo MICHEL: *Körperbau, Charakter und Verbrechen* Wiener med. Wochenschrift. 75 (1925) 45-50, y en parte SCHWAB: *Ueber die Beziehungen der körperlichen. Konstitution zum Verbrechen* typ. Monatschrift f. Kriminalpsych. 32 (1941) 213-36, creen que se llega a sacar de sus investigaciones un argumento a favor del determinismo. La cuestión reposa en un equívoco sobre lo que postulan las teorías determinista y la indeterminista, como creo haber mostrado claramente en mi trabajo, *Körperbau, Charakter und kriminalität*. Röhrscheid. Bonn. 1964.

(12) VIERNSTEIM: *Durchführung*, 99, lo dice, entre otros, claramente.

(13) Cf. KRETSCHMER: *Constitución y Carácter*. Labor. Barcelona, 1954, páginas 18 ss.

(14) Bonn. Röhrscheid, 1964.

dido otros delitos. Pero esta fuente de error no es fácil de eliminar al presente. Exigiría encuestas sinceras entre los delincuentes.

Otra fuente de error no menos notable, es que no llegan a nuestras manos ninguno de los criminales latentes, ni los que se llaman hoy *white collar criminality*, y los restantes miembros de ella, que por haber encontrado escondrijo propicio en los bajos fondos del hampa, no pasan por las manos de la policía.

Sin embargo, los datos que voy a exponer hablan claro del arraigo hereditario de la criminalidad en ciertos tipos psicológicos, sobre todo si se les compara con los que luego vendrán (reincidencia, taras) y si se les toma como umbral mínimo.

II. La mejor investigación de que disponemos la llevó a cabo SCHWAB (15). Manejó para ello las actas de 3.052 delincuentes, que pasaron por el presidio de *Ludwigsburg* entre 1929 y 1940. Se trata, por tanto, de delincuentes condenados por delitos graves (16). A todos se les había estudiado conforme a un esquema, en uso en las prisiones de Baviera y que fundamentalmente deriva de VIERNSTEIN (17) y se apoya en el aspecto psicológico en el esquema de constitución de KRETSCHMER.

Es de tener en cuenta sin embargo, que no usó SCHWAB la totalidad de las actas en cada una de las tablas estadísticas que nos da, sino que selecciona de ellas varios grupos criminológicos, lo que dificulta fuertemente la labor de interpretación de las mismas (18). Pero aquí no puedo entrar en más detalles. Después de paciente labor de reconstrucción y comparación creo poder afirmar como datos adquiridos a partir de la investigación de SCHWAB lo siguiente:

III. Conclusiones sobre el comienzo de la actividad criminal.

1. El número de delincuentes que comienza —o al menos que consta que comienza— antes de los 22 años es tan sólo un 25,8 por 100 del total. Es más, el 60 por 100 comienzan después de los 34 años, de ellos casi el 50 por 100 entre los 34 y los 53 años (19), esto es en la época del climaterio viril o femenino (20).

Si se piensa que el comienzo temprano es indicio fuerte de predisposición hereditaria, habría que afirmar que una cuarta parte de los delincuentes parece presentarla. Veremos más adelante que este grupo coincide extrañamente con el de los multireincidentes y hasta con el de los tarados, pero no adelantemos aún acontecimientos.

2. Si distribuimos estos datos conforme a su estructura corpo-

(15) SCHWAB: *Beziehungen*, 213-236.

(16) LANDECHO: *Körperbau*, 143.

(17) Cf. SCHIEDT: Ein Beitrag zum Problem der Rückfallsprognose. Zeitungsverlag. München. 1936, pág. 53.

(18) LANDECHO: *Körperbau*, 161 s.

(19) Ib. 217.

(20) Parece un dato adquirido, sobre todo a partir de estas observaciones de SCHWAB, la existencia del climaterio masculino. Cf. a este respecto KRETSCHMER: *Körperbau*, 343; EXNER: *Kriminologie*. Springer, Berlín, 1949, pág. 129.

ral, nos encontramos con que los delincuentes tempranos son fundamentalmente atléticos, leptosomáticos y displásticos; los de la madurez pínicos y atléticos; y los de la edad senil, sobre todo displásticos (21). O dicho con otras palabras, que el leptosomático tiene su período más fuerte en la pubertad, el pínico en la involución, el displástico en pubertad (por cierto en pubertad un tanto retrasada (22) respecto a los otros) y el atlético no muestra correlación ni con puberad ni con involución ni con senilidad.

Esto le lleva a KRETSCHMER (23) a suponer, y a mi juicio con toda justeza, que aún en los criminales tardíos la desviación criminal correla con su constitución: puesto que la época preferida por la psicosis característica de cada uno de los temperamentos indicados coinciden en manifestarse a la misma edad que este primer delito: en la pubertad la esquizofrenia, en la involución la depresión y sin distinción de períodos la epilepsia. En cuanto a la pubertad retrasada del displástico y a su fuerte porcentaje en la delincuencia senil, especialmente en los excesos exhibicionistas o de perversión sexual, parece lógico pensar que correla con la sexualidad y el desarrollo deficiente de los mismos.

B) *Reincidencia delictual.*

I. No tomo aquí el término reincidencia en el sentido estricto, que suele exigirse para que constituya agravante penal, sino en el más amplio de multiplicidad de actos delictivos, cualquiera que sea su especie (24).

Sin embargo es un hecho de observación vulgar en la Criminología la *especialización* del delincuente profesional, lo que MEZGER llamó el delincuente *homotropo* en contraposición al polítropo. Al menos se dan dos o tres delitos, cuya copulación podría dar origen a estudios interesantes, que se repiten en el mismo delincuente. La creación de estos grupos delictivos está aún por hacerse, puesto que la que nos presenta SCHWAB (25) es deficiente desde el punto de vista técnico-criminológico, como creo haber demostrado (26).

II. Han estudiado la reincidencia en relación a los tipos de KRETSCHMER, además del citado ECHWAB, los siguientes:

En relación con los tipos corporales: BOEHMER (27) con un grupo de 100 presos de la prisión judicial de Kiel, hacia 1927, a mi juicio con *exceso* de rigor crítico, que disminuye el valor de sus conclusio-

(21) LANDECHO: *Körperbau*, 166 y 215 ss.

(22) Ib. 235.

(23) KRETSCHMER: *Körperbau*, 343.

(24) Tal es la práctica en Criminología.

(25) SCHWAB: *Beziehungen*, 232.

(26) LANDECHO: *Körperbau*, 169 ss.

(27) BOEHMER: *Untersuchungen über den Körperbau des Verbrechers*. En *Monatsschrift für Kriminalpsychologie* 19 (1928) 193-209.

nes (28); v. RÖHDEN (29) con dos grupos: el primero de 91 delincuentes, que eran a la vez enfermos mentales asilados en el Manicomio de Nietlben (provincia de Sajonia) en el año 1925; y el segundo con un grupo de 150 reclusos en la prisión de Halle (Sajonia) poco más tarde (30); y finalmente EYRICH (31) relata un fino trabajo de estudio de tan sólo 34 casos de asesinos u homicidas, que habían pasado por Ludwigsbur entre los años 1924 y 1928, trabajo que constituye un modelo en su género (32).

Respecto a los tipos temperamentales contamos con los estudios de: VIERNSTEIN (33), que es el primero que aplica los tipos de KRETSCHMER a la investigación criminológica, para lo que utilizó las actas de los últimos 150 estudios en el presidio de Straubing (Baviera) en 1923, trabajo que más refleja la intuición de este hombre excepcional, que la técnica aún poco elaborada (34); el de MICHEL (35), que poco después (1925) estudia 225 delincuentes del presidio de Graz (Austria) (36); el del ruso KRASSNUSCHKIN (37) que estudia en Moskou un grupo indeterminado de delincuentes, posiblemente no menor de 2.000, aunque con pocas precauciones críticas (38), defecto en el que caen aún más notablemente cuatro doctorados de EXNER, que publican sus tesis con el siguiente orden: en 1935 SCHNELL (39), en 1936 SCHIEDT (40), en el mismo año SCHMID (41) y en 1939 SCHWAB (42); pero se dejan influir de tal modo por su maestro, y por ello juegan con los datos de modo poco aceptable, que el mismo EXNER tiene, años más tarde, que criticar la labor de sus discípulos (43). Finalmente

(28) LANDECHO: *Körperbau*, 105.

(29) v. RÖHDEN: *Körperbau* untersuchungen Archiv für Psychiatrie 77 (1926) 151-163 *Kriminalbiologische* Untersuchungen. En Dt. Zt. Gericht. Medizin 10 (1927) 620-33.

(30) Ib.

(31) EYRICH: *Kriminalsoziologische und psychologische Untersuchungen am Mördern und Totschlägern*. En Blatter für Gefängniskunde 61 (1930) 247-261.

(32) LANDECHO: *Körperbau*, 114.

(33) VIERNSTEIN: *Durchführung*, 161.

(34) LANDECHO: *Körperbau*, 53.

(35) MICHEL: *Verbrechen*, 46.

(36) LANDECHO: *Körperbau*, 59.

(37) KRASSNUSCHKIN: *Der Verbrecher*. En Monatschrift für Kriminalpsychologie 18 (1927) 65-89; y Beitrag zur psychiatrischen *Charakterologie* der Verbrecher. Ib. 18 (1927) 561-590.

(38) LANDECHO: *Körperbau*, 98.

(39) SCHNELL: *Anlage und Umwelt bei 500 Rückfallsverbrecher*. Postberg. Botropp, 1935.

(40) SCJOEDT: *Prognose*, 6.

(41) SCHMID: *Anlage, Umwelt bei 500 Erstverbrecher*. Wiegandt. Leipzig, 1936, pág. 7.

(42) SCHAAB: *Die soziale Prognose bei rückfälligen*. Postberg. Bottrop. 1939. pág. 19. No se confunda este autor (SCHWAAB) con Georg. SCHWAB, al que cito frecuentemente en otras notas.

disponemos de la investigación de RIEDL (44) sobre tres grupos concretos de delincuentes: 300 ladrones, 300 estafadores y 200 de sangre. Para ello utilizó las actas de Straubing (Baviera) y publica sus resultados en muchos aspectos los mejor elaborados (45) si se exceptúa tal vez a SCHWAB, en el año 1932.

III. Conclusiones sobre la reincidencia delinencial.

1. El tipo temperamental más reincidente es el esquizotímico, casi el doble que el ciclotímico. Esta conclusión no ofrece gran fiabilidad por lo siguiente: cuando se realizaron estas investigaciones no había distinguido KRETSCHMER el temperamento *viscoso* (46), o al menos no es recogido por los que pudieran haberlo hecho, porque los esquemas que manejaban (de los archivos de las cárceles) aún no habían sido aún variados.

2. Más interesante es por lo mismo el resultado de los que trabajaron con tipos corporales. De aquí resulta que el tipo más reincidente es el displástico, seguido de cerca del leptosomático, y luego del atlético. El pánico es con gran diferencia el menos reincidente (47).

No querría dejar de apuntar aquí la coincidencia que se observa a simple vista entre este resultado y el que obtuvimos más arriba al examinar el comienzo de la actividad criminal.

3. Pero el resultado más interesante es el que se saca de una investigación comparativa entre el índice de reincidencia y el tiempo en que comienza la criminalidad. Fue llevada a cabo de modo bastante poco preciso por SCHWAB (48), pero de todos modos queda clara una conclusión: unión constante entre delincuencia temprana y reincidencia fuerte, que no se explica por el mero hecho de que el delincuente temprano disponga de más tiempo para reincidir. Porque la diferencia es abrumadora y además es rarísimo el caso de delincuente temprano que *no* reincida fuertemente (49).

C) *Taras hereditarias.*

I. Muchos son los sentidos en que se puede hablar de taras hereditarias en el delincuente. Voy a reunirlos en un sentido amplio y las displasias propiamente dichas. Ambos grupos pueden ser signos de degeneración, palabra que a su vez, a fuerza de ser usada hasta el abuso, ha venido a no significar nada.

II. Los investigadores que nos suministran datos sobre el particular, son los citados en el epígrafe anterior. Además de ellos nos dan

(44) RIEDL: Ueber Beziehungen von geistig. körperlicher *Konstitution* zur Kriminalität. En Monatschrift f. Kriminalpsych. 23 (1932) 473-84.

(45) LANDECHO: *Körperbau*, 126.

(46) Lo hace por primera vez en la monografía, que publica en 1936 en colaboración con ENKE. Willi: *Die Persönlichkeit der Athletiker*. Leipzig, 1936.

(47) LANDECHO: *Körperbau*, 219 s.

(48) SCHWAB: *Beziehungen*, 225.

(49) LANDECHO: *Körperbau*, 222.

algunos datos otros dos: el ruso BLINKOV (50), que examinó 100 asesinos en las prisiones de Azerbaidzan, poco antes de 1929, y que nos ofrece puntos de vista interesantes y pulcramente elaborados (51); y el japonés SAZA (52), que examinó en Tokyo a 528 delincuentes, pero de cuya investigación tan sólo he podido recoger los datos que nos suministra KRETSCHMER, dada la dificultad del idioma (japonés) en que se publica (53).

III. En la constitución anormal de los delincuentes podemos distinguir varios aspectos:

1. Enfermedades mentales propiamente dichas no parecen encontrarse entre los delincuentes en mayor proporción, que entre los no delincuentes, aunque hay que hablar con gran cautela, por la carencia de grupos de control suficientemente elaborados (54). Parece que la enfermedad mental más extendida es la esquizofrenia (55), y no la epilepsia.

2. Tampoco queda claro que se de un contingente mayor de oligofrenia, aunque proporcionalmente abunde más en el grupo de los atléticos, que en los restantes tipos corporales. Pero no se llega a comprobar, por falta de contraste en grupos de control bien estudiados, que entre los no delincuentes (56).

3. La proporción de psicópatas entre los delincuentes es difícil de fijar por lo siguiente: el concepto de psicopatía es de fronteras muy huidizas, y, por ello, es usado en muy diversos sentidos y sobre todo con extensión muy diversa entre los investigadores. Ello da por resultado, que el porcentaje sea muy diverso.

Por otra parte, algunos de los investigadores, como MICHEL (57), se ocupó de los parientes de los delincuentes, mientras que otros estudian los delincuentes mismos, como por ejemplo RIEDL (58).

De todos modos el porcentaje en los autores, de que me ocupo, es relativamente bajo (el 38,7 por 100 en SCHNELL (58) e incluso el 63,7 por 100 en SCHIEDT (59) si se lo compara con los indicados por VERVAECK (60) que piensa llegar al 90 por 100 con STUMPFL (61), que encuentra el 99 por 100 entre sus 195 multireincidentes. Aunque la diferencia pueda venir en parte del diferente material examinado, mucho-

(50) BLINKOV: Zur Frage dach dem Körperbau des Verbrechers. En Monatschrift f. Kriminalpsychologie. 20 (1929) 212-216.

(51) LANDECHO: Körperbau, 109.

(52) Citado conforme a KRETSCHMER: Körperbau, 443.

(53) LANDECHO: Körperbau, 128 s.

(54) Ib. 223 s.

(55) Ib. 223.

(56) Ib. 224.

(57) MICHEL: Verbrecher, 48.

(58) SCHNELL: Anlage, und Umwelt bei 500 Rückfallsverbrecher. Postberg. Botropp, 1935.

(59) Citado conforme a EXNER: Kriminologie, 183.

(60) Ib.

(61) Ib.

más reincidente en los últimos autores, la divergencia es tan fuerte, que apenas permite formarse una idea el valor real de la psicopatía entre los delincuentes. Por lo mismo, poco puede concluirse a este respecto, si no es una mayor proporción del psicópata entre los atléticos (62).

4. La proporción de alcoholismo vendría a ser un tercio del total, según datos relativamente concordantes de nuestros investigadores (63). Entre ellos abundan notablemente los atléticos, según observaciones de RIEDL (64).

5. Como resumen de la constitución anormal se podría decir, que es el atlético el tipo que presenta más caracteres degenerativos (65); lo que en algún modo sorprende es ver al leptosomático bastante libre de ellos, pues el que el pícnico lo esté era más de esperar, conforme a los datos que hasta ahora hemos ido viendo.

IV. Respecto a las displasias, convendría no confundir dos cuestiones distintas: los signos degenerativos, que presente un delincuente, y el tipo displásico de KRETSCHMER, en el que evidentemente la displasia se acusa de modo más acentuado.

1. Ningún investigador ha encontrado el tipo displásico excesivamente abundante: oscila su proporción del 3 al 9 por 100 aproximadamente. Pero es curioso observar, que cuanto más graves son los delitos del grupo de delincuentes examinados, más aumenta la proporción de displasias (66).

2. Los rasgos displásicos o degenerativos dispersos a tipos caracterizados como leptosomáticos, atléticos o pícnicos, no abundan por igual en todos. En general se puede decir, que cuanto más grave era el delito, mayor es la proporción de estigmas degenerativos, así como también, que el atlético, sobre todo el atlético que delinque de modo violento, es el más fuertemente estigmatizado (67). Con ello volvemos a coincidir con los resultados anteriormente expuestos respecto a la constitución anormal.

V. Y por lo mismo, si se quiere resumir todo lo que se refiere a las taras hereditarias, vemos surgir ante nuestros ojos dos tipos de delincuentes, que son los más fuertemente tarados: el delincuente por violencia atlético y el displásico.

Es sobre todo interesante el tipo del atlético violento, que aparece como epiléptico o epileptoide, ologofrénico, alcohólico, y con gran cantidad de rasgos degenerativos (68). Es EYRICH quien mejor ha caracterizado el tipo, y el mismo que nos señala que no está tan lejos del célebre *delinquente nato* lombrosiano.

(62) LANDECHO: *Körperbau*, 224.

(63) *Ib.* 225.

(64) RIEDL: *Konstitution*, 476.

(65) LANDECHO: *Körperbau*, 226.

(66) *Ib.* 227.

(67) *Ib.*

(68) *Ib.* 228.

Por el contrario parece que los leptosomáticos y los pícnicos presentan en notable menor proporción las taras heređitarias, si se exceptúa la inclinación de los primeros a la esquizofrenia. Esto no quiere decir, sin embargo, que posean una predisposición menor al delito, sino que ésta no se manifiesta en forma de herencia patológica, ni de signos degenerativos. Pero eso no quita valor a las consideraciones hechas más arriba, respecto al comienzo de la criminalidad y a la reincidencia (69).

D) Conclusiones.

I. Para resumir en pocas palabras los datos que he ido exponiendo, se pueden distinguir los siguientes tipos:

1. El displástico es el delincuente precoz más reincidente, aunque su comienzo de la criminalidad precoz venga un poco más tarde que en los restantes tipos (hacia los 22 años). Sus signos degenerativos son tan claros, que por eso se les llama displásticos. Con la edad senil ven un reverdecer de su criminalidad. Parece claro que todo esto está en correlación con su constitución disgenital. Por lo mismo acusan como pocos la crisis de la pubertad, aunque ésta aparece un tanto retardada (70).

2. El atlético es el tipo de delincuente activo y vital, que se mantiene constante en proporción en todos los períodos de la vida, excepto a partir de los 54 años, en los que con su disminución de su vigor físico, desaparece también su peligrosidad criminal. Son los que presentan más fuerte la herencia patológica, y no parece que su actividad criminal esté en especial correlación con ninguna época de la vida, lo mismo que sucede a su enfermedad tipo: epilepsia (71).

3. Los leptosomáticos son delincuentes precoces con fuerte porcentaje de reincidencia, pero con carencia casi absoluta de estigmas degenerativos. También parece claro, que su criminalidad correla con la esquizofrenia, tanto en la época preferente de aparición (pubertad), como en los restantes aspectos (72).

4. Finalmente, los pícnicos son delincuentes de madurez, y muy poco reincidentes. Parece también pacífico, que la tendencia criminal coincide en ellos con el climaterio viril, y por lo mismo con la época preferida por la psicosis mánico-depresiva. Todo esto nos indica que los pícnicos no están en menor dependencia de que los restantes respecto a su constitución. Sino que tan sólo las manifestaciones criminales a que propenden por su constitución, se manifiestan más tarde (73).

(69) Cf. *supra*, págs. 5 y 7.

(70) LANDECHO: *Körperbau*, 240 ss.

(71) *Ib.* 237 s.

(72) *Ib.* 236 s.

(73) *Ib.* 239.

II. Al valorar los resultados anteriores nos encontramos con las siguientes ideas cóngruas de ser tenidas en cuenta:

1. La reincidencia y la criminalidad precoz correlan fuertemente, sin que sea suficiente a explicar este hecho el mayor tiempo que tiene el delincuente precoz para delinquir. Pero no correlan ambos factores con las llamadas normalmente taras degenerativas o hereditarias (psicosis, psicopatías, oligofrenia, alcoholismo y estigmas degenerativos).

2. Esto parece indicar que la propensión al delito es clara en ciertos tipos corporales o psicológicos, pero que no está en relación al menos directa con las taras degenerativas. Sino que el radical personal (la Wurzelformel der Persönlichkeit que postula KRETSCHMER) que correla con la criminalidad es otro, y quizás no uno sólo.

3. Con ello queda claro, que no se da *una* predisposición criminal, sino una serie de predisposiciones, que inclinan a diversas actividades delictivas. O dicho de otro modo, que no se da *el* delincuente, sino una serie de tipos delincuenciales diversos, que *sin* embargo están en correlación con los tipos psicológicos. Esto es, *que hay diversos tipos de predisposición criminal*, cada uno de los cuales lleva al delito, o mejor dicho, un cierto tipo de delitos preferentemente a los restantes (74).

Por lo mismo es una de las taras más urgentes de la Criminología encontrar y descubrir estos factores criminógenos, y sobre todo agrupar alrededor de ellos los que se han venido a llamar con expresión tomada de la clínica: cuadros criminológicos. Esto es, los diversos modos con que un tipo psicológico va al delito, a qué clase de delito y de qué modo. Estos cuadros criminológicos, que encuentran su paralelo en los cuadros nosológicos de la medicina clínica, no son ni infinitos en número, ni tampoco fruto del azar, sino proyección del modo de ser del delincuente en su comportamiento delictual.

Creo que a cualquier observador se le hará presente por lo dicho, el enorme valor que el hallazgo de dichos cuadros puede tener, tanto para una sana profilaxis delictual, como para una labor de reeducación y resocialización del delincuente.

(74) Ib. 245 ss.

(75) Ib. 248 ss.

Sobre una inadvertida modificación del artículo 544 del Código penal

GERARDO LANDROVE DIAZ

Profesor Ayudante de Derecho penal de la Universidad de Santiago de Compostela

El delito prevenido en el artículo 544 (1) de nuestro Código penal, esto es, la usura realizada con abuso de la impericia o pasiones de un menor (2) goza de gran tradición en nuestro ordenamiento.

Ya en el Código de 1822, artículo 771, y con una tipología de gran amplitud, en la que se incluía no sólo el abuso del menor de edad, sino también el de "cualquiera que esté en interdicción judicial por incapacidad física o moral" (3), se incriminaban conductas similares a la sancionada en el precepto a que hacemos mención, si bien encuadradas en el capítulo destinado a las estafas y otros engaños (4).

El texto penal de 1848 otorga al tipo la redacción que, con escasas

(1) Art. 544: "Será castigado con las penas de presidio menor y multa de 5.000 a 250.000 pesetas el que, abusando de la impericia o pasiones de un menor, le hiciere otorgar en su perjuicio alguna obligación, descargo o transmisión de derechos por razón de préstamos de dinero, crédito u otra cosa mueble, bien aparezca el préstamo claramente, bien se halle encubierto bajo otra forma".

(2) FERRER SAMA (*Circunvención de menores*), en "Revista de Derecho español y americano", julio-agosto, 1957, pág. 4) encuentra aceptable, si bien por "motivos fundamentalmente prácticos" la expresión "circunvención de menores" para hacer referencia a la mencionada infracción. Postura que no goza de gran aceptación en nuestra Patria, por entenderse que es inoportuna la restauración de dicho término, que de verbo activo anticuado califica el Diccionario de la Real Academia Española con significación de "estrechar u oprimir con artificios engañosos", demasiado alejada del significado dogmático del tipo que no requiere la efectividad del engaño sino tan sólo el aprovechamiento de la inferioridad psicológica del menor, por todo lo cual no nos parece conveniente la restauración doctrinal del término por no responder al exacto contenido del actual artículo 544.

(3) En términos de gran amplitud se concibe al respecto el art. 643 del Código Penal italiano, de "circonvenzione di persone incapaci", en el que se otorga protección legal, no sólo a los menores, sino también a aquellos que se encuentran en estado de enfermedad o deficiencia física.

(4) Art. 771: "Cualquiera que abusando de la debilidad o de las pasiones de un menor de edad que sea hijo de familia, ya esté sujeto a tutor o curador, o de cualquiera que esté en interdicción judicial por incapacidad física o moral, hubiere conseguido hacerle firmar alguna escritura de obligación, o de liberación o finiquito, por razón de préstamos de caudales, o géneros o efectos, cualquiera que sea la forma bajo la cual se haya contratado; o hubiere percibido de dichas personas, abusando igualmente de sus circunstancias, alguna cosa vendida, empeñada, cambiada, alquilada o depositada, sin autoridad legítima, sufrirá un arresto de diez días a un mes, y una multa de diez a cien duros".

variaciones, habría de subsistir hasta nuestros días, regulándolo en el artículo 447, entre las estafas (5). Concepción y encuadramiento sistemático que no habría de modificarse por el Código de 1870, que lo trata en el artículo 553 (6).

La profunda crisis económica que a finales del siglo XIX se produce en España provocó una gran virulencia en el terreno de la usura, y usuraria es la conducta a que hacemos referencia al margen de su ubicación sistemática, que desembocó en una revisión a fondo de las concepciones liberales que habían cristalizado en una ineficaz regulación jurídica en la materia. El primer y fundamental fruto de esta orientación fue la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura, y debida a la iniciativa de don Gumersindo de Azcárate, texto legal que acabó con el régimen de absoluta libertad en la estipulación de intereses. La Ley Azcárate supone un paso extraordinario en la evolución de nuestro Derecho tendente a prevenir la usura, declarando la ilicitud civil de los préstamos usurarios, que en ella se definen legalmente por vez primera en nuestra patria. Supone el nacimiento de una postura del legislador español que habría de concretarse en la decidida incriminación de la usura que en el Código de 1928 se acomete.

En el Código promulgado por el Gobierno de la Dictadura del General Primo de Rivera se elevó la usura a la categoría de delito, "criminalización" de esta inmoral actividad que pugna con el liberalismo mal entendido que en este sentido informó la actividad legislativa del siglo XIX. Consecuencia inmediata de ello fue el lógico desplazamiento del precepto referente al abuso de menores que, tradicionalmente había sido colocado por nuestros textos punitivos entre las estafas, y que en este momento encuentra una más adecuada integración en el art. 740, y dentro del Capítulo "De la usura" (7).

(5) Art. 447: "El que abusando de la impericia o pasiones de un menor le hiciere otorgar en su perjuicio alguna obligación, descargo o transmisión de derecho por razón de préstamo de dinero, créditos u otra cosa mueble, bien aparezca el préstamo claramente, bien se haya encubierto bajo otra forma, será castigado con las penas de arresto mayor y multa del 10 al 50 por 100 del valor de la obligación que hubiere otorgado el menor".

(6) Art. 553: "El que abusando de la impericia o pasiones de un menor, le hiciere otorgar en su perjuicio alguna obligación, descargo o transmisión de derecho por razón de préstamo de dinero, crédito u otra cosa mueble, bien aparezca el préstamo claramente, bien se halle encubierto bajo otra forma, será castigado con las penas de arresto mayor o multa del 10 al 50 por 100 del valor de la obligación que hubiere otorgado el menor".

(7) Art. 740: "El que abusando de la impericia o pasiones de un menor le hiciere otorgar en su perjuicio alguna obligación, descargo o transmisión de derechos por razón de préstamo de dinero, crédito u otra cosa mueble, bien aparezca el préstamo claramente, bien se halle encubierto bajo otra forma, será castigado con las penas de dos meses y un día a dos años de reclusión y multa del 10 al 50 por 100 del valor de la obligación que hubiera otorgado el menor, sin que sea nunca menor de 1.000 pesetas. Se presumirá que hay abuso de la inexperiencia del menor o incapacitado siempre que el contrato se celebre sin la intervención del padre, de la madre o del tutor. No eximirá de ninguna de las res-

El Código penal de 1932 tipificó la usura en los términos que, sin sustancial mutación, se consagran en el Texto revisado de 1963, suponiendo una simplificación de la sistemática demasiado prolija y, por ello, no siempre clara del Código de 1928. El criterio adoptado por el legislador republicano fue el de sancionar criminalmente tan sólo aquellas conductas usurarias que evidenciaren una mayor peligrosidad del agente y permitiesen hacerle un más intenso juicio de reproche, esto es, aquellas formas "más intolerables" de usura, exigiéndose para la punición que a la realidad de un préstamo usurario se uniese el encubrimiento del mismo, la habitualidad en la dedicación o el abuso de la impericia o pasiones de un menor de edad, figura esta última que encuentra descripción en el art. 534 de aquel Cuerpo legal (8).

En idénticos términos se pronuncia al respecto el art. 544 del Texto refundido de 1944, y en el capítulo que a la configuración de la usura se destina en el Título XIII de su Parte especial (9).

La dilatada trayectoria histórica de la infracción en nuestro ordenamiento jurídico pone de relieve el abolengo que esta forma de usura reviste en nuestra patria. Lo que no obsta, por otro lado, para la escasa aplicación del precepto por nuestros Tribunales (10), estado de cosas que puede predicarse en casi todas las latitudes y sistemas de incriminación de conductas usurarias de toda índole (11), siendo en esta forma delincinencial, y por sus específicas características, muy crecida la "cifra negra".

El contenido del art. 544 aparece sorprendentemente modificado en el Decreto de 28 de marzo de 1963, por el que se aprueba el Texto re-

ponsabilidades expresadas el hecho de que el menor se atribuyere falsamente bienes, derechos o condiciones de edad o de otra clase que puedan influir en su capacidad o responsabilidad".

(8) Art. 534: "Será castigado con la pena de presidio menor en sus grados medio y máximo y multa de 5.000 a 50.000 pesetas el que, abusando de la impericia o pasiones de un menor, le hiciere otorgar en su perjuicio alguna obligación, descargo o transmisión de derechos por razón de préstamo de dinero, crédito u otra cosa mueble, bien aparezca el préstamo claramente, bien se halle encubierto bajo otra forma."

(9) Art. 544: "Será castigado con las penas de presidio menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas el que, abusando de la impericia o pasiones de un menor, le hiciere otorgar en su perjuicio alguna obligación, descargo o transmisión de derechos por razón de préstamo de dinero, crédito u otra cosa mueble, bien aparezca el préstamo claramente, bien se halle encubierto bajo otra forma."

(10) En nuestros repertorios de jurisprudencia tan sólo se menciona la ya lejana sentencia de 24 de octubre de 1895, en la que el Tribunal Supremo conoció de un supuesto de aplicación del precepto que por aquel entonces recogía esta figura del abuso de la impericia o pasiones de un menor.

(11) En nuestra patria, han resultado proféticas las predicciones que respecto de la dificultad de prueba de estas infracciones realizó NÚÑEZ DE CEPEDA (*Comentarios al Código penal de 1932*, La Coruña, 1932, pág. 396), dificultad de aplicación que con respecto al actual sistema francés de punición de la usura ha sido puesta de relieve recientemente por HIRSCH (*Pour servir à une monographie de l'usure*, en *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, abril-junio 1966, pág. 137).

visado del Código penal, regulándose en los siguientes términos: "Será castigado con las penas de presidio menor y multa de 5.000 a 250.000 pesetas el que, abusando de la impericia o pasiones en un menor, hiciere otorgar en su perjuicio alguna obligación, descargo o transmisión de derechos por razón de préstamo de dinero, crédito u otra cosa mueble, bien aparezca el préstamo claramente, bien se halle encubierto bajo otra forma", alteración que supone sustituir la expresión "de un menor" por "en un menor", y, lo que es más importante, omitir el pronombre "le" que antecedió a los términos "hiciere otorgar".

Creemos se trata de una modificación no prevista en la Ley de 23 de diciembre de 1961, que establece las Bases para la revisión y reforma del Código y de otras leyes penales (12). Este texto legal plantea la lógica necesidad de elevación de la cuantía de las multas, con las limitaciones que fija en su base 1.^a, y, apunta modificaciones de índole técnica, que pueden ser de tres clases: *a*) creadoras de nuevas figuras delictivas; *b*) remodeladoras de las existentes; *c*) de carácter sistemático. Incuestionablemente, una variación del tipo del art. 544 en su "nueva redacción" sería encuadrable en el segundo de los apartados mencionados, sin que a ello se haga alusión alguna en la referida Ley de Bases.

Por otro lado, la base 19 establece que "Se procederá a la depuración de antinomias, anacronismos, repeticiones y a la corrección de erratas y de estilo en los artículos que lo exijan." Si la modificación observada en el precepto a que hacemos mención se encuentra justificada en esta base es cuestión que hemos de plantear teniendo en cuenta lo prevenido en el Texto legal que realiza la revisión del Código.

El Decreto de 24 de enero de 1962, por el que se procede a la revisión parcial del Código punitivo, en cumplimiento de lo preceptuado por la Ley de Bases de 1961, y consecuentemente con el silencio que esta guarda al respecto, no hace referencia alguna al art. 544 en su artículo 1, que es precisamente el que determina las modificaciones técnicas del Código.

En el art. 2 del Decreto, y en cumplimiento de la base 1.^a, se modifica exclusivamente la cuantía de la multa establecida en el artículo 544 (13).

Se procede en el art. 5, y como consecuencia del mandato de la base 19, a la depuración de antinomias, anacronismos, repeticiones y correcciones de los artículos del Código que lo exigían, no mencionándose.

(12) La revisión y reforma del Código y de otras leyes penales que determina la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961 "es de más pequeña monta" que la realizada en el año 1944, según se reconoce en su Exposición de motivos, carácter que viene determinado por la situación de espera en que nos encontramos con relación a una reforma total de nuestro sistema punitivo vigente. La modificación se centra fundamentalmente en la doctrina particular de los delitos, con ligeros retoques, no exentos de interés, de la teoría general contenida en el Libro primero del Código.

(13) Pudiendo imponerse ahora desde 5.000 a 250.000 pesetas.

tampoco, el art. 544 en el precepto (14). Quizá hubiere podido encontrarse en la base 19 fundamento para la nueva redacción de la expresión "en un menor" y no "de un menor", aún sin entrar en la discusión de si ello supone una efectiva mejora de estilo en el texto (15), pero la otra modificación observada, esto es, la supresión del pronombre "le", y con ello de la exigencia de actuación por el propio menor en el otorgamiento de la obligación perjudicial, no parece encontrar acomodo en los criterios que informan la tantas veces mencionada base 19, por tener carácter sustantivo y afectar profundamente a la estructura del tipo, pero, aún al margen de que pueda o no hipotizarse el otorgamiento por alguien distinto del menor y con abuso de la impericia o pasiones de éste, es evidente que al no estar prevista legalmente la reforma, es la alteración del texto una anomalía que debe ser subsanada (16).

Como consecuencias negativas de la inadvertencia de lo que parece ser un error de transcripción pueden ser señaladas las siguientes:

1. La circulación de diferentes ediciones del Código penal, texto revisado de 1963, que recogen una diversa redacción del art. 544. Así hay:

- a) Ediciones que transcriben el tipo sin más modificación en su texto que la determinada por la variación de la cuantía de la multa, respetando los términos del Código del año 1944 (17).
- b) Ediciones que recogen la modificación, sin hacer advertencia alguna en el sentido de que ésta se haya producido efectivamente (18).
- c) Ediciones que dan cabida en el texto a parte de la modificación, permaneciendo el resto inalterado (19).

(14) El *B. O. E.* del 5 de marzo de 1963 salva errores sufridos al reproducir el texto del Decreto de 24 de enero del mismo año, no siendo mencionado el tipo de abuso de la impericia o pasiones de un menor.

(15) Con BUENO ARÚS (*La Reforma del Código penal español de 1963, Exposición y anotaciones*, Separata de la *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1964, pág. 57), entendemos por "correcciones de estilo" las "modificaciones introducidas meramente en la redacción de los artículos, cambio de una palabra por otra análoga o más precisa, variación en el género o número de un sustantivo o un pronombre, supresión de pleonasmos, sustitución de una expresión por otra similar, etc.". No hace el mencionado autor referencia alguna a la supuesta modificación del precepto en cuestión, salvo la ya apuntada en la cuantía de la multa.

(16) No habiéndolo sido por el *B. O. E.* de 18 de mayo de 1963, que salva errores sufridos en la reproducción del Decreto de 28 de marzo de 1963.

(17) *Código penal, Texto revisado de 1963*, anotado y concordado por E. CUELLO CALÓN, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1963.

(18) *Código penal, Texto revisado 1963*, Sección de Publicaciones del Ministerio de Justicia, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 1963; *Código penal, Texto revisado 1963*, en *Códigos y Leyes Españolas* "C. Y. L. E.", Editorial Lex, Madrid, 1963; *Código penal, Texto revisado 1963* de DEL ROSAL, COBO, R. MOURULLO y CASTRO, Madrid, 1963; *Código penal, Texto revisado de 1963*, de Editorial Góngora, S. A., Madrid, 1963.

(19) *Código penal, Texto revisado de 1963*, de QUINTANO RIPOLLÉS, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, que sustituye la primitiva expresi-

2. El confusionismo que ello puede producir en la doctrina. En este sentido hay que mencionar cómo LUZÓN CUESTA y ARROYO DE LAS HERAS (20), en su comentario al precepto, entienden que ha sido modificado por el Decreto de 28 de marzo de 1963 que suprime el pronombre "le" que precedía al verbo "hiciera otorgar", destacando como "ello tiene su importancia, puesto que, mientras, de acuerdo con la anterior redacción, se precisaba en todo caso como requisito indispensable, para la existencia de este delito, que el abuso produjera el efecto de hacer otorgar al menor alguna obligación, descargo, etc., cabe ahora la posibilidad de que dicho otorgamiento se efectúe por persona distinta del menor, concurriendo siempre los restantes requisitos para la existencia de este delito, que permanecen inalterados." Recogen asimismo, los citados comentaristas, y como modificación del artículo, la sustitución de la expresión "de un menor" por "en un menor".

Sin embargo, la inmensa mayoría de la doctrina no advierte ni hace referencia a la curiosa modificación, que nosotros ahora denunciábamos. Así, en los manuales de Derecho Penal de más reciente aparición se respeta la redacción del art. 544, recogiendo única y exclusivamente, la modificación en la cuantía de la pena de multa (21), criterio adoptado, asimismo, en alguno de los comentarios que al Código penal se han publicado (22).

Por el contrario, otros comentaristas de la revisión del Código penal transcriben la nueva redacción, aún sin hacer alusión alguna a que ésta se haya producido (23) lo que nos reafirma en la creencia de que se trata de una errata inadvertida que debe ser salvada.

3. Las dudas que respecto de la determinación del texto vigente del precepto pudieren plantearse constituirían, lógicamente, un serio obstáculo en la labor del intérprete.

Como consecuencia de todo lo mencionado, y teniendo en cuenta

sión "de un menor" por "en un menor", manteniendo, sin embargo, el pronombre "le" ante los términos "hiciera otorgar". Quizá ello venga a su vez determinado por una errata propia de la edición, con lo que una adversa fortuna parece ensañarse con el artículo 544.

(20) Cfr. LUZÓN CUESTA, J. M. y ARROYO DE LAS HERAS, A., *El Código penal, Texto revisado 1963*, Editorial Hispano Europea, Barcelona, 1963, página 231.

(21) Cfr.: QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte especial del Derecho penal, III*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965, pág. 301; RODRÍGUEZ DE VESA, J. M., *Derecho penal español, Parte especial*, segunda edición, Valladolid, 1966, pág. 473.

(22) Vid.: QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código penal*, segunda edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, pág. 1027.

(23) Cfr.: DÍAZ VALCÁRCEL, L. M., *La revisión del Código penal y otras Leyes penales*, Ediciones Nauta, Barcelona, 1964, pág. 290, que, sin embargo, y ello es sintomático, en el índice que destina a la relación de artículos afectados por la revisión incluye el 544 entre aquéllos "cuya única modificación estriba en la cuantía de la pena de multa".

que "sólo puede hablarse de interpretación una vez que se conoce y está firme el texto de la ley" (24), resulta evidente la urgente necesidad de que se proceda a subsanar este error (¿de imprenta?) que se ha deslizado en un artículo de tan rancio abolengo en nuestro ordenamiento punitivo como el 544 y cuya "nueva redacción" no está en absoluto prevista en la Ley de Bases de 1961 ni en el Decreto de 24 de enero de 1953, por el que se procede a la revisión parcial del Código, surgiendo inopinadamente en el texto del Decreto de 28 de marzo de 1963 y planteándonos desde entonces la compleja problemática a que sucintamente hemos hecho mención, sin que en la ulterior fe de erratas de 18 de mayo de 1963 se restituya su verdadero texto al artículo, que resultó alterado en el periódico oficial.

Se impone, pues, la corrección del yerro, rectificación que como ha puesto de relieve, y con carácter general, JIMÉNEZ DE ASÚA (25), no será un caso de interpretación auténtica, por que no se tratará de una nueva ley, ni de disposición con eficacia de tal, "sino de la ley misma nuevamente publicada sin errores".

Necesaria corrección de una posible errata de imprenta que no plantea dificultad alguna en su oportuna rectificación, ya que puede ser sanada sin formalidad de ninguna índole, al no ser jurídicamente relevante por carecer de una voluntad legislativa (26); y que razones de utilidad práctica, al mismo tiempo que exigencias de técnica legislativa parecen reclamar imperiosamente para poner fin a la serie de problemas de índole bien diversa, que con relación a la inadvertida modificación del art. 544 pudieren plantearse.

(24) Cfr.: MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, I (traducción del Profesor RODRÍGUEZ MUÑOZ), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 136.

(25) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, II, Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1950, pág. 370.

(26) En este sentido, vid.: MEZGER, E., *Tratado cit.*, pág. cit., y JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado cit.*, pág. 371.

Antonio Quintano Ripollés, Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

Una triste, desgraciada motivación, la muerte prematura de tan inolvidable compañero determina que acuda a la página de este querido ANUARIO para unir esta modesta aportación al número homenaje ofrendado a su memoria. Mucho me honra esta colaboración, emparejada a la de tanta señora, figura de la Cátedra y de la ciencia penal, pero en descargo del desacierto de esta elección en mi favor que pudiera imputarse a la Dirección es obligación hacer constar que, por mi parte, con paliativos escasos, hubo insinuaciones y sugerencias amablemente atendidas.

La actuación de Antonio Quintano en la Sala Segunda del Tribunal Supremo puede ser considerada en dos vertientes: una amplísima, de horizontes dilatados, se referiría a la aportación doctrinal realizada por Quintano al Derecho Penal por el vehículo de sus sentencias de Sala. Otra, que sin aludir al fondo de esa monumental obra, atiende más al autor de ella, revestido de su honrosa toga de Magistrado del más Alto Tribunal de Justicia de la Nación.

Me inclino por este aspecto, pues el otro, por el que quedamos en deuda con Quintano, no puede realizarse si no es por la publicación de una selección de sentencias dictadas bajo su ponencia, debidamente elegidas, las que por sí solas, sin más comentario ni adjetivación elogiosa, resaltarían la valiosa labor realizada. No propugno la publicación de toda la colección de sentencias de Quintano, por cuanto en la Sala Segunda —y esto no es revelar ninguna materia sujeta a reserva— el Magistrado se ve agobiado por una pesada ganga de casos sin relevancia científico-penal, repetidos, monótonos, si se les valora desde ese punto de vista, pero, en otro aspecto, el primordial de administrar justicia, tan dignos de la atención, el celo acucioso y el estudio que se les dedica. Y aquí salta, de pasada, el primer elogio que he de verter en memoria de Quintano. Estas sentencias, como las otras aludidas, no recibieron de él un trato diferenciable. El estudio y la preocupación de acierto siempre fueron uniformes y todavía le recuerdo, en sus características humanas,

atento a meros detalles de circulación viaria con el mismo calor e interés que si se enfrentara con el más alquitarado problema de técnica científica.

Ya circunscritos al concreto campo a que hemos de dedicar este recuerdo, pensemos en Quintano, advenido a la Sala Segunda del Tribunal Supremo con personalidad ya destacada en las direcciones más variadas. Científico de altura, investigador original en la ciencia penal, con fama que había sobrepasado las áreas nacionales, para sonar en las universidades. Filósofo, humanista, con sus ribetes de curiosidad teológica. Ambientado en Tribunales Internacionales, políglota y fino oteador de literaturas y culturas y miembro distinguido del Ministerio Fiscal Español, veterano en sus tareas y en la absorción de su espíritu. Todos estos aspectos de polifacetismo quintaniano los traspasa a quienes con más autoridad los han de enjuiciar. Yo sólo recojo, como Quintano, sin antesalas, sin vestíbulos de preparación o adiestramiento ingresó en la Magistratura y por las angosturas de la casación penal donde aún los que de sentenciar y juzgar hemos hecho profesión y empleo de vida, nos hallamos temerosos y vacilantes.

Tenemos, pues, a Quintano ya Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Me he de permitir, antes de referirme a la actuación del neófito en la Sala, el que por preciso y útil, en mi empeño, intente perfilar, no como estudio, sino como fruto de directas consideraciones, lo que creo que significa una Sala de Justicia de este Supremo Tribunal.

No se desvela nada nuevo si se consigna que tales Salas en su vida interna y externa tienen propia, diría tangible y corpórea realidad, no ya distinta, sino absorbente y casi anulatoria de las personas que accidentalmente las integran.

Si el Consejo de Castilla tuvo personalidad acusadísima, de ella goza su parcial sucesor, el Tribunal Supremo, desde 1812. También las Cámaras de aquél y las Salas de éste, tienen espíritu, transcendente finalidad, historia y futuro y una misión jurídica, social y nacional que las dan contenido. Estas Salas son partícipes en el poder soberano, de cuya investidura se muestran celosas, y su autoridad emana de ellas mismas, por ello jamás han buscado refrendos de otra autoridad para sus decisiones ni para apoyo de su voluntad e inteligencia. Tienen, las Salas, su modo de obrar, su cortesía y sus reglas de gobierno, unas rigurosamente guardadas, por mandato de su vetusta Ley Orgánica, "del Poder Judicial", otras por recepción de usos y sabias maneras antes observados por el Consejo —hoy todavía perviventes en el Palacio del Pretit de Consejos—. Tienen, también su lenguaje, muy parco en la admisión de tecnicismos y extranjerismos, solemne y rotundo como la Sala misma, que tras el arcaico encuadramiento de Resultando y Considerandos, hace perdurar modismos y cláusulas de estilo entroncadas en la prosa del Consejo, o en aquel admirable lenguaje de los legisladores de nuestros Códigos básicos que deslíen los más abstractos y especializados conceptos de derecho en el hablar co-

mún, y son técnicos, sin tecnicismos, precisos, rigurosos y de una elegante sencillez.

La Sala es tradicional, pero móvil y en constante evolución jurídica y doctrinal, sensible a todo movimiento social, económico, religioso o político, aún cuando esto parezca paradójico, su evolución no es la de sus magistrados, advenidos a su seno en madureces poco propicias al cambio, sino por absorción continua del espíritu de los mismos, de el que se alimenta y nutre, pero en función regulada por la Sala misma.

La Sala no deposita su espíritu en sus colecciones de fallos custodiadas en sus archivos. Estas serán su verbo, históricamente manifestado, el testimonio perdurable de cómo se ha ido elaborando la doctrina y de cómo, en cada caso, se resolvió en justicia el hecho, situación o conducta sometidos a decisión. Pero no se agota el espíritu de la Sala en este historial del pasado, sino que en actividad incesante ha de avanzar, y dentro de el respeto a las leyes y a su propia tradición tiene la Sala que aplicar vitalmente el derecho escrito y suplirle, con criterios de doctrina, cuando la ley sea insuficiente o adolezca de oscuridad. Sólo a los Tribunales se otorga e impone esta elevadísima función.

Concluyo la larga digresión, nacida de afecciones muy caras, y al volver al hilo del tema pondero como Quintano sacrificó en holocausto valiosísimo, sus ya aludidas y brillantes personalidades, su sistemática, modalidades y modo de operar en cada una para en el Tribunal Supremo ser un magistrado de encuadramiento perfecto. Si se ha definido a la inteligencia como la facultad de la rápida adaptación al medio no cabe duda que nuestro compañero, en premura y perfección de amoldamiento, demostró poseer un tesoro de inteligencia.

Y no se entienda lo que queda recogido como expresión teórica de algo meramente especulativo, ya que el tratadista, científicamente comprometido por haber vertido su pensamiento en obras publicadas y que actúa en la Magistratura se le suele presentar una embarazosa opción en lo consecuente. No le faltó a Quintano esta prueba, o éramos los compañeros los que en los prolijos debates de Sala alegábamos teorías del penalista compañero, o acontecía que abundantes veces los letrados acudían al rico manantial de las obras de Quintano en uso de sus puras aguas para mover honestamente el molino de sus tesis. Siempre supo Quintano dejar absolutamente libre el tronco de la Sala de las yedras que pudieran venir adheridas a su persona. Su modestia simpática y su también simpático humor solían zanzar todo peligro de personalización con un gesto que quitase importancia a investigaciones muy caras o con una ligera alusión, que alguna vez le oí, sobre "las malas compañías".

Como recuerdos íntimos mencionaré que trabajaba Quintano realmente en la misma Sala, a la que dedicaba las mañanas enteras, sin que en su labor se notara una merma de atención, o de espacio, por el acuciamiento de unos ejercicios de oposición, el laborar en un libro o en una monografía, en una investigación que le embargara. Estudiaba

minuciosamente sus ponencias en “instrucción” y elaboraba entonces unas notas repletas de atento examen y de saber penal que apenaba verlas rotas cuanto terminaba su utilidad, para dar paso a la sentencia. Y no se crea que el modo de trabajo implicase riesgo de atrincheramiento en el criterio pues sus compañeros le hemos visto pendiente de los informes, abierto a su sentido, rectificando gustoso, y con prodigalidad en el elogio, cuando el letrado acertaba a mostrar como mejor la solución que propugnaba.

En la discusión rehuía todo tono dogmático, y cuando, por el noble calor de la exposición se elevaba involuntariamente y se daba cuenta de que los compañeros callábamos en escucha de lo que pugiéramos calificar de magistral, entonces descendía rápidamente y se enfrascaba en el acto tan suyo de llenar la pipa, con un ademán como de pedir perdón por haberse permitido dejar libre el torrente de sus conocimientos y sabias opiniones. Por el contrario, también todos le recordamos anotando el dicho ajeno, que estimaba digno de recogerla, el trozo de una sentencia, copiándolo en un cuadernito, o en un pequeño papel, para incluirlo luego como cita en sus tratados. Esta operación se la hemos visto hacer tantas veces mientras oía la lectura de las sentencias ajenas, en ese duro trance para el magistrado de someter sus todavía borradores, a la audiencia colectiva en Sala, de esa Sala que lo llena todo de autoridad.

Del Quintano irónico en juicios cuando criticaba en sus libros preceptos legales u opiniones doctrinales, nada quedaba en Sala, ni nadie, que repasase su obra jurisprudencial hallará algo que no esté en el tono de la más perfecta ortodoxia habitual. Este mismo respeto lo sintió siempre por la doctrina de la Sala. Le hemos visto —íbamos a decir perder— “ganar” diremos mañanas enteras en la búsqueda de una sentencia imperfectamente citada, o de un precedente remoto, o aislado, mal recogido en los repertorios, para no avanzar en el estudio de la cuestión sin este antecedente.

Cierto que Quintano, ni ninguno de sus compañeros estamos atados con ligaduras inquebrantables a ese precedente, a ese cuerpo de doctrina nacido de la propia Sala. La ponderación y ecuación entre lo hecho ya y lo que habrá que renovar es la ocasión de prueba del magistrado, en el círculo íntimo de Sala. Aquí Quintano mostró su compenetración absoluta con su función de magistrado. Primero advertía el valor que adquirirían las renovadoras corrientes, hacía a los compañeros partícipes de sus inquietudes, luego insistía, cuando la ocasión era llegada, con delicadeza de quirófano, proponía la matización de conceptos, la evolución de doctrina. Jamás temió afrontar lo nuevo, pero no proponía tampoco la renovación sin la más rigurosa ponderación de valores, estudio de consecuencias y auscultación atenta del sentir de ciencia y de Sala, sobre todo.

Sería ofender su memoria elogiar cuan justo e independiente fue, no se puede ser de otra manera bajo la veste de la toga. Pero será permitido levantar un tanto el velo para decir todo lo hondo que en

su espíritu latía lo humano, lo misericordioso. El, como todos, sentía el dolor que implica el ser impositores del castigo. También a esta difícil prueba supo sobreponerse.

Señalaba antes, y al recordarlo termino, esta deslavazada semblanza, cuan notorio y valioso fue lo que Quintano ofreció al espíritu de la Sala. Pues bien, el fruto no resultó desproporcionado al valor de la ofrenda, y así estoy seguro de ello, si la Sala pudiera hablar proclamaría, nada más y nada menos, que Antonio Quintano fue un magistrado digno de ella.

El señor nos le llevó, prematuramente, según pobres y dolidos criterios humanos, pero también le habrá llenado con la visión directa de la Faz Soberana de la Suprema y Absoluta Justicia.

EL PROFESOR SALDAÑA, FIGURA DE LA CIENCIA PENAL

Por el PROF. DR. JAIME MASAVEU
De la Universidad de Madrid,
el Instituto de Criminología y la Escuela de Estudios Penitenciarios

OFRECIMIENTO

Con nuestro Antonio Quintano, perdido hoy sin esperanza de re-encuentro, más de una vez evocamos, admirándolas, la personalidad y la obra de aquel gran jurista español que fue Quintiliano Saldaña. A ambos me vinculó su calidad de maestros y la muy entrañable de amigos. Pienso ahora que puedo verlos marchar juntos por los senderos del recuerdo. Y no otra cosa me propongo, haciendo de su ausencia, presencia los puntos de la pluma.

J. M.

SUMARIO: I. Ambientación distante.—II. Precedentes inmediatos.—III. El hombre y su medio.—IV. Estudios.—V. Vocación: La Cátedra.—VI. Formación doctrinal.—VII. Conferencias, colaboraciones, congresos.—VIII. Publicaciones.—IX. El Pragmatismo.—X. Eco y fin del maestro.

I

AMBIENTACIÓN DISTANTE

Puede decirse, sin asomos de heterodoxia, que España ha sido cuna del Derecho penal científico con Alfonso de CASTRO (1495-1558) (1). En verdad, el Marqués de BECCARIA (1738-1794) cobra premio otorgado

(1) Han transcurrido más de cuatro décadas desde que, pergeñando nuestra tesis doctoral, escribíamos: "Bien puede considerarse al sabio monje zamorano Alfonso de Castro como el primero que sistematizó en forma científica los principios penales dispersos por varios tratados". (Vid. —abrevio la cita— mi *Historia de las ideas penales en nuestra patria*, pág. 13). Y fue HINOJOSA (1852-1919) quien inicialmente otorga al insigne franciscano el título de "fundador de la Ciencia del Derecho Penal". (*Influencia que tuvieron en el derecho público de su patria y singularmente en el Derecho penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo*, pág. 176, Madrid, 1890.)

por la suerte, que una doble coyuntura política y filosófica —mediaba el año 1764— favoreció el impacto de su libro, su pequeño-gran libro (2). En ningún momento desmintió España la subrayada alcurnia. Así, desde el vértice que divide por mitad al siglo XVI, con la obra *De potestate legis poenalis*, hasta el ocaso de la décimotava centuria, cuando D. Manuel de LARDIZÁBAL (¿1750?-1820) (3) da a luz el conocido *Discurso sobre las penas contraídas a las leyes criminales de España para facilitar su reforma* (4) corre una vertebración informante del pensamiento penal patrio. Y si bien cierto sea que en el período secular de las luces comenzó ésta a desdibujarse, debilitándose el imperio de lo teológico, conserva todavía la hispánica raigambre de precedencia y una indudable concatenación de principios.

Sólo tiempo adelante, al regresar SANZ DEL RÍO (1814-1869) de su viaje de estudios a la Universidad de Heidelberg (1845) y, sobre todo,

(2) "... en esa categoría de libros sonados y eficaces —no de obras maestras— se inscribe su Tratado *De los delitos y de las penas*", dijo con su acostumbrada clarividencia nuestro biografiado, en el *Prólogo*, bello y erudito, a una de las últimas ediciones castellanas del volumen beccariano (Madrid, 1930).

(3) Mucho se ignora y bastante se duda de este célebre jurisconsulto, estando aún por precisar el año de su entrada en la vida. (Me remito a las págs. 151-153 de nuestra *Contribución al estudio de la Escuela penal española*. El que fue ilustre abogado criminalista, Gerardo DOVAL (1863-1940), la fija en 1844 (vid. su biografía, *Manuel de Lardizábal y Uribe*, en "Jurisconsultos españoles", III, pág. 85, Madrid, MCMXIV), fecha aceptada por los Profs. ANTÓN ONECA (nacido 1897) y RODRÍGUEZ MUÑOZ (1899-1955) (*Derecho Penal*, tomo I, pág. 33; Madrid, 1949). Indudable es, sin embargo, que no hubo acuerdo entre quienes sobre Lardizábal han escrito. SALDAÑA omite el año de nacimiento, y no el de óbito, en sus *Adiciones* a la edición española del *Tratado de Derecho Penal* de VON LISZT (tomo I, págs. 317 y 366, Madrid, 1914); lo que rectifica después, dando por buena la fecha de 1744 (*Prólogo* a que se alude en la nota 2), para volver a su inhibición, pero ahora expresándola; "De Méjico, donde nace en fecha no segura, llega a España Lardizábal..." (*Criminalia*, 1937, núm. 8, página 390, México). Igual criterio de prudencia adoptó el Profesor mejicano HIGINIO VÁZQUEZ SANTA ANA (pág. 391 de la citada revista y año), que habla indeterminadamente de mediados del siglo XVIII; y su compatriota, Prof. LUIS GARRIDO, se concreta a 1714 (*Criminalia*, 1947, núm. 9, pág. 356), lo que es errata notoria, pues hubiera alcanzado así nuestro Lardizábal la increíble edad de ciento seis años. Volviendo a España, BERNALDO DE QUIRÓS (1873-1959) (*Criminalia*, 1948, núm. 1, pág. 23), puntualiza: "al finalizar el año 1739". Le siguen, sin titubeos, QUINTANO RIPOLLÉS (1905-1966) (*Compendio de Derecho Penal*, vol. I, pág. 57; Madrid, 1958) y JIMÉNEZ DE ASÚA (n. 1889) (*Tratado de Derecho Penal*, tomo I, pág. 801, Buenos Aires, 1956), que antes había silenciado la data de nacimiento (*El criminalista*, tomo IV, págs. 36 y 37) y ahora reivindica para nuestro país la gloria de su nacionalidad: "Es obvio que nació en México, y que realizó sus primeros estudios en Tlaxcala, pero no es menos cierto que entonces ese gran país pertenecía a España. Y lo que importa: es incuestionable la formación radicalmente española del insigne personaje, así como que vivió y sirvió sus altos cargos en España." (Págs. 801-802 de su *Tratado*). Ultimamente, en su documentada monografía *Lardizábal, un penalista ilustrado*, se extiende el Dr. Manuel de RIVACOBA en la confusa cuestión del dato cronológico y otras de su biografía, recogiendo numerosas opiniones (págs. 16 y sigs., Santa Fe, 1964).

(4) La primera edición data de 1782 y suma 293 págs. (Madrid, por Don Joaquín Ibarra.)

al verse ya ocupando la cátedra de Historia de la Filosofía en la Universidad Central (1854), se bosqueja y va tomando insospechado auge el movimiento krausista que escindiré en dos bandos a los intelectuales españoles, con rebote en múltiples dominios del mundo de la cultura y de la existencia. A ello contribuye en gran medida el intérprete y divulgador de Röder (1806-1879), FRANCISCO GINER DE LOS RÍOS (1839-1915) (4 bis). El fue cabeza visible y operante del krausismo, y él quien, con la *Institución libre de Enseñanza* —a partir de 1876—, brinda acogimiento y espiritual archivo a aquella herencia e inicia el “proceso de la europeización de España”, frente al que hubo de alzarse el de su *españolización*, impulsado y sostenido por un titán de las letras que se llamó MENÉNDEZ Y PELAYO (1856-1912).

Tratadistas y universitarios, seguidores del tradicionalismo penal, pronto se entregaron al generoso empuje y a las perspectivas utópicas de la flamante doctrina, dejándose en buena parte convencer por ella (5). Mas sucedió que habiendo enderezado su formación filosófica SANZ DEL RÍO al lado y por obra de un filósofo-penalista, pues no otra cosa era Carlos David Augusto RÖDER y acusada la raíz de sus enseñanzas en tan impresionable discípulo, el concepto röderiano de la pena vino a cobrar modalidades de adaptación típica, nacionalizándose al ser incorporado a nuestra temperamental idiosincracia. Y, a través de doctrina correccional con marchamo de tutela, irradia éste —sin conciencia exacta de su misión precursora— sobre la personalidad del delincuente, harto abandonada por los juristas de estirpe clásica en un exceso de puritano dogmatismo muy propio del ambiente que sobre su labor pesaba.

Convertida quedó España, cabe afirmarlo, en único feudo europeo del krausismo (6), principiando entonces la que pudiéramos llamar se-

(4 bis) Escasa o nulamente se le recordó en el todavía no lejano cincuentenario de su muerte.

(5) Hasta qué punto fue así lo prueba el Proyecto Salmerón (1838-1908) de *Código Penal*, de 16-VIII-1873, con pauta claramente correccionalista, como inspirado en el informe que se solicitara a Röder sobre la *Reforma del Sistema Penitenciario español*. Y más se significa aún en este aspecto el *Proyecto de Constitución federal*, presentado a las Cortes el 17 de julio de 1873 —obra del soñador Pi y Margall (1824-1901)—, en el que se reconoce al culpable de un delito cierta curiosa y humorística prerrogativa, de la que ciertamente éste no imaginaria hacer uso: *su derecho a la pena*. He aquí el fidedigno texto: “Toda persona encuentra asegurado el derecho, en caso de caer en culpa o delito, a la corrección y a la purificación por medio de la pena”. Desde su cátedra de Heidelberg, el patriarca sonreiría, entre halagado e incrédulo.

(6) No otra cosa podría afirmarse, porque en Europa, sin excepción de la misma Alemania, tuvieron escaso favor esas teorías que pese a los esfuerzos del filósofo AHRENS (1808-1874), pronto cayeron en olvido. Y aunque se intentó resucitarlas, a fines del siglo pasado y amaneceres del presente, por un grupo de fieles adeptos, hasta llegar a una nueva edición de sus obras, bajo la guía de Pablo HOHLFELD y Augusto WÜNSCHE, a la que se agregaron algunos escritos inéditos —entre ellos la correspondencia del maestro (*Krause Briefwechsel*, 1905)— el éxito fue mínimo y de corta duración. A este respecto se manifiesta despectivamente el apasionado canónigo Dr. D. Cesáreo RODRÍGUEZ Y GARÍA-LOREDO, al escribir que “apenas tuvo vigencia alguna el krausismo en

gunda época, o época romántica, en el Derecho penal español (7), de la que debe exhumarse, como último paladín, al Profesor Pedro DORADO MONTERO (1861-1919), y, con anterioridad de casi medio siglo, en la Ciencia penitenciaria, a Concepción ARENAL (1820-1893). Sin importar, para esta apreciación, que el maestro salmantino hubiese respirado en Italia aire positivista de la Escuela antropológica; la que él en vano intentó acordar con el correccionalismo, exhibiendo en el balancín de sus trágicas vacilaciones —según frase lapidaria de SALDAÑA (1878-1928)— “un alma filosófica idealista y un cuerpo positivista científico” (8).

II

PRECEDENTES INMEDIATOS

El vendaval lombrosiano de fines del ochocientos había soplado fuerte por estas latitudes, aunque sin continuidad de acción, discurriendo así con infecunda huella —errónea, a veces, acertada, otras— entre nuestros criminólogos. Pronto una diversa flora de doble clima italo-germánico va a crecer y desarrollarse gallardamente en las páginas de los libros y en las lecciones universitarias, dando origen a nuevas direcciones. Tal es la teoría de la *defensa social* —postulada, como abanderado de los positivistas, por aquel genio de luminosas concepciones que fue ENRICO FERRI (1856-1929)—, hoy en trance de renovación, con rótulo de *humanista*, merced a Filippo GRAMATICA, Marc ANCEL, Jean GRAVEN y otros seguidores. Vino luego el eclecticismo de la *Terza scuola* y *Positivismo crítico* —ALIMENA (1861-1915), CARNEVALE (1861-1941), etc.— y es remate la nominada *Política criminal*, con fuerte impronta sociológica y defensista. Por cuanto, de preferencia, a esta última se refiere, el trasplante lo efectúa con mano hábil un buen

Alemania; y, desde luego, cuando SANZ DEL RÍO lo importó a España se consideraba allí como un cadáver sepulto y putrefacto” (*El “esfuerzo medular” del krausismo frente a la obra gigante de Menéndez Pelayo*, pág. 28, Oviedo, 1961). En definitiva, debe reconocerse que el oleaje krausista había hecho y continúa haciendo zozobrar la serenidad de los espíritus, pues tampoco fue justo el Padre Jerónimo MONTES (1865-1932) cuando deja caer de su pluma estas palabras: “La filosofía krausista pasó por aquí causando estragos en las inteligencias, y en pos de ella el correccionalismo penal”; añadiendo que “el correccionalismo ha sido en España el alimento intelectual de varias generaciones de estudiantes de derecho. Esta desgracia bastaría por sí sola —termina— para explicar nuestra penuria científica del último medio siglo, así en Filosofía como en las Ciencias jurídico-penales” (*Derecho Penal español*, vol. I, pág. 124, Madrid, 1917. Hay 2.ª ed. de 1929). Y en nuestros días, M. SANTAELLA, al referirse a KRAUSE (1781-1832), le llama “oscuro y absurdo maestro”, y a su doctrina la moteja de “feroz galimatías metafísico” (*Ya del 25-1-1963*).

(7) Puede verse la conferencia que pronunciamos en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (27-III-1950) con el título de *Eco de la ideología romántica en el estudio del hombre delincuente*, impresa el mismo año en la ciudad de México.

(8) Vid. *Mentalidades españolas*. II. *Dorado Montero* (Madrid, 1920).

botánico del jardín del Derecho: Quintiliano SALDAÑA (9). Al regresar, en 1910, de los Cursos que en la Universidad berlinesa explicaba Franz von LISZT (1851-1919), reconocido como uno de los grandes penalistas europeos, trae en sus maletas el bagaje de unas novedades que van a encontrar inusitada aceptación (9 bis). Nace así un *tercer período* ideológico en la Ciencia penal española, el que, al conjugarse con los valiosos restos del naufragio positivista, toma un vago tinte de realista eclecticismo con ribetes neoclásicos. Quede también registrada la debilidad de algunos de nuestros teóricos por la no pocas veces abstrusa dogmática de los tratadistas alemanes.

El mismo SALDAÑA, en trance de evolución, puso pragmática levadura para fermento de aquellas doctrinas. No llegó a ganar completa plenitud el esfuerzo, sin que por eso pueda tachársele de baldío, que fue rico en aportaciones eficaces con resonancia fuera de nuestro país.

Hecha memoria de estos precedentes, entroncados con las fases por que iba pasando nuestra orientación jurídico-penal, es llegado el momento de trazar, siquiera sea en cortas palabras, los perfiles de uno de sus modernos artifices: el que da título al presente estudio.

III

EL HOMBRE Y SU MEDIO

En la inmensa planicie de Castilla y a la sombra de un castillo en ruínas, que de Saldaña lleva el nombre —donde doña Urraca (1077-1126) dijo adiós a la vida y Alfonso VII (1104-1157) celebrara, dos años después, nupcias reales—, nace (13-IV-1878) nuestro biógrafo: allí, en el centro y meollo de la región palentina. Por el norte y por el sur tocan los límites de su partido con otros de sonoros nombres: Cervera del Pisuerga, Carrión de los Condes; por el este y por el oeste, las leales e históricas tierras de Burgos y León se le juntan.

Llanuras y castillos forjaron en el hombre amor a la naturaleza y austeridad religiosa; una visión amplia y realista para el enfoque de los problemas; aquel su patriotismo entero, casi rudo, ausente de sensiblerías, y el engarce de las cuestiones y los problemas con el péndulo histórico, que tanto vale como fijarlos no en lo transitorio de fugaces circunstancias, antes bien, frente a la eternidad del tiempo.

Ya desde niño vibra con los goces y los padecimientos de la tierra y en sus arideces arrodilla el alma. No de otro modo la sintieron nuestros místicos, de los que Castilla fue plantel; pero, a diferencia de ellos, inmersos en el *estatismo contemplativo del gran páramo*, era

(9) Escribe el que fue Magistrado de nuestro supremo Tribunal, Profesor Federico CASTEJÓN (n. 1888): "De la defensa social, obra ajena introducida por Saldaña en nuestro país..." (Prólogo a *La obra científica del Profesor Saldaña*, pág. 5, Madrid, 1934).

(9 bis) Vid., más adelante, cap. V.

dinámica la comprensión en que fundió SALDAÑA sus anchurosos términos (10).

Un contraste jalona la cronología inicial de su espíritu. Casi ciego, antes de cumplir los seis años, vese apartado de dos nacientes aficiones: el dibujo y los libros. Entretanto, métodos de viva voz y fondo realista cuidan de la relativa grabación en el plasma de las representaciones. Y la imaginación —era inevitable— hubo de suplir, amparada en el parvo recuerdo, lo que a la integridad visual estaba reservado. De este modo, imperfecto y desigual, iba creciendo su ánimo. Un día, ya restablecido, la lectura y el paisaje lo absorberán por completo. He ahí un buen binomio formativo.

IV

ESTUDIOS

Los estudios del bachillerato (1887-1892) fueron cursados por SALDAÑA en el Instituto de la capital leonesa, donde a la sazón residía su familia. Por unas y otras razones, toma los derroteros del Derecho, pese a su confesada inclinación hacia las Ciencias físicas, y se matricula en la Universidad de Oviedo (11). Pasa luego a la de Valladolid (1893-1897), hasta alcanzar tempranamente —antes de cumplir los veinte años— (18-I-1898) el grado de la Licenciatura.

Aún no se habían revelado en el estudiante su inteligencia poderosa y la honda capacidad de disciplina mental que sólo trasciende al hacer su Doctorado (1901) (12). Por aquella época gira en la órbita del catedrático de Filosofía del Derecho, Francisco GINER DE LOS RÍOS (12 bis), de quien, firme en su independencia de credo científico, hubo de apartarse, sin que tal actitud interrumpiera la continuidad de una probada admiración por el maestro.

V

VOCACIÓN: LA CÁTEDRA

Tras los estudios doctorales, va adquiriendo consistencia y formato en su voluntad un deseo, oculto hasta entonces en las intimidades de lo

(10) En *El momento de España* (libro publicado en 1929), todo el capítulo I del segundo ensayo, *Las Regiones*, es un bello canto de amor a Castilla.

(11) Según las notas autobiográficas recogidas por el hoy catedrático de Madrid, José ANTÓN, con el título de *El Profesor Saldaña*, la sinceridad de éste se expresa así, al recordar el primero y único suspenso que mancha su hoja académica: "Aquel día (era yo un niño) lloré; hoy, al recordarlo, no puedo contener la risa" (*Revista Filosofía y Letras*, octubre 1916).

(12) Ese paréntesis de tres años durante los que —con angustia para sus elevados afanes de saber—, estuvo apartado de las aulas universitarias, fue debido, de nuevo, a la enfermedad de la vista, por el excesivo esfuerzo ante los libros.

(12 bis) Vid., anteriormente, cap. I.

subconsciente: el de consagrarse a la enseñanza universitaria (13). En efecto, su vida, por entero, se hallará ligada a ella. A esos fines, sigue las enseñanzas del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid (1901), que dirige el sumo penitenciario Rafael SALILLAS (1854-1923), y los Cursos y Trabajos del Laboratorio de Psicología experimental (1902-1904), tutelados por el Dr. SIMARRO (1851-1921), preparando simultáneamente su tesis doctoral, leída el 23 de febrero de 1905 con este incitante y prometedor título: *¿Qué es la pena?* Apunta en ella el pensador original, de sugestivos modos en la sistemática expositiva y en la novedad de las ideas.

Su anhelo se realiza al obtener la plena docencia en Derecho penal para la Universidad compostelana (1908), donde en estancia fugaz supo dejar estela de su magisterio. En virtud de concurso adviene a la de Sevilla (1909), y apenas tostado por el sol andaluz, va a escuchar en Berlín —con beca estatal— la docta palabra del Profesor von LISZT, cuyas doctrinas importaría a España, aun cuando después concibiese nuevas formas penales que gradualmente iría estructurando (13 bis). Asiste a los Cursos del Instituto Solvay, de Bruselas (1910), del Laboratorio de Psicología en la Universidad de Lovaina (1910) y del Museo Social de París (1911); es oyente en las Universidades de Ginebra, Londres y Oxford (1911), y al andar de los años, con nombre ya bien conocido, no se desdeña en frecuentar las de Lisboa (1916) y París (1920). En suma, hace y continuará haciendo lema del estudio.

La primavera de 1911 marca uno de los jalones más firmes para la decisiva meta de sus actividades profesionales, cuando discute la cátedra de Estudios Superiores de Derecho penal y Antropología criminal, del Doctorado de Derecho, en oposiciones que se precipitan al amparo de una sola semana —calificada por alguien de “semana trágica”—, logrando el joven investigador rotundo éxito.

Pero SALDAÑA está lejos de ser un pedante coleccionista de vanidades. Es, sí, un verdadero sabio, no circunscrito a sestar en la zona templada de ninguna Capua docente. Y la sorpresa se produjo en el Ateneo: que, pasado un día de haber reñido y ganado la batalla de la oposición, pudo verse a igual hora y en el consueto pupitre al estudiante ascendido a maestro, con nota ya de trabajador infatigable en la labra de su obra científica.

Comienzan a caer sobre el catedrático de la Central los honores, también el peso, de continuados nombramientos para el pedagógico ejercicio de su vocación ya consumada: Profesor del Instituto Español

(13) Sobre la fértil puesta en marcha de esta vocación, comenta uno de los más completos biógrafos, Edmundo GONZÁLEZ-BLANCO (1879-1938): “Universitario le llamé, y lo es, en efecto, tan íntimamente y por modo tan acendrado, que apenas se concibe la grandeza de su figura fuera del ambiente de las Universidades; y la gloria de estas instituciones y su gloria de publicista se confunden en un mismo pensamiento... El Profesor Saldaña es, sin duda, uno de los timbres más gloriosos de la Universidad y del saber”. (*El Profesor Saldaña y sus ideas sociológicas*, pág. 6, Madrid, 1921.)

(13 bis) Vid., anteriormente, cap. II.

Criminológico (1913), de la Escuela de Criminología (1918) —en la que asimismo se le confiaría la dirección (1935)—, de la Academia de Derecho Internacional de La Haya (1925), fundador y director del Laboratorio de Criminología de la Universidad de Madrid (1933), y otros que sigílamos, pues fuera larga en demasía la relación de sus títulos académicos-docentes, y ni siquiera la de los estrictamente científicos se consigna (14). Mas, por cuanto a España honró, parece inexcusable recordar aquí que fue (1924) fundador y Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho penal (15) y Doctor “honoris causa” de la Universidad de Lyon (1926), pudiendo aseverarse que toda entidad de algún modo relacionada con las Ciencias jurídico-penales y criminológicas —en España y fuera de España— le contó entre sus Miembros, habiéndosele recibido entre nosotros como Académico honorario en la Nacional de Jurisprudencia y Legislación, sin que aún de la madurez hubiese trillado los senderos (1919).

VI

FORMACIÓN DOCTRINAL

Después de apreciar en Saldaña una doble y en apariencia contradictoria aptitud, a saber, para lo *concreto* (en la vida, soluciones ajustadas a su control; en la ciencia, metodología pragmática), y en función de lo *abstracto* (visión amplia y prolongada de los problemas, que atravesando planos heterogéneos fraguó en teorías originales), puntualizamos, cara a su formación doctrinal, cierta involución ilógica: primero aparece el criminalista; le sigue su personalidad como jurista y filósofo del Derecho. Esta despunta con sello imborrable, sin dar sombra a aquélla. Entre las dos sembraduras germinó la semilla que engendra al biólogo; mucho antes se había aguzado el escritor. Son sus obras las que *fotografían* ese espiritual recorrido. El *retrato* de su conversación —que era forma de ameno magisterio— habría constituido además testimonio suficiente.

Por eso sucedió que antes de hallarse fecundada la totalidad de un *pragmatismo jurídico*, aflorase —quizá por deformación profesio-

(14) El lector que apetezca información más amplia o precisa sobre estos extremos y actividades análogas del Profesor Saldaña (cursos explicados, colaboración y dirección en revistas científicas, participación en congresos, etc.), puede hallarla en nuestra obra *Nueva dirección española en Filosofía del Derecho Penal*, pág. 80 y sigs. (Madrid, 1942).

(15) Al quedar formada la *Asociación*, pronunció el Decano de la Facultad de Derecho de París, H. BERTHELEMY (1857-1943) las siguientes palabras: “Sus numerosos trabajos y la reputación de sus enseñanzas franquean los Pirineos y el Océano Atlántico... Con la autoridad que le concede su nombre, el Prof. Saldaña se encontró bien colocado para provocar, bajo una forma nueva, la resurrección de la *Unión Internacional de Derecho Penal*” (*Discurso pronunciado el 28 de marzo de 1924*).

nal del causante— la aplicación del método pragmático al Derecho penal.

Sobre su extensa formación antropológica, sociológica y jurídica, complementos de filosófica cultura y gala literaria encuadraron en la personalidad de SALDAÑA un conjunto de polígrafo. De él ha dicho el Dr. ALONSO CASTAÑEDA que “es una cumbre de las letras y las ciencias contemporáneas, jurista eminentísimo, filósofo profundo, sociólogo ilustre, literato brillantísimo, periodista fecundo y conferenciante docto y elocuentísimo... Revela las dotes más excepcionales de un talento y una cultura privilegiada e insuperable, como propia y privativa de un espíritu superior, de un psicólogo profundo y sabio” (16).

Y la ponderada pluma del Presidente de nuestro Tribunal Supremo, el Profesor CASTÁN (n. 1889), rubrica este significativo elogio: “Sigo —¿cómo no? la intensa, extensa y notabilísima labor científica del querido maestro, y me enorgullezco de que la cultura patria cuente con un investigador y expositor de tan finas y excepcionales dotes. La especialización, característica de nuestra época, a cambio de sus grandes ventajas, ha traído visiones tan reducidas e incompletas de todas las cosas, y de las jurídicas entre ellas, que es providencial surja de vez en cuando algún polígrafo que pueda realizar intentos de reconstrucción y síntesis, máxime si ese polígrafo tiene la sólida cimentación de Saldaña y posee, a la vez, una forma literaria tan sugestiva como la suya” (17).

VII

CONFERENCIAS, COLABORACIONES, CONGRESOS

Conferencias.—Fuera de su habitual tarea universitaria son incontables los cursos y conferencias que fue invitado a pronunciar, señalándose como los más notables —entre los centros académicos no españoles— éstos: Universidades de Berlín, Hamburgo (VIII-1922), París (III-1924), Academia de Derecho Internacional de La Haya (VIII y IX-1925) y Universidades de Roma (1926) y Heidelberg (1926). Y se expresó siempre SALDAÑA en la lengua de los países respectivos, que no en vano dominaba, a más de las clásicas.

Colaboraciones.—Asiduamente colaboró en múltiples publicaciones jurídicas, tanto europeas como americanas, y dan cabida a escritos suyos las páginas de hasta una cincuenta, a las que habría que añadir su presencia en las españolas; siendo de citar, como genuinamente universitarias y por él dirigidas, los *Trabajos del Laboratorio de Criminología*, hijuela del Laboratorio del mismo nombre, y la *Revista*

(16) Vid. *Revista de Derecho hipotecario*, de Cuba, 1929.

(17) *Carta* del 15-VII-1925.

Española de Criminología y Psiquiatría forense (17 bis), de generoso esfuerzo y significado; vale decir, la unión de tendencias clásicamente jurídicas con las de la Criminología pura, componiendo una Ciencia penal de extendido contorno, la que sí podía y puede —y aún añadiríamos que debe— abarcar a ambas en una simbiosis favorecedora de los peculiares desarrollos, con mutua integración de sus postulados fundamentales (18).

Asimismo, lleva la dirección científica de conocidas empresas editoriales, se le puso al frente de varias revistas y formó parte del Consejo de dirección de otras, nacidas en Roma, Turín, Milán, Messina, Varsovia, La Habana, etc. (19).

Congresos.—Por cuanto toca a su participación en asambleas científicas nos reduciremos a transcribir aquellas de carácter internacional en las que ejerce presidencia de sesiones o actúa de ponente, o para las que la representación de España le fue concedida, prescindiéndose ahora de todas las demás, y alcanzando unas y otras un número no menor de treinta. Atiéndase a que ello sucedía en un tiempo ya lejano de nosotros, cuando la frecuencia de semejantes comicios no alcanzaba el elevado índice actual y los desplazamientos personales se hacían con cicatera parsimonia, no libre su realización de contratiempos.

He aquí la sucinta relación:

Ponente en el II Congreso Penitenciario Español, Sección 2.^a (Coruña, 1-10-VIII-1914). Ponente en el III Congreso Penitenciario Español, Sección 1.^a (Barcelona, 21, sgts. IV-1920); Miembro de honor del IV Congrès Sociologique International (Panamá, 26-30-VI-1926); Delegado oficial de España y Vicepresidente del Primer Congrès International de Droit Pénal de Bruselas (R. O. 5-VII-1926); Representante de España en el Comité International pour le Statut de la Cour permanente de Justice criminelle internationale de Paris (26-VII-1927); Representante de España en la Conférence internationale de Représentants des Commissions de Codification pénale (Varsovia, IX-1927); Representante de la Universidad Central y Vicepresidente del II Congrès International de Droit pénal (Bucarest, 6-12-X-1929); Delegado oficial de España y Vicepresidente de la III Conférence International pour l'Unification du Droit pénal, de Bruselas (23-VI-1930); Delegado oficial de España en el XI Congrès International pénal et penitentiaire (Berlín, 16-24-VIII-1935); Delegado oficial y Vicepresidente de la Sección 4.^a en la VI Conférence internationale pour l'Unification du Droit pénal (Copenhague, 31-VIII, 4-IX-1935); y, en fin, Presidente de la Sección de Derecho penal en Réunion des Experts, celebrada en La Haya (VI-1935).

(17 bis) Guía de ella fue también el Dr. César JUARROS (1879-1942).

(18) Véase nuestro estudio subtítulo *Hacia una tangencia de horizontes para la Medicina legal, la Biología criminal y el Derecho punitivo* (Madrid, 1953).

(19) Me remito a la indicación hecha en la nota 14.

VIII

PUBLICACIONES

Con justicia cabe decir que nadie, en su época, incorpora al Derecho penal y a la Criminología tanta profundidad y cifra de pensamientos nuevos como el Profesor SALDAÑA; ni llegó a mostrarse mayor sutileza para encontrar idónea relación entre las cosas y los conceptos aparentemente más distanciados por la razón y la naturaleza misma. El supo eslabonar causas y efectos de velada cópula, con una enorme y desusada capacidad de síntesis. Quedó ello patente en las explicaciones de cátedra, en sus conferencias y, más aún, en el denso núcleo de publicaciones que nos ha dejado. Ciento sesenta y ocho suman éstas, no incluidas las de carácter literario, las circunstanciales de política combativa, ni los trabajos periodísticos; tampoco las páginas agrarias de técnica índole.

Ante tan ingente obra, pudiera pensarse en la precocidad de su autor. No fue así, que, como BALMES (1810-1848), hasta acercarse a los seis lustros de vida, no muestra indicios de lo que había de ser fertilidad inagotable con la aparición de su tesis doctoral, *¿Qué es la pena?*, a la que nos hemos referido anteriormente (20). Y —fuera de cortos artículos— es en 1909 cuando firma, en Sevilla, un opúsculo, *Lo que es y lo que debe ser la enseñanza universitaria*, título transparente respecto a su vocación por el ejercicio de la cátedra, una de las ocupaciones y preocupaciones en él dominantes.

Se le escuchan, entretanto, brillantes disertaciones, y el volumen mismo que le abre las puertas de la celebridad, *Los orígenes de la Criminología* (1915), no de otro modo fue gestado. Palabras y apuntes transformándose en un libro de más de quinientas páginas que, geoméricamente consideradas, fueron descomponiendo, con prolífica perspectiva histórica, el poliedro de las grandes ciencias de la criminalidad: la Mitología, la Psicología, la Antropología, la Sociología y la Política, aplicadas al estudio de aquélla. Cierta es que algunas notas, tal cual sugerencia y determinadas estimativas, han perdido vigencia; empero la solidez del andamiaje sostiene un conjunto que continúa contemplándose como arquitectura válida para la actual Criminología.

Y ya sólo cabe traer a nuestra retentiva algunas de las obras que más caracterizaron al maestro, acompañadas por nuestra parte de brevísima glosa. En atención a las exigencias de espacio, muchas y muy señaladas habrán de omitirse. Veamos.

De 1915 data *La Antropología Criminal y la Justicia Penal*, donde —no extraviado el camino de las aplicaciones legales— enuncia, con certera penetración biopsicológica, este lema: “No hay delincuentes,

(20) Vid. *supra*, cap. V.

sino hombres" (21). Superado y envejecido quedaba el de los positivistas italianos: "No hay delitos, sino delincuentes" (22).

El *Derecho penal español* (precedido de su *Historia*) fue recogido como *Adiciones* a la primera traducción española (1914-1917) del *Lehrbuch* de von LISZT, y se hizo libro clásico de estudio. A seguida, en su discurso de apertura del curso 1916-17 (*Defensa social y perfección social*), considera el impacto de la *Escuela positivista*, que había desbordado los límites de la ciencia para entrar en los de la popularidad.

Nos ofrece SALDAÑA escritos sobre materia filosófico-jurídica y de técnica legislativa con otros de dispar contenido. En el área del foro: *Psicofisiología del orador forense* (23), "producción tan admirable y útil como escasamente conocida", y *El Hombre de toga* (1927), del que "la cara de la justicia" y el llamado "monstruo procesal" no están ausentes. En dominios del Derecho político se inscribe *La Revolución rusa* (1919), subtítulo *La Constitución Rusa de 10 de julio de 1918*. Y llevan su nombre, en el campo de la Biografía crítica, relampagueantes breviaros sobre *Cervantes y su mundo* (1917), *José Ortega y Gasset* (1917), *Pío Baroja* (1918), *Ángel Ganivet* (1920), *Jeremías Bentham* (1921), *Francisco Carrara* (1926), etc.; siendo de mayor entidad los que consagra a *César Beccaria* (1930) —muy bien conseguido—, a *Dorado Montero* (1920) —estudio casi siempre certero de apreciaciones—, y a *Miguel de Unamuno* (1918), que el autor juzga con dureza de expresión y de concepto. Para el crítico Edmundo GONZÁLEZ BLANCO son estas páginas "lo mejor que sobre Unamuno se ha escrito" (24).

Su atención para el problema sexológico quedó patente en varios ensayos, gran parte de ellos incorporados a estos dos volúmenes: *Sociología sexual* (1928) y la *Sexología* (1930).

Al orientarnos hacia la Sociología política, no cabe olvido para *El momento de España* (1929), cuyas páginas, abarcadoras de la vida hispánica en distintos aspectos, se nutren de personales observaciones.

Antes —como hitos fundamentales— salieron de las prensas *La reforma del Código penal* (1920) y *El futuro Código penal* (1923),

(21) Pág. 62 de la obra a que el texto se refiere.

(22) *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale* (1.^a ed., 1881; 2.^a, 1884. La 3.^a, de 1892, se convertiría en su famosa *Sociología criminal*, una de las obras que mayor repercusión haya tenido en el mundo del delito y del delincuente). Subráyase que, tras negar la paternidad del "axioma", adoptó FERRI, en sus *Principii di Diritto criminale* (Torino, 1928, nota 1 de la página 373), una postura no distante de la que el pragmatismo de SALDAÑA había tomado. Y la resume en estas palabras: "La realidad es que hay... hombres delincuentes". (De su última y definitiva obra se hicieron traducciones en todas las lenguas cultas. La española —en el año 1933— se debe al que fue catedrático de la Universidad de Valencia, J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ.)

(23) Conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 3-III-1917.

(24) *Op. cit.* en la nota 13, págs. 32 y 33.

libros archimanejados por todos aquellos que al estudio del Derecho penal se adscriben y en los que demuestra SALDAÑA no ser solamente un teórico, tan original como profundo y sugestivo, sino también uno de nuestros primeros exégetas legales. Con semejante trayectoria finalista da a luz *La Psiquiatría y el Código* (1925), ensayo muy sutil de técnica legislativa.

Desde 1920, bajo su regencia —colaborando muy ilustres juristas— se había abordado el loable empeño de ofrecer una colmada visión del Derecho penal español vigente, bajo el rótulo de *Comentarios científico-prácticos al Código penal*, los que por desgracia hubieron de quedar interrumpidos tras la publicación del segundo volumen (25). Asumió Saldaña la extensa redacción del primero (1920), limitándolo a los siete artículos prefaciales, y fue tarea de mucho estudio y perfecciones, meditada en su andamiaje, de sistemática propia, erudición copiosa y admirable precisión de estilo. ¡735 páginas para el comentario de siete artículos!

Aplazando de momento el registro de aquellas obras atañederas a su concepción pragmática del Derecho, citemos *La capacidad criminal de las personas sociales* (1927), que comprende el estudio de la doctrina y de la legislación, para llegar a deducciones afirmativas de la responsabilidad corporativa y acerca de las penas imponibles. En el mismo año puede leerse *Penas y medidas de seguridad*, original francés, vertido por nosotros al castellano, obra que, muy ampliada, vino a componer la *Nueva Penología* (1931).

La defensa social universal (26), en la línea de pensamiento que expresa el título, y la *Justicia penal internacional* (27), manifiestan al apóstol de un Derecho penal internacional, predicador de su puesta en marcha. El no retrocede ante la empresa de un Código penal de ese nombre. Sus palabras serían proféticas.

En la *Ley del Jurado comentada* (1935) hácese de él una exposición histórico-legal con sabios aciertos doctrinales, sin descuido para la reforma de 1931-33, que es objeto de meditada exégesis. Por entonces se edita *La última fase del positivismo jurídico en Italia*, estudio filológico de largo alcance.

Rótulos de plena madurez son *La Evolución del delito* (1934) y *La Biotipología criminal* (1936) (28).

El Derecho penal social y el Congreso Penitenciario de Berlín (1936), que excede los límites del título, brinda una feliz adaptación de acervo cultural, siendo todavía su lectura de inquietante actualidad.

(25) Firma éste el Prof. CASTEJÓN (vid. nota 9).

(26) Fue conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de París (29-III-1924) que, con texto enriquecido, se tradujo en 1926 al español por Ramón GARCÍA REDRUELLO.

(27) Data de 1923, y a los dos años constituyó tema para un curso explicado en la Academia de Derecho Internacional de La Habana, publicándose en lengua francesa (1927) con más espacioso contenido.

(28) Las páginas francesas de uno y otro estudio fueron traducidas por nosotros al castellano.

Llegamos, en fin, a la *Nueva Criminología* (1936) —antes “La Criminologie Nouvelle”— obra última y capital entre las de Saldaña, que me cupo el honor de trasladar a nuestro idioma (29). Expone en ella las más inaprehensibles ideas con una diáfana claridad; hállase bien sistematizada; ofrece valiosas aportaciones de concepto y metodológicas; es rica en documentación; escrita está con sugestiva pluma, sin mengua para la concisión de lenguaje, habitual en el autor, y sitúa cronológica y panorámicamente —fijándolo en cabal terminología— el vasto problema de la criminalidad. Es uno de los mejores tratados que de esta ciencia se conocen, no sólo en España, donde poco hay que espigar sobre la materia, sino allende nuestras fronteras. El Prólogo —de muy sabias apreciaciones— se lo dedica a Saldaña el insigne doctor Marañón (1887-1960) —una de nuestras mayores autoridades contemporáneas, por cualquier dimensión que se le considere— como “tributo de admiración a su larga, fecunda y por todos conocida labor científica y pedagógica” (30).

IX

EL PRAGMATISMO

Presupuesto.—Ninguna doctrina se dispersó con tan marcadas localizaciones geográficas cual el pragmatismo lo ha hecho, tras la estructuración del filósofo norteamericano William James (1842-1910), quien, sobre anteriores tanteos parciales, consigue ajustarlo como método filosófico aplicable a todos los dominios del conocimiento. Y es en nuestro país donde se produce el fenómeno generador de un nuevo tipo de pragmatismo, originándose así una doble modalidad: el *Pragmatismo jurídico* y la *Teoría pragmática del Derecho penal*. A Saldaña se debe su ideológica paternidad, manadero de abundantes obras.

El Pragmatismo penal.—El advenimiento del *Pragmatismo penal*, puede situarse en el año 1916 con la definición del acto criminal, centrado pragmáticamente. Más tarde (1920-1923) adquiere contornos de teoría coherente, renovadora y superadora del *utilitarismo de Bentham* (31), de la *doctrina positivista italiana* y del *finalismo penal* de

(29) Redactada e impresa en París (1927), corta en su medida para la densidad de pensamiento, no ayudaba a la fácil comprensión de los lectores. Se lo hicimos notar al maestro, quien tuvo la gentileza de escucharnos, y perfila —sobre moldes de nuestra traducción española— el actual libro, considerablemente ampliado.

(30) Véanse las págs. 27 y 28 del mismo.

(31) El Prof. QUINTANO RIPOLLÉS, a quien está dedicado el presente trabajo, condensa en breves términos la posición pragmática de SALDAÑA: “Es en las *Modernas ideas penales* y en la *Teoría pragmática del Derecho Penal* donde se formula la doctrina así nombrada, que viene a ser una superación del utilitarismo clásico en base a los métodos experimentales propios del positivismo” (Vid. obra citada en la nota 3, pág. 64).

von Liszt y la Escuela defensiva. Se cierra a la sazón su primera etapa, o etapa de nacimiento. Luego, las obras de Saldaña continuarán cuajándose de sucesos que dilatan las lindes y perfeccionan el núcleo de doctrina.

El pragmatismo jurídico.—Es por el año 1921 cuando se cruza en el ideario pragmático de nuestro profesor la primera interferencia mental proyectada hacia un *Pragmatismo jurídico*. He ahí que el subtipo ha precedido al tipo. La fe pública de ello es dada en diferentes obras, a partir del año 1924. Con posterioridad, en *La Justicia pragmática*, el *Pragmatismo jurídico* se funde en sistema. Como todo pragmatismo, es filosofía subjetiva; pero de un subjetivismo activo, creador, artista del propio “yo”, “obra nuestra” diríamos siguiendo a BERGSON (1859-1941). Muéstrase humano en sus trascendencias, y provechoso en sus resultados.

Las “categorías del Pragmatismo puro” (*el fin, la acción, la causa, el éxito, el resultado, la experiencia*) aplicadas al Derecho, marcan las pautas del *Pragmatismo jurídico*; las “leyes de relatividad” determinan y explican variedades diferenciadas de la doctrina jurídica en el paisaje de esta nueva filosofía.

Síntesis doctrinal.—La realidad es que, desde hace años y aún decenios, venimos asistiendo a la crisis del Derecho penal represivo y a la ficción insostenible de un Derecho penal preventivo..., con prevención que no puede sino rastrear las huellas de las infracciones criminales. Al intentarse nuevas posibilidades para salvar el equívoco, se injerta en el Derecho penal la doctrina de la acción. Henos ya ante el *Pragmatismo jurídico-penal*, que, suponiendo, como base previa, el positivismo y su método experimental, es la aplicación rigurosa al Derecho penal de una doctrina ya circulante en el área de la Filosofía del Derecho: el *Pragmatismo jurídico*.

Para el Pragmatismo jurídico —en términos puros— no existe el Derecho sino su proyección de hecho; que sólo tiene efectividad la *Justicia*, a saber, el *Derecho en acción*. De modo análogo diríase —llevando hasta lo último el argumento— no existiría el Derecho penal; brinda, sí, realidades eficaces la *Justicia penal*, esto es, la acción instauradora, y restauradora de las estructuras sociales organizadas como defensa y perfección social. Así, únicamente se justificará por sus resultados un Derecho penal dinámico, como *Política criminal* (Ciencia de la perfección legal criminal); un Derecho penal pedagógico, en cuanto *Pedagogía correccional criminal* (Ciencia penal penitenciaria), y un Derecho social preventivo o *Política social*.

El *Pragmatismo penal* estudia al delincuente, pero desde un punto de vista neutro, ausente de cualquier prejuicio jurídico y aún de orden estrictamente moral. En el hombre criminal, no es el criminal —real o hipotético— lo que interesa al pragmatismo, sino el *hombre*. Para un practicante de la Escuela positiva, el delincuente se convertirá en

·sujeto de observación; para un pragmatista, en motivo de fértil experiencia. Insistimos en ello: el delincuente no pierde nunca, ante el Pragmatismo, su verdadero y esencial aspecto de hombre; no tiene por qué perderlo (32).

Respecto a la función de la pena, el positivismo entiende que debe realizar la "readaptación del delincuente" a la sociedad actual. Añade el pragmatismo —o pretende añadir— la *ultraadaptación del delincuente*, y hasta de la misma pena, a la sociedad futura. Complemento de la prevención penal y moral, trazada está la función de la previsión social.

Itinerario bibliográfico.—Ahora, he aquí en apretadas líneas los pilares hincados por Saldaña, a través de sus obras, como embrión, protoplasma y célula de la doctrina, es decir, el itinerario bibliográfico del *Pragmatismo jurídico* y del *Pragmatismo penal*, clave de nueva teoría éste.

En 1914 —*Adiciones al Tratado de von Liszt*— se define ya el acto criminal pragmáticamente.

Con esbozo de contornos, por el año 1922 va surgiendo el *Pragmatismo penal* de las *Modernas concepciones penales en España*, traducidas por nosotros, del original alemán en que se escribieron (33) y haciéndolas preceder de un *Estudio sobre el Pragmatismo* (34).

Aparece en 1923 la *Teoría pragmática del Derecho penal* y la *Criminología pragmática*, donde se formularon diferencias con el positivismo italiano y el finalismo penal de von Liszt, subrayando su artificio que a la "pena de fin" (*Zweckstrafe*) opone él la "pena de resultado" (*Ergebnisstrafe*), lo que engendra —como eje de una moderna concepción la *Penología pragmática*. De acuerdo con ese módulo, en lo futuro no habrá penas, sino medidas, y al "Derecho penal" sucederá un "Derecho asegurador" (35).

Entre 1923 y 1925 se erige, como noción totalitaria, el Pragmatis-

(32) Véase en el cap. VIII la nota 22 y aquella parte del texto a que se refiere.

(33) Las tituladas *Moderne Strafrechtsauffassungen in Spanien* nacieron de dos conferencias pronunciadas en la Universidad de Hamburgo, corriendo el citado año.

(34) De esta versión al castellano escribe el propio SALDAÑA: "Es nueva traducción directa de la segunda edición alemana. La hizo el Dr. Jaime Masaveu, uno de los mejores discípulos, y conserva un valor de literalidad verdaderamente documental. Supera a la edición española del Colegio en precisión lingüística y en documentación". (Véase en esa edición el *Epílogo* que la acompaña, pág. 97, Madrid, 1923.)

(35) La cuestión de si las medidas de seguridad deberían sustituir a la pena o simplemente completarla no se planteó, como tema de trabajo, en una asamblea científica hasta el I Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal (Bruselas, 26-29-VII-1926), SALDAÑA, que presidía aquella sesión, quizá por eso mismo se abstuvo de votar, pero pronto toma postura en el sentido que el texto recoge. (Puede verse, como ampliación de lo aquí escrito, nuestro *Estudio sobre la personalidad de Enrico Ferri*, págs. 28 y 29, Madrid, 1930).

mo jurídico, que irá hallando en sucesivas páginas confirmación y desenvolvimiento (36). Poco después, en *El Atentado social* (1927), discúrrrese con brevedad sobre su interpretación pragmática.

Debe anotarse la insistencia de Saldaña para divulgar su teoría, que demostrada quedó en múltiples libros, referencia; ampliación y complemento de los anteriores. Entre ellos enunciamos como de mayor relieve:

Le Pragmatisme penal (1929), *Les limites du pragmatisme penal* (1932) y, en 1935, *La Criminologie pragmatique*, y *Die pragmatische Gerechtigkeit*. A ellos debe sumarse por ese mismo año, *Die Pragmatische Schule in Rechtsphilosophie und Strafrecht*.

Desde entonces, el pragmatismo ha tomado carta de naturaleza en el mundo del Derecho. Firma solvente en tantos dominios del pensamiento y corazón sin mezquindades para la ajena obra, Enrique Ferri —“el primer penalista del mundo” como sin hipérbole se le llamó—; Enrique Ferri que ya, de cierta manera, aceptaba inspiraciones del *Pragmatismo penal* en su famoso “Proyecto de Código penal italiano, Libro I”, (36 bis) saludó complacidamente el *alba de un Derecho penal pragmático*, dando espaldarazo definitivo al autor de la nueva teoría (37).

X

ECO Y FIN DEL MAESTRO

En la ficha bibliográfica que del Profesor Saldaña publicamos hace años (38) se agrupan no menos de sesenta títulos de libros, folletos y artículos dedicados a estudiar su vida y su producción científica. Si hubo más, yo no he logrado dar con ellos. Y no ha sido, en verdad, pobre de esfuerzo nuestra contribución de discípulos al esclarecimiento de una personalidad de tanto relieve dentro de la ciencia penal española, con eco de nuevas orientaciones en todos los países cultos (39), de modo que nadie de quienes sobre él y su obra escribieron le regateó

(36) Como principales, recordaremos el *Estudio preliminar al Pragmatismo jurídico* de M. DUGUIT (1923) y su *Prólogo*, el de SALDAÑA, a la traducción española de *La Justicia*, del Prof. DEL VECCHIO (1925).

(36 bis) Milano, 1921. Hay trad. esp. de C. JIMÉNEZ ESCRIBANO, con un estudio del mismo y Epílogo de Q. SALDAÑA (Madrid, 1925).

(37) Con todo, puntualizaba serias discrepancias de criterio en su *Traatado* (vid. *supra*, nota 22), pág. 62, últimos párrafos de la nota 2, aunque aceptando más adelante determinadas conclusiones que al pragmatismo de Saldaña fueron debidas.

(38) Me remito a la obra citada en la nota 14, págs. 93-97.

(39) A más de algunas conferencias —en las Universidades de Madrid, Santiago, Oviedo y Zaragoza, Academia de Doctores de Madrid, etc.—, destinamos ocho trabajos al estudio de diversos aspectos de su personalidad científica. (Se reseñan éstos en la pág. 94 de mi *Nueva dirección española en Filosofía del Derecho penal*, Madrid, 1942.)

el título de *maestro*, sin duda el más laudatorio para aquel que de la docencia hizo culto.

La figura espiritual seguirá llena de eficaz contenido, en la herencia que nos ha legado. Su encarnación biológica, el hombre, lo perdimos para siempre, va ya para seis lustros (12-X-1938), en dolorosas circunstancias con signo de tragedia no desligada de la coyuntura nacional.

Al producirse la iniciación de nuestra contienda civil, una Legación diplomática —la de Cuba— le concede asilo, soportable en los primeros tiempos, grávido de privaciones más tarde. Allí, lejos de cualquier alivio humano, pobre e inadecuadamente alimentado, transido de mortal tristeza y sufrimientos morales, la salud de Saldaña vino a quebrantarse hasta el punto de su completo apagamiento. En carta dirigida a la que fue su viuda, decía: “Pide al que todo lo puede que nuestra separación no sea larga, pues estoy pasando los días más horribles de mi vida, llegando a faltarnos todo alimento. Me hace daño trabajar, y si no trabajo me muero de tristeza”. Tuvo, nuestro maestro y amigo, el fin del creyente con la serenidad del justo.

Su personalidad, puede cifrarse en tres rasgos fundamentales: Para quién de él la solicitaba, amistad leal con ubérrimo desprendimiento; sencillez en el linaje de su intelectual postura y de su vida, y, por encima de todo, un indeclinable espíritu de justicia. “Sólo una cosa en el mundo me duele —nos escribía en cierta ocasión— y es el haber incurrido en injusticia” (40).

Esta triple condición, que acabamos de señalar, bien cabe fundirla en una sola, en la nobleza de alma, que es, ante el misterio indescifrable del “más allá”, la única y perdurable belleza.

(40) Como muestra evidente de su espíritu de justicia y de la franciscana humildad que a su comportamiento caracterizaba, reproduzco líneas de una carta que a Munich nos dirigió, el 15-V-1928: “Perdone la demora en la contestación y, aún más, aquella imprudente severidad, cariñosa en exceso, porque interesada vivamente, de mi carta última. Pero me arrepiento, y prometo no reincidir”. Y terminaba con las palabras entrecomilladas en el texto.

La criminología y el Juez penal

ADOLFO DE MIGUEL GARCILÓPEZ

Magistrado del Tribunal Supremo
Director de la Escuela Judicial

«NUEVA VIDA» DE LA CRIMINOLOGÍA

Asistimos a una «nueva vida» de la Criminología, subsiguiente al visible debilitamiento de su influencia durante la época inmediatamente precedente, señoreada por la entonces preponderante dirección dogmático-jurídica que, en desquite, a su vez, de pasadas arrogancias de la concepción criminológica o, más exactamente, sociológica, absorbente, de FERRI —invasora del recinto del Derecho penal y motejada en nuestros días de «imperialista» por el criminólogo PINATEL— venía confinando o tratando de confinar a las disciplinas extrajurídicas del crimen en el circunscrito marco de las Cátedras de Medicina Legal y Psiquiatría de las Facultades de Medicina, en Centros de especialización profesional tales como Institutos clínicos o Escuelas de Policía o Penitenciarias, o las acogía, en ocasiones, con rango visiblemente secundario, en los mismos Centros de predominio dogmático-jurídico. Esto fue lo que ocurrió en el fenecido Instituto de Estudios Penales, de Madrid, en el que —según ha evocado quien fue su fundador y Director, Profesor JIMÉNEZ DE ASÚA, en el tomo IV de *El criminalista*, aparecido en 1944, y consta por directa experiencia al Profesor DEL ROSAL y a quien esto escribe— funcionaron, paralelamente a las Cátedras jurídico-penales, otras criminologías, cuales eran la de Criminología en sentido estricto, desempeñada por BERNALDO DE QUIRÓS, y las de Psicopatología e Identificación y Técnica Policial, al respectivo cargo del doctor SACRISTÁN (sustituido por ABAUNZA) y del comisario MORA RUIZ.

La reacción dogmático-jurídica fue eminentemente europea y aún continental, y así, aquella crisis de la Criminología no alcanzó a los Estados Unidos de América del Norte —con figuras como la de SELLIN, en la Universidad de Pensilvania— ni siquiera con apreciable intensidad a Iberoamérica, más permeable siempre a las corrientes intelectuales de Europa. En tanto que en la propia Italia, los fuegos de la dedicación criminológica no se apagaron por completo, y ello no ya sólo en las revistas del Positivismo o Neopositivismo, sino en Centros como la Universidad Católica del Sagrado

Corazón, de Milán, con el Padre GEMELLI, y la Escuela Superior de Policía de Roma, dirigida allá en los años treinta por el veterano positivista OTTOLENGHI, a quien prestaba su colaboración, como adjunto, el entonces joven profesor BENIGNO DI TULLIO, portaestandarte actual de la moderna Criminología clínica.

Dentro de estas alternativas pendulares, la presente recuperación de posiciones por parte de la Criminología es bien patente.

LA CRIMINOLOGÍA Y LA UNESCO

Viene contribuyendo, con sus poderosos medios, al actual auge de los estudios criminológicos el vigoroso impulso prestado a estos fines por la UNESCO que, con la cooperación de la Sociedad Internacional de Criminología, preconiza la creación de Institutos dedicados a la investigación y enseñanza de esta disciplina, anejos a las Universidades, semejantes en lo esencial al logrado Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, específicamente encargado de la formación y del perfeccionamiento, a nivel universitario, de nuestros criminólogos, exclusivamente remitidos, hasta ahora, en España, a otros Centros específicos formativos, como las Escuelas Profesionales de Policía y Penitenciaría, de tradicional solera en sus respectivos ámbitos, a los que podrían añadirse el Centro de Instrucción de la Guardia Civil y la Academia de Oficiales del mismo Cuerpo, creada en época más reciente. Ello aparte de la prestigiosa Escuela de Medicina Legal, consultada en casos de dificultad reconocida en procesos penales, incluso en materia criminalística; compartida esta última función consultiva con el Servicio de Identificación de la Dirección General de Seguridad.

COEXISTENCIA

Es manifiesto en la actualidad un auténtico clima de «coexistencia pacífica» entre la Criminología y el Derecho penal, incluso en cuanto al *punto crucial de la imputabilidad*, registrado con complacencia por juspenalistas y criminólogos relevantes, entre otros, la doctora HILDE KAUFMANN, profesora de Derecho penal en la Universidad de Bonn y Directora del Instituto de Criminología adscrito a la Universidad referida. En lección inaugural del Curso de 1961, en el mentado Instituto, la doctora KAUFFMAN no duda en compaginar la fidelidad a las ciencias explicativas del mecanismo causal del fenómeno criminoso con el respeto al principio liberoarbitrista en que se asienta la responsabilidad del ser humano normal e inserto en la vida social, ante su conciencia y ante la ley. Camino de entendimiento en el que preceden o acompañan a la citada profesora numerosos y esclarecidos criminólogos, entre ellos los de la llamada Escuela de Utrecht, en la que figura POMPE —para

quien «el crimen, en el cabal sentido de la palabra, pertenece al reino de la libertad, en tanto que la pobreza y la enfermedad forman parte del de la fatalidad»— y autoridades científicas germanas de la importancia de SEELING, EXNER, GRÜHLE y SAUER, que abundan en idéntico criterio conciliador. WEBER subraya la falacia de la trasposición de las categorías de la Ciencia natural a los procesos anímicos, «pues si bien la *constitución* y el *medio* determinan en gran medida la conducta, *es la libertad humana la que decide*, y en ella reposa la diferencia decisiva entre hombre y animal, como la Ciencia moderna proclama cada vez más abiertamente». VASALLI, en Italia, constata igualmente que *la actual Criminología no niega el libre albedrío, que sirve de base al juicio de culpabilidad*. Y, dentro del nuevo Movimiento de Defensa Social, tan ligado a la Criminología, su ala moderada, representada por MARC ANCEL, GRAVEN y PINATEL, parte, para la aplicación de su criterio, de la libertad del individuo o, en último caso, trata de devolvérsela; llegando a decir MARC ANCEL que «esta Defensa Social nueva postula filosóficamente el libre arbitrio».

LANCE niega la identidad entre los *factores criminógenos* cuyo valor causal es investigado y denunciado por la Criminología, cifrados en la constitución individual y en el medio —«el hombre y su circunstancia», de nuestro filósofo— y el *fatalismo* ineluctable de estos mismos factores: «Negar que un factor sea causa ineludible de una acción humana, no excluye la admisión de la eficacia causal de dicho factor, sino que hay que separar netamente ambas cuestiones: Cuando, partiendo del concepto de causalidad, se afirma que un factor es causa, tan sólo se asevera, *negativamente*, que al *faltar* dicho factor, también *falta* el resultado, *pero no se afirma positivamente*, a la inversa, que al *darse* dicho factor, tenga necesariamente que *darse* el resultado, pues el que éste se dé, depende de otros múltiples factores, entre los que puede contarse el *libre albedrío*. Y sólo cuando el concepto de causalidad se restringe a un «*monismo causal*», es cuando surge la nota de «*inevitable*».

El vital dilema de BURIDÁN aplicado a un hombre, con las comprensibles diferencias en cuanto a la naturaleza del nutritivo estímulo, no desembocaría, en modo alguno, en la muerte por inanición del perplejo solicitado. El «*porque sí*» o el «*porque quiero*», como «*ultima ratio*», late siempre en el fondo de la naturaleza humana.

Como reiteradamente se ha dicho, las predicciones obtenibles de enseñanzas estadísticas —además, tan frágiles siempre, por tantas y tan conocidas razones— podrán vaticinarnos, a lo sumo, *cuantos* individuos, aproximadamente, delinquirán, en determinado período y territorio, pero no *quiénes*. Ni *tendencia* —reprimible, con más o menos esfuerzo— es igual a *fatalidad*, ni la gestación de las acciones humanas responde a «*sinos*» fatales, como en la Tragedia griega, ni tal pretende la actual Criminología, alejada ya de las radicales concepciones que veían en el libre albedrío un mero espejismo, ilusorio.

ASPECTOS DE LA CRIMINOLOGÍA, (CON REFERENCIA A LA JUSTICIA PENAL)

Ahora bien, siempre que se habla de Criminología y de su trascendencia en el área penal —como tema de relevante interés judicial— conviene que nos atengamos en todo momento a una fundamental distinción, de sumo valor, por tanto, para nuestras presentes reflexiones, entre *dos acepciones o aspectos* de esta disciplina: *Criminología considerada en sí misma*, como conjunto o sistema de conocimientos heterogéneos de orden explicativo-causal sobre la criminalidad y sobre la personalidad y motivación de los delinquentes o antisociales propensos al crimen y, de otra parte, su *proyección sobre el plano penal*, esto es, lo que pudiéramos llamar *Criminología aplicada o impacto criminológico* en la legislación y en la *Justicia* punitivas, sensibles al *trasfondo* de la mentalidad criminológica dominante; o lo que es lo mismo, su traducción en *criterio rector* o *idea-fuerza* influyente sobre el *tono político-criminal*. Este último aspecto, relativo a las *secuelas político-criminales de la Criminología*, es el verdaderamente polémico, hondamente trascendente a la vida judicial.

Importa no perder de vista, por razones de cautela, el fácil *riesgo de fascinación*, por la que logran con frecuencia ser tenidos por axiomas criminológicos opiniones contingentes o insuficientemente contrastadas, que no son, en realidad, sino pareceres o proposiciones —rotundamente emitidos, eso sí— por el grupo o personalidad más representativos en un momento determinado.

LIMITACIONES

Anticipando ideas que, después, irán siendo precisadas en su lugar más oportuno, cabe observar, en un orden pragmático, que esta disciplina o conjunto de disciplinas afines, cuyo escurridizo concepto vengo dando por sobreentendido, no puede erigirse, en el terreno político-criminal, en proveedora de seguras panaceas, valederas, incluso, en difíciles eventualidades de las que reclaman a ojos vistas realistas y enérgicas actitudes represivas de índole tradicional y apremiante urgencia, capaces de atender útimente a la prevención general mediante la coacción psíquica, seriamente disuasoria; eventos nada escasos en la historia criminal de los diversos países y, desde luego, en la nuestra, en los que es explicable no pueda esperarse de la Criminología ni de sus *trasuntos penales* remedios defensivos eficaces a plazo prudencial ni, probablemente, nada que no sea una explicación científica, *a posteriori*, del fenómeno y de sus desenlaces, logrado éste, muy posiblemente, fuera de las típicas pautas criminológicas.

Al margen de la perenne cuestión acerca de si, en el orden de la prevención general, el mejor freno contra el delito es la *dureza* de la pena conminada por los Códigos o más bien la *certeza* de la inflicción de *alguna* pena, aunque fuere más benigna, garantizada por una eficaz Policía capaz de asegurar el descubrimiento y la

aprehensión del infractor con rigurosa efectividad —opción entre lo aleatorio «caro» y lo ineludible «módico»— o acaso ambas conjuntamente, rigor y seguridad, lo que no ofrece duda es que tanto el legislador como el juez, el investigador policial y el penitenciarista, habrán de contar, *no ya como oráculo pero sí como valiosísima orientación*, con la Ciencia criminológica, ya que, en otro caso, el Derecho penal sería glacial álgebra jurídica y la Política criminal rutinario terrorismo punitivo. Pero sin que lo que debe ser guía orientadora se traduzca en «dictadura criminológica», desnaturalizadora del Derecho penal como disciplina objetiva y atendida a un ordenamiento positivo, iluminado por el Derecho natural.

En cualquier caso, por bien que todo vaya, con Criminología o sin ella —y sin que por esto deba cederse al desaliento— como eco de la afirmación evangélica de pervivencia de pobreza sobre la Tierra, seguirá pesando también sobre las sociedades humanas el triste augurio, a lo sumo mitigable, de que *siempre habrá delincuentes entre nosotros*. El decrecimiento contemporáneo de la inveterada criminalidad dolosa en sus más toscas y primitivas manifestaciones —observada en su día por NICEFORO, dentro de su tesis evolucionista— responde a cambios favorables de estructuras y de conceptos sociales de base, de carácter cultural y económico o, dicho en otros términos, a razones de desarrollo, sin que, en justicia, pueda esto ser abonado en el activo de la Criminología, como su logro propio y, mucho menos, exclusivo.

CRIMINOLOGÍA Y POSITIVISMO

Concebida la Criminología bien como ciencia unitaria bien como amalgama de ciencias, técnicas o datos, sin unidad interna, muestra, con todos sus méritos y deméritos, la impronta del Positivismo que le dio vida y supo fijar su actual nombre con GARÓFALO, quien vino a conjugar en su *Criminología* (1885), las dos grandes corrientes, unilaterales, positivistas, asentadas ambas sobre base experimental, más o menos depurada: La dirección antropológica de LOMBROSO y la sociológica de FERRI, conciliando así la doble influencia de las fuerzas *endógena* y *exógena* en la incubación del delito, estimado éste —al modo positivista— como mero *indicio* o síntoma de la *temibilidad* de su autor, que será, según esto, sancionado en atención y adecuación a dicha «temibilidad», antecesora en línea recta de la «peligrosidad» moderna, *más que por lo que ha hecho, por lo que es*, abriendo con ello la puerta a las *medidas de seguridad predelictuales*, pues, como ya en nuestra época observa MEZGER, llamando la atención sobre las últimas consecuencias de la concepción positivistas de la criminalidad, encarnada en el «*criminal nato*», ostensible, de LOMBROSO, necesitado de segregación preventiva, «no esperamos para defendernos del tigre a que haya matado a un hombre»; simil, por los demás, impregnado de poco grato materialismo.

Nacida la Criminología de la *Medicina*, en la que ya venía ad-

virtiéndose que «no hay enfermedades sino enfermos», como tópico traducible al maxilar penal en el postulado de que «no hay delitos sino delincuentes», contiene un hábito individualista que la impulsa a promover con ardor el conocimiento del *sujeto vivo y efectivo*, el hombre «de carne y hueso», con sus tendencias y complejos motivadores, para definir y graduar su responsabilidad y decidir, cualitativa y cuantitativamente, la sanción adecuada.

PESONALIDAD DEL REO

Son proverbiales —y también hiperbólicas— dentro del Pragmatismo criminológico español, las encendidas imprecaciones de SALDAÑA, repletas de erudición y de brío combativo, contra el desconocimiento por parte de la Justicia penal de la auténtica personalidad humana, y aún *intimidación* del hombre a quien juzga; sin plantearse, a su vez, nuestro penalista, el problema y la contraobjeción de si sería lícito a los Jueces entrar a conocer de esa intimidad, ya que si les está, por ejemplo, vedado el empleo del psicoanálisis es, muy principalmente, porque tal uso conduciría a la violación de las conciencias en su fondo y en su global conjunto, sustraídas a los poderes de inquisición y a la curiosidad —por bien-intencionada y benéfica que sea— de los humanos Tribunales de Justicia.

Toda posición polémica comporta su riesgo de exageración y es verdad, ya olvidada de puro sabida, la de ser siempre más fácil criticar que aportar soluciones válidas y viables para subsanar los defectos censurados. Las enunciadas tachas de superficialidad y teatralidad en el enjuiciamiento tienen su fondo cierto, pero ni los remedios sugeridos son nada sencillos de poner en práctica ni sería demasiado ilógico pensar que si así viene juzgándose siempre y en todas partes —sin convertir al Foro penal en confesionario o en clínica— bien pudiera obedecer a no ser, en verdad, posible hacerlo de otro modo. Lo que no obsta para esforzarse en incrementar, dentro de lo asequible, un mejor conocimiento del imputado y de su medio ambiente o mundo circundante («milieu»), investigable con especial cuidado en los casos más graves y también en los que susciten razonables sospechas de anomalías en la manera de ser del justiciable, mediante un documentado *informe de personalidad*, que podría faltar, por superfluo, o hacerse mucho más simple y sucinto, en los restantes casos. Informes útiles para la concreción judicial de la imputabilidad y, en su caso, de la culpabilidad del sujeto, en cuanto a lo que MEZGER, como penalista, denomina *partes integrantes caracterológicas de la culpabilidad*, a cuyo conocimiento viene proveyéndose, por lo general, hasta ahora, en medida no siempre suficiente, mediante el *certificado de antecedentes penales* y el *informe gubernativo de conducta* que, en unión de la partida de nacimiento, se aporta a los autos.

Bien puede comprenderse que si la propia familia del imputado, a lo largo de una convivencia de toda la vida, podrá no llegar

nunca, como tan frecuentemente ocurre, al verdadero *fondo anímico* de su deudo, más impenetrable todavía será para los juzgadores esta indagación, por prolongado y reposado que fuese su contacto con el justiciable y por detallados, solventes y sagaces que pudieran ser los «tests» de contraste y las pruebas psicoanalíticas a que se le sometiera. Y es, también, más que probable que si al Abogado defensor se le propusiera la idea de una larga conversación, a solas, de su defendido con el Ponente del Tribunal llamado a juzgarle, a fines de un mejor conocimiento de aquél, rechazaría escandalizado, en nombre de las libertades individuales, este oficioso intento de *calar* en la conciencia del acusado.

CRIMINOLOGÍA Y NORMA JURÍDICA

MEZGUER ha entendido bien —dada su señera posición científica, a doble vertiente, criminológica y jurídica— que *no todo en el campo penal es criminología* y que si la *criminalidad* supone una *parcela fenoménica que ha sido objeto de una delimitación normativa*, precisa, ciertamente, el conocimiento de este objeto en sí mismo y en su ambiente, ya que de no ser así, no sería posible, a la larga, una función reguladora adecuada a la índole de la cosa y en armonía con la realidad misma, y que una investigación positiva de la delincuencia no puede ser concebida sino sobre base científico-causal biológica, psicológica y psicopatológica, y no simplemente intuitiva; pero sin posponer por ello el aspecto netamente jurídico que a lo normativo corresponde. Hasta en aquellas zonas que más inmunes parecen a los principios tradicionales del Derecho punitivo, como es el estado peligroso, con sus consiguientes medidas de seguridad, no dejan de regir y observarse reglas jurídicas limitativas y garantizadoras, en lo sustantivo y en lo procesal.

Es corriente achacar al juspenalista —y, más concretamente, al Juez y al Fiscal— cierta desgana y marcado escepticismo, mal disimulados, frente a la Criminología, posiblemente a veces por deficiente preparación básica y consiguiente falta de afición a las Ciencias naturales y a las técnicas estadísticas que sirven de asiento a aquella disciplina, pero acaso, también, por la *aleatoridad* y *provisionalidad* de las conclusiones criminológicas que, juntamente con la *carencia de unidad interna* y *sentido orgánico* de la cuestionada disciplina, constituyen el verdadero *talón de Aquiles* de esta Ciencia de la Criminalidad. Hay que reconocer que el jurista, aparte de adolecer, en efecto, de las apuntadas limitaciones de base, carece también, por lo general, de la vocación estadística y de la benedictina paciencia requeridas para la labor de «*artesanía*» que exige la Criminología general y, sobre todo, la Criminología clínica. Precisamente, la insolidaridad y la diversidad de origen y de aptitudes requeridas en quienes, procedentes de tan distintos campos, concurren al estudio y a la práctica de la Criminología explican, en gran parte, los obstáculos que se oponen a que la misma plasme, de todo, en Ciencia unitaria.

SECUELAS POLÍTICO-CRIMINALES DE LA CRIMINOLOGÍA

El manifiesto recelo de los juristas frente a la Criminología afecta más a lo *aplicativo* que a lo *explicativo*; a la práctica que a la especulación. Responde decisivamente esta frialdad de los juspenalistas, sobre quienes pesa la responsabilidad de la lucha estatal contra el crimen, a las reconocidas *resonancias político-criminales y jurídico-penales* de la Criminología, cada vez más resueltamente pietistas, cuando no ingenuas y autópicas, cuya consideración motivó, bien recientemente, la seca diatriba del ministro francés de Justicia, M. FOYER, en discurso pronunciado en 28 de marzo de 1963, rechazada, en nombre de la «Nueva Defensa Social», por el dirigente de dicho Movimiento y Consejero de aquella Corte de Casación, M. MARC ANCEL. El referido Ministro Guardasellos ponía a cargo de la aludida tendencia la paternidad de un notorio debilitamiento de la represión, estimable como nocivo; censura que hay que entender dirigida no contra la Criminología, sino contra sus *consecuencias o concomitancias en el campo jurídico-penal*. En España, espíritu tan amplio y liberalmente humano como lo fue el del catedrático universitario y magistrado del Tribunal Supremo —función esta última que le sumerge de lleno en la realidad— ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, a cuyo entrañable recuerdo van dedicados este trabajo y este libro, no ha dejado de señalar, donosa y agudamente, según su personal estilo, análogos reparos que, por el extenso y consistente estado de opinión a que responden, han permitido hablar últimamente de un «canto del cisne» de la «Nueva Defensa Social», que ha venido sirviendo de tema de discusión en recientes números de la «Revue de Criminologie et Police Technique», de Ginebra, orientada, como Director técnico, por GRAVEN.

El puesto de la Criminología está junto al Derecho penal y sin confundirse con él, pero no sobre él ni en su lugar, suplantándole. Como con toda razón se ha dicho contra los excesos aplicativos de la psiquiatría forense, no es admisible nada que equivalga a una *psiquiatrización del Derecho penal*.

Campea, por lo general, en la nueva Criminología un inconfundible espíritu ultraliberal, cuando no de partido, más patente todavía en su *trasunto jurídico-penal* a que hemos venido refiriéndonos, individualista y benigno, probablemente como contrita resaca del duro período de violencias bélicas y postbélicas derivadas de la Segunda Guerra Mundial, judicialmente liquidada en Nüremberg y no ciertamente según patrones pietistas.

LISZT, pese a su genuina condición de jurista, y gran jurista, opinaba que la formación de los estudiantes de Derecho penal no debía limitarse al aspecto jurídico del delito y del procedimiento judicial que le concierne, sino que, para aplicar convenientemente el Derecho punitivo, es indispensable estar informado de los fenómenos de la vida que se hallan en la base de la abstracción jurídica. Además —seguía diciendo— debe atenderse menos en el De-

recho penal moderno a la *represión* que a la *resocialización* del delincuente, prestando suficiente atención, no ya al *acto* criminal, sino a su autor y tratando de *comprender* las particularidades individuales de este último, *con vistas a un tratamiento apropiado del malhechor*, que es lo que constituye la *Penología*.

Muchos años después, MEZGER —desde la altura de su ciencia y de su experiencia— escribe que «direcciones penales como la psicoanalítica y la individual psicológica, han formulado especiales teorías en el orden penal, en crudo contraste con el Derecho punitivo tradicional y que, congruentemente desenvueltas y llevadas a la práctica, supondrían su decadencia absoluta».

PRESUNCIÓN LEGAL DE INFALIBILIDAD DEL JUEZ

Es evidente que la Criminología, con todas sus innegables virtudes, necesita, sin embargo, cierta *humildad*. Verdad es que no menos la necesita el Derecho. Y la precisamos, igualmente, en grado socrático, los *Jueces*, obligados a saber tantas cosas, y lo que es más grave, unguidos —no podría decirse «favorecidos»— con el don abrumador de una *infalible sabiduría oficial*.

La *omnisciencia* nos viene impuesta, desde antes del juicio y para que la decisión no sea en ningún caso rehusada, por la terminante proscripción del *non liquet* consagrada en el artículo 6.º del Código civil, en armonía con el 375 del Código penal, que le sirve de cobertura sancionadora. Y, una vez firme la sentencia recaída, por la inmovible *presunción de verdad de la cosa juzgada*, tan pavorosa, por lo menos, para la conciencia del Juez como para el ánimo del justiciable. Las cargas legales y morales dimanantes de esta «presunción salomónica» son enormes, como lo es también la auto-exigencia de ponerse, en cuanto quepa, a la altura de esta sobrehumana, aunque necesaria, suposición de ciencia. En materia de *hechos probados*, tan influibles por la Criminología, los poderes del juzgador, incluso el de primer grado —dados nuestro sistema procesal penal de instancia única, en el procedimiento ordinario, y la difícil impugnabilidad en casación de las declaraciones fácticas— son omnímodos y, con ello, enorme también su responsabilidad y, en consecuencia, imperiosa la necesidad de una ilustración máxima.

La realidad es que tanto la Criminología —equidistante, según algunos, entre la ciencia y la información— como el Derecho y como sus mismos aplicadores, sabemos todos más bien poco y, ante la realidad, nos vemos con frecuencia precisados a proceder por tanteo, pidiendo, mientras tanto, la luz a Quien es Luz increada. Pero el Derecho, por necesidad institucional y funcional de certeza, parece estar más seguro de sí y de sus dogmas milenarios que lo que lo está la Criminología respecto de sus recientes descubrimientos y postulados y muestra una mayestática firmeza que le ha permitido edificar todo un orden, incluso sobre algún cimien-

to poco firme, que el genio de GOETHE legitimaba, como es tan sabido, prefiriéndolo, en cualquier caso, a la inseguridad. Mal podría, por ejemplo, prescindir el ordenamiento jurídico-penal de la presunción *juris tantum* de voluntariedad de los actos humanos que consagra el segundo párrafo del artículo 1.º del Código penal y que, por lo demás, no responde a ninguna ficción sino a generalización, rebatible en concreto, de un testimonio de común experiencia.

OBJETIVIDAD JURÍDICA Y CRIMINOLOGÍA

Contra el rigor jurídico y con distinto grado de viveza según el sector de que se trate, reacciona la Criminología, mal avenida con los imperativos generalizadores y niveladores del Derecho; siendo así que las generalizaciones —siempre que no sean absurdas— son, después de todo, consustanciales con la norma, que supone siempre fijeza. El mismo buen sentido dicta que ni toda la vida penal es problema criminológico ni todo delincuente es caso clínico, de hospital y laboratorio, y que su tratamiento como tal, a toda costa, no conduciría de ordinario a nada razonable, sino a dilatar la ya lenta tramitación de los procesos para inquirir, acaso, entre otros datos psicológicos no más provechosos en el caso dado, la posible frecuencia del complejo de ADLER en todo atracador o en todo agresor de la Autoridad pública, con frutos explicativos de mera probabilidad, sin trascendencia judicial tangible y con más interés, como dato, para eventos futuros que para resolver en justicia el propio proceso debatido.

FINALISMO PENAL

Por otra parte, el pluralismo teleológico de la pena vuelve por sus fueros e insiste en que la resocialización o recuperación del delincuente, con ser un bello ideal, no es meta única de la Justicia punitiva, ya que, a más de la prevención especial, remedio de la reincidencia, habrá de operar la prevención general, mediante la conminación represiva, contra la criminalidad ocasional o primaria, como también la expiación retributiva. El buen criterio del Juez, apoyado en la ley vigente y afianzado por su humana y profesional experiencia y por el conocimiento del medio en que actúa, le preservará, de ordinario, de los riesgos anejos a visiones unilaterales que, reduciéndolo todo a un solo aspecto, importante pero no único, tienden a prescindir por completo de cuanto pueda guardar relación con la función conminatoria y desalentadora, de prevención general, de la pena, ya reconocida en términos tan categóricos y expresivos en las Sagradas Escrituras. Sin que sea posible, tampoco, hacer caso omiso de la conciencia jurídica social, para la que, aparte de otras consideraciones de justicia intrínseca, retri-

bucionista, sigue significando algo la función satisfactiva y apaciguadora del castigo, susceptible, cuando no es irrisorio, de aplacar el resentimiento y garantizar la resignación del grupo familiar o social más directamente afectado por el delito, particularmente si éste ha incidido en bienes tan preciados como la vida, la honestidad o el honor. Más que difícil, sería imposible dejar convencida a la familia del asesinado o de la violada, o a ésta misma, de que la verdadera víctima del crimen es el propio asesino o forzador y de la única —o, por lo menos, la principal— finalidad de la Justicia penal no otra que la dudosa resocialización del ofensor, invirtiendo, además, a tal fin, sumas que, en opinión de los damnificados y de la colectividad en su conjunto, mejor podrían ser dedicadas a la reparación del delito.

En la Justicia penal, hay puesto y misión importante para todos y no sólo para el jurista a secas; pero el dominio del proceso y la conjunta y definitiva valoración de cada caso es atribución y responsabilidad privativa del juzgador, conocedor de la Criminología, pero no obediente mandatario suyo o, más exactamente, de su corriente dominante a la sazón, constreñido a actuar al dictado de sus circunstanciales portavoces. Sin desconocer que hay que saber lo mejor posible, y no ya formulariamente, la Criminología y contar razonablemente con ella, y que la utopía de ayer pasa a ser muchas veces la realidad de hoy o de mañana, tampoco hay que olvidar que no siempre ocurre así y que respeto no equivale a idolatría.

Temas de positivo y y actualísimo interés para éste o para cualquier otro curso criminológico, bien pudieran ser, entre otros, a más de la ya tan decantada Tipología criminal, el de la delincuencia e inadaptación juvenil, el examen diferencial del crimen utilitario y del «gratuito»; de la Criminología de la circulación viaria; de las repercusiones de los postulados criminológicos en los modernos textos legales, como, por ejemplo, en el novísimo Código procesal penal francés, con su informe de personalidad del imputado (art. 81), y tantos más. El Código penal sueco, de 1962, vigente desde 1965, denota claras influencias de la nueva Criminología.

Entre los temas acabados de aludir, encierra superlativa importancia, en nuestra época de motorización —en que el volumen de procesos penales por delitos de circulación va constituyendo mayoría, en España—, la que podría ser denominada «Criminología del Tráfico», estudiada últimamente con singular atención por sectores jurídico-criminológicos dedicados a esta rama especial, en que figuran, entre tantos otros, VOLF MIDDENDOR y BOCKELMANN, en Alemania, los agrupados en el Instituto de Módena, en Italia, y, en España, el P. BERISTAIN y otros penalistas, cuales son los implicados en las tareas de la Revista de Derecho de la Circulación, contestes todos ellos en cuanto a su interés en un mejor conocimiento de los factores etiológicos de esta peculiar delincuencia de nuestro tiempo, tanto los de índole sociológica como los referentes a la

psicología del conductor, cuya alertada agresividad aneja a su sensación de poder viene traduciéndose en peligrosidad digna de consideración, que suele hacer del conductor automovilista, con excesiva frecuencia, verdadero centauro moderno, cuya contención exigiría fuerzas superiores a las que contra Neso empleó Hércules.

LOS ESTUDIOS CRIMINOLÓGICOS Y LOS JUECES

Se trata, como dice MEZGER, de concepciones precisamente determinadas sobre la esencia efectiva del delito y del delincuente, por lo que el jurista no puede permanecer ajeno a todo ello y abandonar resignadamente la total investigación psicológico-criminal a especialistas, ya que la resultante político-criminal influye de manera terminante en la interpretación y aplicación de la ley. Esto obliga al Juez y al juspenalista, en general, a familiarizarse con los resultados, la técnica y aún la terminología de esta investigación, llevada a cabo en los más varios terrenos contiguos; máxime si se considera que entra en juego nada menos que el *problema-clave* de la *imputabilidad jurídico-penal* y que habrá de tomar posición en el proceso frente a los dispares dictámenes de los peritos e interpretar sus tesis y datos, sin plegarse sistemáticamente a sus conclusiones. Lo dramático para el Juez es que, como *peritus peritorum*, y con la amplísima potestad apreciativa que le confiere el artículo 741 de nuestra Ley de Enjuiciamiento criminal, habrá de pronunciar constantes y definitivos juicios de valor sobre los más variados problemas científicos, artísticos, técnicos o prácticos, según sea el tema debatido en el proceso. Cuando sea la Criminología, en cualquiera de sus aspectos, lo que entre en juego, ésta iluminará el campo operativo del Juez penal, mostrándole caminos, pero sin desligarle del legal ni prefijarle vinculantemente ninguno de aquéllos, que sólo a él le corresponde decidir, ya que solamente a él habrá de serle pedidas cuentas sobre su acierto en la elección. Dogma éste, de libre apreciación de la pericia, fundamental dentro del tema que nos ocupa, al exigir del Juez —por lo que a la Criminología concierne— una seria preparación criminológica, que será la mejor garantía de su efectiva independencia frente a los pareceres que los especialistas le ofrezcan. La Criminología ha de instruirle, sin esclavizarle. Dicho en el idioma que dio nombre a esta disciplina, «Criminologia, ma non troppo».

En el temario de las oposiciones a Judicatura y Ministerio Fiscal no figura actualmente —aunque sí en el programa de hace unos años— tema ninguno de materia criminológica, si bien en el cuadro de enseñanzas de la Escuela Judicial aparece incluida esta disciplina, que profesa el mismo catedrático universitario que, al presente, regenta el Instituto de Criminología de la Facultad de Derecho madrileña; aparte de la colindante Medicina Legal, desempeñada en aquella Escuela especial, con la personalidad y ánimo que le caracterizan, por el Dr. PÉREZ DE PETUINTO. Así, los Jueces y Fiscales salidos, a partir de 1955, de la Escuela Judicial cuentan ya, oficial-

mente, con una formación criminológica, cuya calidad y consistencia dependerá del grado de efectividad de la enseñanza. Los de épocas anteriores sólo contará con su personal iniciativa y dedicación, ciertamente brillante en bastantes de ellos.

Aún no existiendo en España, por ahora, una *rama jurisdiccional penal especializada*, con la oficial especialización consiguiente de los adscritos a tales funciones —exceptuada la preferentísima dedicación penal de los Fiscales— es evidente que, aunque sea «supliéndolo con su celo», como el precepto castrense manda y la Corporación judicial está tan habituada a practicar, no podrán nuestros Jueces, llamados a actuar desde el principio de su carrera en procesos criminales, desatender el serio estudio de la Criminología, provea o no convenientemente el Estado a esta docencia, en Centros generales o profesionales. Pero tampoco estaría a la altura de su misión el Magistrado, bien sea judicial o del Ministerio público que, cayendo en el opuesto vicio de supraveneración de lo que, con frecuencia es meramente opinable y no axiomático, patentizase su endeble sentido crítico acatando ciegamente la autoridad de proposiciones criminológicas contingentes o eventuales en sus principios y en sus consecuencias, sin reparar en que, como advierte JEFFREY, «tan pronto aparece una teoría sobre la personalidad, es inmediatamente aplicada al criminal». Piénsese en qué hubiera parado la seriedad del Derecho y de la Administración de Justicia si, a raíz de la aparición de las teorías de LOMBROSO, rectificadas luego por los propios positivistas, se hubiesen tomado sus más audaces proposiciones como artículos de fe, tanto por el legislador como por los jueces. El derecho, como factor lento pero seguro de estabilización de preexistentes vigencias sociales, sólo debe acoger y refrendar —salvo en excepcionales coyunturas revolucionarias— lo que ya gozaba de reconocida certeza y asenso colectivo, y no meras probabilidades o hipótesis, cambiables con la moda, ya que de otra suerte peligraría ese difícil equilibrio entre orden y libertad, a que en reciente ocasión aludió el catedrático y magistrado SILVA MELERO, para quien tal ponderado equilibrio debe ser insoslayable preocupación de penalistas y procesalistas, que mal podrían obtenerlo por caminos ajenos a la seguridad consustancial al Derecho.

Si bien es verdad —como se ha escrito recientemente, a propósito de cuestiones como la que ahora nos ocupa— que el Buen Juez MAGNAUD, adalid del Derecho Libre, no hacía otra cosa que aplicar las soluciones de la Sociología criminal, con comprensión, armonizando la ley con la realidad de la vida, sin ser por ello un iluso ni un sentimental carente de experiencia, a nadie se le ocultan, sin embargo, los riesgos de que el ejemplo cundiera tanto que la «excepción» MAGNAUD llegara a generalizarse y que cada Juez, genial o no, se desligara a su antojo de la norma estatal escrita y prefijada y se sintiera un MAGNAUD, sustituyendo la pauta legal por su propio sentido, personalísimo y subjetivo, del Derecho justo.

Criminología y proceso

La aplicación de las aportaciones criminológicas durante el curso del proceso penal tendrá lugar, a grandes rasgos, conforme al siguiente esquema:

a) En la *instrucción*, dejando aparte, en cuanto quehacer extrajurídico, pero no propiamente criminológico, lo concerniente a la indagación de los hechos y averiguación del delincuente (misión peculiar de la Policía técnica, traducida en Criminalística en la medida en que vaya orientada al acopio de prueba apta para producir evidencia y consiguiente convicción judicial), es incumbencia criminológica la concreción de la *personalidad y motivaciones* del agente, útil a fines instructorios tales como el de concretar los «*indicios racionales*» necesarios para acordar el *proceso-samiento* y delimitación, al efecto, de la figura delictiva correspondiente, así como todo lo demás conducente, dentro de un orden criminológico, a los fines de *preparación del juicio*, contemplados por el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y muy principalmente en la práctica de reconocimientos y dictámenes, que, por no ser reproducibles en el plenario, revistan carácter de verdadera *prueba* y no de simple *investigación* sumarial.

b) En el *juicio*: *Prueba*, en sentido estricto, especialmente útil para determinar la *especie delictiva* apreciable —cuando ésta se defina en atención a *móviles* o *elementos subjetivos del tipo*— y para aquilatar la *imputabilidad* y adecuada *responsabilidad* del acusado, reflejable, caso de condena, en la *individualización judicial* de la pena pertinente y, caso de absolución por enajenación mental, para decisión del correspondiente internamiento.

c) En la etapa de *ejecución* —bien incumba la exclusiva potestad en esta materia a la Administración penitenciaria o exista supervisión judicial a cargo de Jueces de Vigilancia— a fines de una mejor *individualización ejecutiva*, referida al *régimen ordinario de internamiento*, *tratamiento especial de semi-imputables y criminales-locos*, *servicio de prueba y libertad vigilada*, en condena condicional y libertad condicional, así como *ayuda post-carcelaria*, temas fronterizos entre la Criminología y la Penología en particular. Y fuera ya del proceso penal, en su más propia acepción:

d) En Jurisdicción de *Vagos y Maleantes*, a efectos de *calificación y clasificación de peligrosos* y elección y ejecución de *medidas de seguridad*.

e) En funciones de *prevención* o *profilaxis social*; sustitutivos penales.

El relativo *arbitrio discrecional* para la *dosificación* que confiere al juzgador, en el supuesto de inexistencia de circunstancias modificativas, la regla 6.^a del artículo 61 de nuestro Código penal, a partir del texto de 1944, aumenta el interés del auxilio criminológico a la Justicia punitiva, a fines de una fundamentada *individualización judicial*.

En conclusión, la *actitud* de conjunto de los miembros de la Administración de Justicia no puede menos de mostrarse netamente *positiva* en cuanto a la ponderación del valor de la Criminología y correlativa necesidad de atender seriamente al conocimiento de esta disciplina que, por lo pronto, no debe faltar ni en el Programa de la prueba de ingreso ni, menos aún, en el Cuadro de Enseñanzas de ninguna Escuela Judicial. Y *crítica* —ya que no *recelosa*—, en cuanto a la ecuánime estimación de sus postulados y posiciones, no consolidadas y, asimismo, de las opiniones periciales. Después de todo, esto es una actitud tanto *intelectual* como *ética*, acomodada a lo que preceptuaría, como prudente criterio deontológico, una recta moral judicial.

Con razón se ha dicho que para un Juez penal —como para un Fiscal, igualmente— demostrar la inocencia es tan glorioso como llegar a la conclusión de la culpabilidad, según corresponda. Y a ambos efectos, prestará valiosa ayuda la Ciencia criminológica. Pero ni el Derecho, como viene repitiéndose, puede abdicar sus poderes en la Criminología ni el Juez resignar los suyos en el criminólogo, por lo que debe procurar ser criminólogo él mismo, en la indispensable medida.

El Juez penal —conocedor de la Criminología y respetuoso con ella, pero no su siervo, ni simple eco de los expertos— dirá en el juicio penal le última palabra, por sí mismo, con toda la abrumadora responsabilidad que ello supone.

Y por ser lo judicial, con tanta frecuencia, arcano y desconcertante, se observa aquí una subversión de términos en cuanto a la relación entre sapiencia y certeza, claramente aplicable a nuestra actual tema: Por común definición, la sabiduría resultante del estudio y de la experiencia es condicionante, si no de la infalibilidad, al menos de una relativa probabilidad de acercamiento a la perfección. En cambio, en el orden judicial, regido —porque no puede ser de otro modo— por criterios de autoridad, la oficial infalibilidad del Juez resulta, a la inversa, determinante de su entrega el estudio, en demanda de esa sabiduría que, en cualquier caso, se le presume, y así, el Juez ha de estudiar infatigablemente no ya para llegar a ser infalible, de hecho, sino porque ya lo es, de derecho. Por ello, el Juez —sobre todo el Juez penal— llamado a juzgar, incluso con el poder de la espada, a sus semejantes, debe aprender y saber Criminología, como tantas otras cosas, precisamente para hacer honor, en cuanto de él depende, a su preexistente infalibilidad y tratar de propiciar así la gracia de ser algún día juzgado con clemencia por la única Justicia verdaderamente infalible.

Problemas alrededor de la legítima defensa

¿ES NECESARIA LA AGRESION ILEGITIMA PARA QUE
PUEDA DARSE LEGITIMA DEFENSA? (*)

JULIAN PEREDA

Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Deusto

La respuesta parece clara y evidente. ¿Cómo va a existir legítima defensa si no hay agresión? Todos están conformes con el principio; pero (cosa rara en nuestros tratadistas clásicos) falta la precisión clara del concepto de agresión. Si este se hubiera estudiado con profundidad sobraría toda discusión en esta materia.

Cierto que aún hoy sigue el problema muy al aire. Véase el estudio tan amplio, exhaustivo que hace ASÚA (1) en su verdadera enciclopedia penal acerca de la agresión. ¿Exige el concepto de la agresión “acome-

(*) Sirva este artículo para el homenaje, tan debido al genial penalista y amigo mío íntimo, don Antonio Quintano Ripollés, muerto en la mejor edad, a quien tanto debe el Derecho Penal Español y de quien tantísimo se esperaba Descanse en paz.

(**) A pesar de hablar de autores tan antiguos, tiene hoy plena actualidad este artículo por la reciente guerra entre árabes y judíos. Mucho se habla ahora del concepto de “agresión” ¿Basta que haya sido Israel (si lo ha sido) quien ha disparado el primer cañonazo o lanzado el primer avión, para que se le pueda llamar “agresor”? Si estaban los judíos oyendo constantemente gritos alocados de que hay que borrar a Israel del mapa; si se incitaba a la “guerra santa”; si todo el mundo árabe formaba ya cuerpo compacto; si se amontonaban junto a sus cortas fronteras ingentes y potentísimos medios de ataque; si se les cerraba el paso de Akaba, etc., etc., ¿podía y debía Israel cruzarse de brazos y esperar el ataque enemigo? Léase el artículo y, quizá nuestros clásicos aclaren el problema. Por supuesto que ni entramos ni salimos en el asunto; está muy por encima de nuestra información y pobres facultades pero no se olvide el profundo sentido común y aun jurídico que late en las Partidas, cuando, al hablar de la legítima defensa, dicen: “e non ha de esperar que el otro le fiera primeramente, porque podría acaescer que por el primer golpe que le diesse podría morir el que fuesse acometido, e después non se podría amparar”.

(1) JIMÉNEZ DE ASÚA (Luis): *Tratado de Derecho Penal* (Buenos Aires, s. a.), t. IV. 160.

timiento”, como dice muchísimas veces nuestra jurisprudencia, o sea, un ataque físico, material, como parecen también entenderlo al comienzo de la exposición de esta materia, nuestros clásicos? Entonces surgen enseguida problemas de muy difícil solución.

Soto (2) mantiene el principio de que sin agresión no hay defensa posible; pero afirma enseguida: “*Existit autem quaestio p̄r molesta*, existe, sin embargo, una cuestión molestísima, que deja muy al aire el problema: “un caso muy arduo, dice VEGA (3) en buen castellano, y por tal lo vende Soto, pues puede también un hombre matar con ponzoña al que sabe que anda por esta vía y por otras aparejando la muerte, si no hay otra manera de evitarlo”.

Soto pone el caso repetido por todos los clásicos. Una mujer sabe cierto que su marido la quiere matar. En el lecho común ha visto ya el puñal debajo de la almohada, con el que quiere acabar con ella, apenas se duerma. No hay escape posible ni modo de evitarlo. ¿No puede la mujer cambiar los papeles y adelantándose, con el mismo puñal u otro medio matar a su marido?

Ante todo téngase en cuenta que se ha de evitar lo que puede constituir escándalo público: parece que consideran el caso como algo del fuero interno. *Servit*, dice Soto, *ad pacandas conscientias*, para tranquilizar las conciencias después de realizado el hecho. No se haga *publice* dice NAVARRA (4): *occulte*, dicen otros, por medio de veneno u otro modo similar; *secluso gravi scandalo*, afirma LAYMAN (5).

Soto, en la resolución del caso, es de los más tímidos. *Profecto res est dubia*, ciertamente es dudosa la resolución, dice, mientras que la inmensa mayoría, casi totalidad (no conozco más excepción que la de CONCINA) está por la afirmativa sin paliativos. Con ese modo de pensar, el principio general de la necesidad de la agresión queda como tambaleándose; de ahí la serie de subterfugios, de distinciones y de argumentos sutiles con los que quieren capear el temporal.

Soto afirma que si esa acción de la mujer adelantándose al marido es *agresión*, entonces es ilícita y no puede admitirse; pero si es *defensa*, lo puede hacer con todo derecho. Pero ¿cómo distinguir en ese acto si es agresión o defensa? Debe dejarse, dice, al arbitrio de un hombre prudente, pues ni la ley ni la ciencia lo resuelven. Añade, luego, como nota prudencial, que no se debe exponer esta doctrina en público, pues no puede saber el vulgo cuándo es defensa y cuándo agresión y podría dar lugar a grandes abusos.

Muy entre brumas queda la cuestión, pues no sólo el vulgo, sino aun los letrados se verán en gran aprieto para solucionar el problema.

(2) SOTO (D.): *De Justitia et Jure* (Salmanticae, 1549), 1. V., 392.

(3) VEGA DE LA (Alonso): *Llamada nueva recopilación del fuero interior* (Madrid, 1598). Orden alfabético de las cuestiones. Homicidios, col. 1185.

(4) NAVARRA (Pedro): *De ablatorum restitutione* (Toleti, 1597) 1. II, 307-555.

(5) LAYMANN (Pablo): *Theologia Moralis* (Venetiis 1740), 1. 3, *De Justitia et Jure*, 267.

Encontró eco esta manera de pensar en otros autores. La sostiene claramente VILLALOBOS (6) y NAVARRA (7) la expone con brillantez:

“Si se preparan insidias, dice, y no queda otro remedio para evadirlas ¿quién no ve entonces que es una verdadera defensa el librarse de la muerte o mutilación que se le viene encima, por cualquier medio, por duro que sea? Si, pues, es defensa, sin duda que hay agresión por parte del otro, pues son términos correlativos defensa y agresión. Por tanto, si por medio de un veneno pudieras quitar de en medio al agresor, sin duda que lo puedes hacer lícitamente”.

Es más bien esta conducta repeler un ataque que agredir, dicen los SALMANTICENSES (8), pues ya es agresor actual el que busca la oportunidad de lanzarse contra ti: puedes, pues, lícitamente tomarle la delantera, sin temor a irregularidad ninguna. Esa conducta del que ha decretado tu muerte es ya una agresión *moral*, dicen otros muchos con DICASTILLO (9) y por tanto puedes tú adelantarte, lo cual será verdadera defensa, no agresión: esa *praeventio phisica* debe llamarse defensa moral, dice FILLUCIO (10).

No falta quien se opone abiertamente, más con elocuencia que con razones: es el famoso DANIEL CONCINA (11), con cuya lectura paso tan buenos ratos por lo resuelto que es, sin miramientos ni componendas con nadie.

“*Doctrinam hanc falsam reputamus*, dice: es falsa esta doctrina, pues nunca es lícito adelantarse al agresor y tan sólo, atacados por él, podemos defendernos. Dicen los probabilistas que en este caso no es agresión la conducta de la mujer, sino defensa. ¡Mata a su marido mientras duerme y no le agrade! ¡A quién le puede convencer esto por muy estoico que sea? Es difícil la situación, sin duda. ¡Ruega a Dios que nunca te encuentres en tal conflicto!

* * *

Se enfrenta también con este problema AZPILCUETA (12), el célebre doctor NAVARRO, tío de S. Francisco Xavier. Comienza con estas terminantes palabras:

(6) VILLALOBOS (H.): *Summa de la Theologia* (Salamanca, 1623), segunda parte, 184.

(7) NAVARRA, o. c. 493.

(8) SALMANTICENSIS COLLEGI, *Cursus Theologiae* (Matriti, 1726), t. II, *De Censuris*, 455.

(9) DICASTILLO (Juan): *De Justitia et Jure* (Antuerpiae, 1641), 1, II, 290 ss.

(10) FILLUCIUS (Vicente): *Moralium Quaestionum*, t. II (Lugduni, 1633), trac. 29, 284 ss.

(11) CONCINA (Daniel): *Theologia Christiana* (Romae, 1768), t. IV, 184.

(12) AZPILCUETA (Martín): *Enchiridion, sive Manuale confessoriorum*, (Lugduni, 1587). C. XV, 255 ss.

“No es permitido a nadie matar a otro, mientras éste no sea agresor... aunque sepa que a él le quiere matar... porque no hay derecho natural ni ley humana que lo permita si no es contra el agresor”.

Viene en seguida el “pero”, con una distinción que la creo muy importante y a la que ni MOLINA ni LUGO prestan atención y tachan a AZPILCUETA de inconsecuente. Dice AZPILCUETA que, a pesar de todo,

“... si el enemigo ha determinado matarte, *nulla mora interposita* o sea, inmediatamente, de manera que no puedas huir, ni evitar de otro modo la muerte; puedes entonces adelantarte y matar al decidido ofensor. Pero si hay *mora interposita* si queda tiempo por celane, no puedes matarle, aunque sepas ciertamente que ha resuelto tu muerte y que está esperando la ocasión propicia: pues puedes ausentarte tú o permanecer en casa, o evitar ciertos parajes, sin contar con que puede enfermar el presunto agresor o arrepentirse, etc., etc., añade, sin embargo, que sería muy excusable la muerte ante los jueces, aun *mora interposita*. en el caso de que constara su propósito homicida y fuera hombre que acostumbraba a llevar pronto a la práctica sus amenazas”.

Va con él TAMBURINI (13) para quien es cierto que se puede matar al oculto insidiante “*si est proxime et in prouinctu*”, es decir, si sabe cierto que está a las inmediatas para agredirle; pero si queda tiempo de por medio, es decir, si es *veluti remote*, es muy dudoso que pueda entonces adelantarse. Admiten, aunque no explícitamente, esta distinción, pero negando en absoluto poder lanzarse contra el presunto agresor *mora interposita*, PUFENDORF y GROCIO, aunque no tenían conocimiento alguno de AZPILCUETA, como lo indicaremos luego.

Realmente me parece muy razonable la distinción, ni veo en ella contradicción alguna en la manera de hablar de AZPILCUETA, aunque sientan lo contrario MOLINA y LUGO; porque lo que hace el Dr. NAVARRO es establecer primero el principio general, admitido por todos y, como no hay regla sin excepción, explicar después la única que tiene, o sea cuando el ataque es cierto *nulla mora interposita*.

Me explico que se opongan MOLINA y LUGO por creerla inútil y fecunda en confusiones y enredos, y ello es porque recalcan mucho esos autores y todos con ellos unánimemente, que es en absoluto necesario que no haya otro modo de evadir la muerte, que adelantarse en el ataque. Claro que tomado así de modo absoluto, sin las modalidades con que suele presentarse en la vida, importa muy poco o nada que medie o no espacio de tiempo para la ejecución del deseo homicida del adversario, si ciertamente no queda otro recurso para salvar la vida que adelantarse y atacar primero.

(13) TAMBURINI (Tomás): *Theologia Moralis* (Venetiis, 1745), t. I, 132.

Sin embargo, como lo indica también TAMBURINI, siguiendo a AZPILCUETA, no faltará moralmente, la mayor parte de las veces, algún modo de defensa, algún escape, más o menos fortuito, en ese lapso de tiempo: hay que agotar todos los recursos antes que tomar medios tan drásticos, en lo que también insisten PUFENDORF y GROCIO.

Dependería en parte esta cuestión del estudio del grado de certeza que se requiriera en la víctima para que pueda adelantarse al inminente agresor. FARINACIO (14) requiere que se den signos reales y manifiestos del inmediato ataque, lo que me parece acertado; mientras que los SALMANTICENSES creen que basta el probable temor de que no puedan defenderse de otro modo.

Y ya que hemos hecho varias alusiones a GROCIO y PUFENDORF, y para dar más amplitud al tema, tratemos directamente de ellos, puesto que lo estudiaron también con criterio ciertamente más cerrado que el de nuestros clásicos, pero digno de tenerse en cuenta. Creo que se acercan bastante al de AZPILCUETA, por eso los pongo a continuación de su estudio

GROCIO (15) es más abierto y comprensivo que PUFENDORF; GROCIO conoce y cita a algunos de nuestros clásicos, mientras que PUFENDORF no sabe de ellos más de lo que ve en GROCIO: no ha leído a ninguno. GROCIO, en lo esencial, parece estar con nuestros autores; pero afirma que es *tutior meliorque*, que es más segura y mejor la opinión contraria. Los teólogos y juristas —añade— *indulgentiam suam longius extendunt*, extienden en demasía su indulgencia y afirma al fin (como lo afirman, claro está, los nuestros) que no se puede matar al insidiante si de otra manera puede evadirse el peligro, si no es completamente cierto que no hay otra solución, y que se debe tener en cuenta la *mora interposita* que da paso a tantas salidas. Es, pues, muy razonable.

Más ampliamente, y hasta copiando bastantes párrafos de GROCIO, lo explana PUFENDORF (16). Lo particular en él, y lo creo acertado, es considerar el caso, primero a la luz de la ley natural y luego cuando se vive en sociedad bien constituida y ordenada, en la que necesariamente estarán muy recortados y sujetos a normas jurídicas los derechos naturales. Nos fijaremos más en este segundo caso.

Empieza con un amplio exordio, esmaltado de citas de clásicos latinos, como buen humanista. Conviene al sabio —dice— tentar todos los medios antes de acudir a las armas: debe ir a lo más seguro antes de lanzarse a la lucha siempre de éxito incierto. Si usas los puños —dice

(14) FARINACII PROSPERI: *Operum criminalium. Pars Quinta* (Antuerpiae, 1618), 205 ss.

(15) GROTII HUGONIS: *De Jure Belli ac Pacis*, V. I. p. 181 ss. (sin lugar de impresión, año 1719).

(16) PUFENDORF: *De Jure naturae et gentium* (Francofurti et Lipsiae, 1749), tomo I. 191-213.

citando a Plauto—, te dolerán las manos. Todo esto aun teniendo el derecho por su parte.

Afirma luego resuelta y absolutamente

“que son verdaderamente absurdos aquellos moralistas que cita GROCIO (por tanto él no los conocé directamente) para quienes es lícito matar al que, sin atarcarte aún directamente, se sabe que conjura contra ti y te pone insidias o prepara el veneno, o te acusa falsamente y urde falsos testimonios para un juicio inicuo y criminal. Y no desaparece el absurdo, continúa, aunque se diga que es el único medio que te queda para salvar tu vida, ya que, en el mayor número de casos, *interposito temporis mora*, mediando cierto lapso de tiempo, quedará siempre alguna esperanza de arreglo. Si tal derecho de matar damos a los ciudadanos. ¿cuál será la ocupación de los magistrados? ¿Para qué los queremos?”

A pesar de la sensatez que aparece en este raciocinio, se ve clara la contradicción en que incurre PUFENDORF, entre el tono absoluto que al principio ha usado calificando de absurdo el parecer de los teólogos, aun en el caso de que no haya otro medio de salvación, y lo que luego afirma; pues si queda esperanza de arreglo es indudable que no es la muerte del insidiante el único medio. Sin saberlo, habla como AZPILCUETA, pues si queda *temporis mora*, eso mismo dice el doctor NAVARRO; pero si no queda tal espacio de tiempo, como puede suceder en no pocos casos (recuérdese, v. gr., lo de la mujer que va a ser apuñalada durante la noche), ¿qué diría PUFENDORF? Lo vamos a ver en seguida y aparecerá cómo casi coincide con los clásicos nuestros a quienes apostrofa tan duramente.

“Pero si uno es invadido de pronto —añade— y en tal apuro no puede pedir la ayuda de los magistrados o de otros ciudadanos, entonces podrá intentar aun la muerte del adversario, ya que de otro modo no puede salvar la vida. Pero, una vez desaparecido el peligro, de ninguna manera podrá perseguir al invasor, ni herirle mientras huye.”

Podría entenderse este párrafo como de auténtica defensa legítima. cuando me veo invadido materialmente por el agresor, no aplicable al que gravemente me insidia y busca la oportunidad para perderme; pero si se fija uno en el lugar en que lo dice, cuando ya antes ha afirmado y probado el derecho de la legítima defensa y, sobre todo, si se lee atentamente lo que viene a continuación:

“que no soy de ninguna manera culpable de la muerte del invasor, por el mero hecho de que hubiera podido quedarme en casa, evitando la salida... ¿para qué entonces la santidad de la

seguridad pública, para qué nos serviría la libertad, si no podemos usar de ella por los peligros que pueden solamente provenir de la maldad del insidiante?”;

parece poder deducirse que se trata de los casos que ahora estudiamos, aun quedando su algo de *mora interposita*, pero pereciendo mi libertad de movimientos. Si es así, a pesar de la absoluta repulsa primera, creo que en lo esencial coincide con AZPILCUETA, aunque no se ve claro que permita adelantarse al agresor.

Detengámonos ahora en MOLINA (17), mucho más resuelto que los anteriores, que, sin reparos ni componendas, y, como si dijéramos, en puro castellano, expone su parecer y profundiza en el estudio de los argumentos que lo fundamentan, lo que no se encuentra ni en SOTO ni en AZPILCUETA: en lo más esencial conservamos sus mismas palabras.

“Creo —dice— que se debe responder así. Es lícito, en general, matar al que ha determinado acabar conmigo, cuando no hay otro camino para librarnos de la muerte o del peligro grave de la misma que se nos echa encima por la malicia de nuestro enemigo: no nos metemos en si es agresor o no, pues sería cuestión de palabras, *quaestio de vocabulo*.”

Trae luego en su apoyo la frase tan repetida de Cicerón: *Oblivisci non potestis, iudices*, no olvidéis, jueces, que se puede matar al que pone insidias.

Entra en seguida en argumento de razón y dice:

Cada uno, por derecho natural, puede hacer lícitamente lo que es necesario para conservar su vida, aunque sea matar a otro, cuando, por la malicia de éste, corre grave peligro la mía, que, según la ley de la caridad, antes debe preferirse conservar la vida propia que no la ajena. Ahora bien; cuando uno decreta injustamente matarme y veo que el único medio que me queda es adelantarme matándole yo a él, obro lícitamente haciéndolo, ya se le llame agresor por su determinación o no.

Y refuerza su argumentación en esta forma:

Es lícito matar al injusto agresor no precisamente porque es agresor, sino porque pone en grave peligro mi vida por la agresión, de tal manera que no me queda otro camino para librarme de la muerte: de donde resulta que si con sola su re-

(17) MOLINA: *De Justitia et Jure* (Coloniae Allobrogum, 1759), t. IV, 34.

solución me pone en ese grave peligro y no me queda otra salida, puedo lícitamente matarle.

Aquí vemos ya un parecer claro y contundente, bien probado, sin ninguna de las distinciones de SOTO o AZPILCUETA. A SOTO le dice claramente que es perder el tiempo estudiar si es agresión o defensa la acción del perseguido: que esa es cuestión de palabras y el problema es más profundo y grave y exige resolución más firme. A AZPILCUETA, que es inútil tal distinción, pues siempre debemos creer que no hay otro recurso.

Es LUGO (18) el que lo ha estudiado más a fondo, aunque su parecer se acerca mucho al de MOLINA.

Lamenta primero la oscuridad con que hablan SOTO, AZPILCUETA y algunos otros, y expone en seguida su sentir.

“Creo por de pronto —dice— que no es lícito matar al que aún no ha decretado tu muerte, pero estás muy cierto que la decretará en seguida y de manera absoluta. Si has cometido adulterio con su mujer y sabes que se enterará inmediatamente y conoces su temperamento terrible y su concepto del honor, seguro puedes estar de su afán de rápida venganza y de que no tienes escape. En estos casos, no puedes adelantarte y lanzarte contra él, porque es inocente y nada ha decretado ni pensado todavía.

En segundo lugar no creo que sea necesario que empiece a agredirte el enemigo; porque la defensa no se refiere a la ofensa ya pasada, sino a impedir la futura; por lo cual si ya preparó las armas o hizo algo para lograr el propósito de matarte, empezé ya a invadirte y puedes defenderte.

La dificultad está, continúa, cuando sólo se determinó a quitarte la vida y busca el momento oportuno. Parece que entonces no tienes aún derecho alguno contra él, porque los actos *mere intermi* no dan derecho alguno al hombre contra otro hombre; ni el juez puede aún imponerle pena de ninguna clase: no ha hecho nada exteriormente, luego no puedes defenderte, porque el ataque debe consistir en algo externo contra ti.

Pero, por otra parte, parece que aún entonces será lícita la defensa, si de otra manera no puedes salvar la vida; pues si algún rey sabe que otro príncipe tiene la resolución firme de injustamente atacarle y lo ha manifestado a alguno de sus consejeros, aunque en realidad no haya hecho nada todavía, claro está que puede lícitamente el rey prepararse y debilitar a su adversario cuanto pueda; lo podrá, por tanto, también el particular, pues tiene igual derecho para defender su vida.”

(18) LUGO (Joannis de): *Disputationum de Justitia et Jure* (Lugduni, 1642), tomo I, 269 y ss.

Ni da LUGO importancia alguna al hecho de que comunique a otros su decisión, mientras sea por puro compañerismo, sin que medie colaboración ni petición de ayuda: pone toda la fuerza de su argumentación en el acto mismo de su decisión en el que ve ya una invasión verdadera.

“Ha empezado a obrar contra ti el agresor cuando ha puesto ya el primer principio práctico de toda la ejecución posterior, el cual es aquel con el que la voluntad se mueve a sí misma y lanza su sentencia absoluta y eficaz contra ti. La sentencia ya está dada, sólo falta la oportunidad para ejecutarla.”

Lo cual, a mi modo de ver, quiere decir: ya hay verdadera invasión, si no de la persona física como tal, si de sus derechos personalísimos de paz, tranquilidad, libertad de movimientos, todos perdidos con esa sentencia de muerte absoluta y eficaz y ciertamente conocida por mí. Ni se me diga, continúa LUGO, que el juez no puede hacer nada contra él, por tratarse de actos meramente internos; porque una cosa es la esfera de jurisdicción del juez, para ejercitar su *jus puniendi* y otra el derecho de defender mi vida contra la voluntad decidida de otro para darme la muerte, lo que nace espontáneamente del derecho natural. No creo, dice al fin con profundo sentido común, que el derecho natural deje sin remedio alguno a los que son así víctimas de tan terribles agresores.

* * *

Estudian el mismo problema en otro caso, que nos causará mayor extrañeza. Me apresuro a decir que debemos despojarnos de la reglamentación jurídica de hoy, del código y prácticas judiciales presentes y resucitar, en lo posible, las de aquellos siglos pasados a las que se acomodan estos autores (19).

Pregunta LUGO a continuación, si puedo matar al que con calumnias muy bien urdidas y falsos testigos busca que el juez me condene a muerte, si con otro medio no puedo salir de tan terrible situación.

Aquí son basantes los que lo niegan, como SOTO, VÁZQUEZ, TURRIANO, CÓRDOBA, etc..., pero más los que lo confirman: LUGO, MOLINA, BÁÑEZ, NAVARRA, VILLALOBOS, TAMBURINI, etc., etc.

(19) Tenía varias notas tomadas de los clásicos, acerca de lo poco que confiaban en la administración de la justicia; se me han trasapelado; pero queda aquel testimonio de Cervantes, cuando Don Quijote dio libertad a los forzados: “que, mal de su grado, los llevaban donde no quisieran ir... Yo voy, dice uno de los presos, por cinco años a las señoras gurapas, por faltarme cinco ducados... dígoles porque si a su tiempo tuviera yo esos veinte ducados que vuestra merced ahora me ofrece, hubiera untado con ellos la péndola del escribano y avivado el ingenio del procurador; de manera que hoy me viera en mitad de la plaza de Zocodóver de Toledo y no en este camino, atraillado como galgo...”

Vamos a ver primero cómo lo prueban los que sostienen tal opinión y luego cómo responden a los argumentos de los adversarios.

No hay diferencia, vienen a decir todos ellos, en que a uno le mates por ti mismo o por medio de otro inducido por fuerza o por engaño y bien lo prueba la Sagrada Escritura... *Interfecisti Uriam gladio filiorum Ammon* se le dice a David: mataste a Uría con la espada de los hijos de Ammón. Por tanto, como puedo matar a otro cuando me ataca directamente, lo podré hacer también cuando, por medio de otro o con la espada de su lengua, puede y quiere hacerlo. No veo, dice NAVARRA (20) y con él otros muchos, en qué se diferencia el que quiere lanzarse contra mí con armas, del que lo hace con otro medio injusto igualmente eficaz, v. g., con la espada de su lengua, si estoy cierto que con ella quiere acabar conmigo. *Exacuerunt ut gladium linguas suas*, se lee en los salmos; afilaron como puñales sus lenguas contra mí. Increpa S. Agustín a los judíos y los llama occisores de Cristo, pues le mataban al gritar *crucifige, crucifige eum*. O como dice más al caso VILLALOBOS (21): "Y también se entiende que es lícito matar al que va a acusar a uno y tiene falsos testigos para que le condenen a muerte; que lo mismo es matarle por medio del juez que con su espada propia." *Negandum est* dice DICASTILLO en el lugar antes citado, se debe negar que no es agresor el que da testimonio falso en el juicio (22).

Otra clase de argumentos proponen también muy en particular BÁÑEZ y LESIO, diciendo y probando que se puede en esas circunstancias aceptar el duelo cuando sea el único medio para librarse de enemigo tan funesto; de donde deducen que se le podrá, por tanto, matar directamente, sin acudir a tal procedimiento.

Añaden finalmente, que así como se puede matar al que quiere violentamente arrebatarle todos los bienes, podrá también hacerlo al que quiere e intenta con esas falsas acusaciones quitarte la honra y el buen nombre, que valen más que los bienes de fortuna, y si a ello se añade el inmediato peligro de la misma vida, ¿qué duda puede haber entonces?

Mucha, muchísima duda, responden los adversarios y dicen con CÓRDOBA que sin agresión no se puede hablar de legítima defensa y que una cosa es la agresión o invasión injusta, necesaria siempre, y otra la maquinación fraudulenta, contra la que no cabe el uso de la fuerza.

(20) NAVARRA, o. c. 497.

(21) VILLALOBOS, o. c. 184.

(22) Da un paso más adelante BÁÑEZ y considera el caso de que sea cierto el delito imputado, pero oculto. ¿Puede entonces defenderse uno aún con la muerte del denunciante, si es el único medio de evitar el mal? Oigamos a BÁÑEZ. "Pero pregunta alguno: ¿qué puedo hacer cuando se me quiere acusar de un crimen cierto, pero oculto, con peligro inminente de mi muerte o de infamia? Se responde que si no tiene el acusador derecho alguno de denunciarme, ni procede según la justicia legal, me puedo defender de él como del que me imputa un crimen falso". Citado por DIANA en su *Resolutionum Moraliuum* (Lugduni, 1641), parte IV, 117 y ss. Piensan lo mismo TAMBURINI y HURTADO DE MENDOZA.

“*Vim vi repellere licet, non fraudem*” se puede rechazar la fuerza como la fuerza, pero no con la fuerza el fraude o engaño. El falso testimonio dice BONACHINA (23) *non censetur aggressio sed injustitia*, no es agresión, sino una injusticia que debe llevar su castigo.

Completamente de acuerdo, responden con LUGO los del otro bando; pero aquí el fraude y el engaño lo es respecto del juez a quien se quiere engañar con calumnias y falsos testigos; pero respecto al inocente no hay engaño ni fraude sino agresión o fuerza que contra él se quiere ejercer por medio del engaño al juez: puede, pues, con la fuerza rechazar esa otra fuerza, matando ocultamente, si no queda otro medio, al autor injusto de esa violencia, al calumniador que así quiere acabar conmigo.

Otra clase de razones en contra expone VÁZQUEZ (24), muy fuertes sin duda y luego repetidas por otros autores, muy especialmente por TURRIANO, que ponen en no pequeño aprieto a LUGO y sus seguidores.

No es propiamente invasor, dice, el que acude a los tribunales contra un tercero, aunque lo haga injustamente y con la peor intención. Obra, sin duda, contra derecho, pero no contra el orden del derecho; no obra como persona privada, ni por su propia autoridad, sino como persona pública, o sea, por medio del juez y guardando el orden jurídico.

De nuevo creo preciso recordar que no era entonces la vida de los tribunales como la de ahora, ni la importancia que a los testigos se daba, ni los modos de examinar sus testimonios y de buscar la verdad y de aquilatar científicamente las circunstancias como se hace en la actualidad. Hoy sería inconcebible la manera de pensar de aquéllos LUGOS y MOLINAS en esta materia y en absoluto rechazable su criterio; ¡buenos estaríamos si se pudiera, con tranquila conciencia, atentar contra la vida del que me lleva ante el juez, aunque esté yo firmemente convencido de que lo hace contra todo derecho y sólo buscando mi aniquilación con bien amañadas calumnias y falsos testigos! ¡Cuántos miles se creen, con razón o sin ella, víctimas de las maquinaciones de otros, sin que concedamos en modo alguno, que puedan lanzarse contra ellos, alegando legítima defensa, ante la supuesta y para ellos evidente agresión contra sus bienes o su vida!

Sin duda que no resultaba tan absurdo en aquéllos tiempos, cuando mentalidades tan eminentes lo defendían. No se olvide la máxima de “*distingue tempora et concordabis jura*” muy especialmente aplicable a la administración de justicia.

Creemos, pues, que esa dificultad de VÁZQUEZ no tendría hoy solución; sin embargo, varias respuestas de LUGO, no muy convincentes a nuestro parecer.

Ne sé por qué, dice, se le ha de quitar a nadie el derecho a la le-

(23) BONACHINA (Martín): *Operum de morali Theologia*. T. II (Antuerpiac, 1635), 367.

(24) VÁZQUEZ (G.): *Opuscula Moralis* (Compluti, 1617), 182 y ss.

gítima defensa sólo porque se guarda exteriormente el orden jurídico, si se concece que realmente hay verdadera invasión concreta contra derecho. Lo confirma con un ejemplo de aquellos tiempos. Incurre en excomunión el que hiere por sí mismo a un clérigo y en la misma excomunión incurre el que le hace azotar por el juez, engañado intencionadamente por el acusador: nada por tanto, vale que se haya guardado el orden jurídico.

No creo que convenza mucho el argumento, pues para declarar esas calumnias es el juicio, ni que él quedara muy satisfecho; porque, añade a continuación: si los ejecutores o ministros del juez conocieran la inocencia del condenado y quisieran, sin embargo, cumplir en él la sentencia de muerte, podría el condenado resistirse y aun matarlos, no quedando otro medio para salvarse (según opinión entonces vigente), y eso que no obran como persona privada, sino con autoridad pública: luego nada importa tampoco que obre el acusador por medio del juez como persona pública.

Tampoco puede cabalgar muy seguro sobre el corcel de su argumento, pues la refutación por símiles y ejemplos deja, generalmente, camino muy abierto a la contrarréplica, y así va ahora derecho al toro para atacarle de frente.

“VÁZQUEZ, continúa LUGO, dice que sería agresor el falso denunciante si fuera contra el derecho y obrara contra el orden jurídico establecido; pues bien, el que busca mi condena capital por medio de calumnias y falsos testimonios va contra el derecho y contra el orden establecido para administrar justicia; pues todos los derechos mandan al acusador y al testigo que sólo, según su conciencia, acusen y den testimonio; luego el falso acusador va contra el derecho y contra el orden establecido; y, por tanto, se le puede resistir, aun con su detrimento y daño.”

Se ve claro en este raciocinio que va el acusador contra el derecho; pero no que vaya contra el orden establecido al llevarle ante el juez.

Acabemos esta excursión jurídica con la nota sensatísima de LESSIO (25), ya insinuada por SOTO, y luego repetida por otros.

“Pero esta sentencia —dice—, aunque tal vez probable especulativamente, sin embargo, no se debe admitir en la práctica por los trastornos que de ella podrían seguirse. Fácilmente se persuaden los acusados de que lo son calumniosamente y que no queda otra salida que la muerte de los falsos acusadores, y así se causarían muchas muertes injustamente, y en una República bien constituida se los castigaría como a homicidas.”

(25) LESSIO (L.): *De Justitia et Jure, cæterisque virtutibus cardinalibus* (Antuerpie, 1621), I. II. 94.

Más explícito aún DIANA (26):

“Aunque sólo a la luz del derecho natural—dice—no sea improbable tal opinión, sin embargo, creo que por el derecho positivo puede prohibirse y que de hecho está prohibida y que la ley que prohíbe el homicidio puede también aplicarse a estos casos. Parece admitido por el uso que en cualquier República bien ordenada se condena a muerte al que mata en esas condiciones, ni creo que en ninguna parte pudiera admitirse como excusa que lo hizo como defensa legítima necesaria.”

Enumera después los grandes abusos que de tal opinión pudieran seguirse y que, por tanto, se trata en estos estudios de problemas especulativos sin fuerza en la práctica. Yo, con otros, dice TAMBURINI (27), así lo creo; es decir, aunque especulativamente parezca probable tal opinión, sin embargo, de ninguna manera puede tener aplicación práctica.

No quedan muy conformes LUGO ni BÁÑEZ con esta manera de ver el problema: aquél se refiere al carácter especulativo que quieren darle algunos, y BÁÑEZ a las perturbadoras consecuencias que atribuyen a esta opinión.

“Confieso a la verdad—dice LUGO—que el caso es raro, pero no metafísico, como lo comprueba sobradamente la experiencia; pues se encuentran algunos con ánimo tan obstinado de venganza que, tentados todos los medios y ofrecido todo género de satisfacciones, no se rinden si no beben la sangre del ofensor, el cual se ve obligado a desterrarse y vagar por el mundo y en ninguna parte está seguro ni libre de sus persecuciones: por lo cual no creo que los haya dejado el derecho natural sin remedio contra tan inicuos agresores: No todos son santos como David, que, injustamente perseguido por Saúl a muerte, quiso más respetar su vida que matarle, cuando pudo hacerlo impunemente.”

Y BÁÑEZ dice con relación al segundo punto:

“tan grandes inconvenientes no provienen de la doctrina misma, sino de la malicia de los litigantes, que no examinan prudentemente las circunstancias en las que es lícito matar al falso acusador o falso testigo.”

Y basta lo dicho en materia tan singular, que prueba, una vez más, la amplitud de criterio de nuestros tratadistas antiguos y la libertad

(26) DIANA (Antonio): *Resolutionum moralium* (Lugduni, 1641), pars. quarta, 117.

(27) TAMBURINI, o. c. 132.

tan completa de expresión aun en asuntos tan vidriosos. Para terminar este apartado de la legítima defensa en nuestros clásicos, nos quedan aún varios problemas, no estudiados generalmente por los modernos, algunos de los cuales vamos a considerar ahora.

¿ESTÁ EL ATACADO OBLIGADO A DEFENDERSE?

Que el injustamente atacado pueda defenderse aun con la muerte del ofensor, si no hay más remedio, y *servato moderamine inculpatae tutelae*, lo conceden todos los autores, entre nuestros tratadistas clásicos, sin excepción. Suelo tan firme pisan que se preguntan en seguida si está obligado a defenderse y aun a matar, si es preciso, antes que ofrendar su vida.

Voy a empezar con CARPZOVIO (28), tan celebrado en el mundo penal, pues, aunque no es de nuestros clásicos, conoce y cita a algunos de ellos y se acerca no poco a su parecer. Dice así en su magnífica obra *Practicae novae imperialis Saxoniae rerum criminalium*, literalmente traducido:

“Más aún; el que prefiere morir antes que matar al injusto agresor, peca gravísimamente no sólo contra sí, pues al menospreciar el amor que a sí mismo se debe, se diría que a sí mismo pretende matarse; sino también contra Dios, pues contra su voluntad abandona el puesto en que le ha colocado; también peca contra la república, pues antes del tiempo debido le priva de sí, de sus trabajos y empresas y peca además contra la pública tranquilidad y la enmienda del prójimo, ya que, por su paciencia, crece la maldad de los perversos y se lanzan a mayores crímenes.”

Así habla CARPZOVIO. Le sigue en lo firme del parecer (véase sin falta la nota), aunque con menos elocuencia, el ABULENSIS (29), como

(28) CARPZOVIO: *Practicae novae imperialis Saxoniae rerum criminalium* (Francofurti et Witterbergae), 1652, I, 150.

(29) Así lo dicen, MOLINA, LUGO, LEDESMA y no sé cuántos más; de LUGO lo tomé yo y lo digo en mi *Covarrubias penalista* (Barcelona, Bosch, 1959), 92. Acuciado por lo singular del tema, quise verlo en el mismo TOSTADO. Es una selva inmensa y sin un buen hilo de Ariadna, difícilmente se orienta uno. Ayudado con los índices, en el comentario a S. Mateo, cap. V, vi que se trataba ampliamente de la legítima defensa: la dedica nada menos que diez columnas en gran folio.

Mi sorpresa fue muy grande. No sólo no encontré la tal obligación de matar al adversario por salvar la vida propia, sino que es de los más tímidos en admitir la misma legítima defensa.

Expone ampliamente la opinión de SANTO TOMÁS, que es la común de los clásicos; después, con gran detención, la de SAN AGUSTÍN, tan controvertida como negada y termina así: *Utraque istarum positionum videtur aequaliter rationalis*; una y otra de estas posiciones son a su modo defendibles y añade: “*communior tamen*, pero es más común la que afirma que es lícito matar a otro en

le citan habitualmente, o sea ALFONSO DE MADRIGAL TOSTADO DE RIBERA, obispo de Avila, conocido generalmente por "EL TOSTADO", hombre de inmenso saber y erudición maravillosa. Por algo queda aún el proverbio: "sabe más que el TOSTADO". Dos razones da para sostener que tiene no sólo derecho, sino obligación de defenderse y matar, si es preciso, antes que morir. Primera, porque, en materia grave, bajo pecado mortal, obliga el orden de la caridad y el tal orden manda que se prefiera la vida propia a la ajena; y segunda, porque, según mandato del derecho natural, cada uno está obligado a conservar su vida, valiéndose de todos los medios lícitos para ello; pero es medio lícito matar al agresor injusto cuando es necesario para seguir viviendo, luego está obligado a matar antes que morir.

defensa propia y parece más razonable." Con esta afirmación tan tímida y vacilante, ¿cómo se puede sostener que defiende la obligación de matar antes que morir frente al atacante?

A lo largo de tantas columnas, sólo trata de la *licitud*, nunca de la *obligación* y lo que más defiende y más repite en largos párrafos es que nunca se puede tener intención de matar; que sólo puede defenderse aunque, como consecuencia de la defensa, pueda acaecer la muerte del adversario, como algo puramente accidental. Tener la intención de matar siempre es pecado; nunca la puede tener *in quantumque necessitate*, por grande que sea la necesidad en que se vea. ¿Cómo se conpágina todo esto con la obligación de matar, antes que morir? Y más cuando añade: "*Item potest...* puede suceder que alguno, viéndose en grave aprieto, crea que no es posible salir con vida sin matar al adversario..., pero piense que es muy posible; pues puede caerse el atacante, puede entrarle el miedo a puede impedirlo Dios y así podrá librarse sin matar al otro".

Y saca como consecuencia de largas consideraciones: "*Videtur dicendum*", parece que se debe decir que no peca el que defendiéndose mata al enemigo, pues sino sería necesario que se dejara morir en cualquier ocasión que el enemigo le atacara y dice que esto sería acabar con la paz de la república, con el culto de Cristo, que consiste sólo en la conservación de los buenos, con el triunfo de todos los desalmados (argumentos que han de explotar SOTO, MOLINA y LUGO) y por consiguiente que no es conveniente, o por lo menos no es necesario, que el hombre se entregue sin defensa alguna antes de matar al ofensor.

¿Dónde está en todo esto la obligación de matar al atacante antes que morir? Sólo trata de la *licitud*, niega toda intención de matar, aún en los más graves aprietos y sólo afirma que no se debe dejar matar por cualquiera, en cualquier ocasión, pues eso sería el triunfo de la maldad, en lo que están con él todos los clásicos, y acaba diciendo: "*Ideo licet licitum sit occidere hostem se defendendo, non debuit hoc praecipere sed permitti*"; de manera que aunque sea lícito matar al adversario en propia defensa, esto nunca se debió mandar, sino a lo sumo permitir.

Por tanto veo claramente que no es cierta, sino más bien falsa la opinión que atribuye al TOSTADO esta manera de pensar.

Pero, ¿cómo se explica que lo afirmen tantos y tan preclaros autores clásicos y con tanta precisión? En primer lugar, he visto que también nuestros grandes tratadistas se copiaban unos a otros con excesiva frecuencia, sin acudir a las fuentes. Aquí se ve claro que LUGO lo copia de MOLINA, casi con las mismas palabras, y cabe también en este caso otra explicación. Fue tanto lo que escribió el TOSTADO que muy bien puede suceder que tratara en otra ocasión de la misma materia y allí afirmara lo que dice MOLINA; pero se me hace muy difícil que, en materia tan importante, hubiera tal diferencia de criterios en un escritor tan de primera fila como el TOSTADO.

TOSTATI (A.): *Commentaria in Primam partem Mathaei* (Venetiis, 1728), tomo 19, 143.

Además de PABLO CASTRO, citado por COVARRUBIAS, podría creerse de la misma opinión a FARINACIO (30), cuyas son estas palabras:

“De tal manera es lícito matar en la legítima defensa, que si el atacado, pudiendo defenderse no lo hace y permite ser muerto, peca y debe ser condenado como suicida.”

Las frases son contundentes; no le pongo, sin embargo, entre los partidarios de CARPZOVIO y el TOSTADO, porque añade que

nulla juxta subsistente causa, no habiendo causa justa para consentirlo.

Lástima que no lo explique; pero parece que sigue, más o menos, a regañadientes, al grupo general.

Todos los clásicos capitaneados por CAYETANO (31), COVARRUBIAS (32), SOTO (33), MOLINA (34), LUGO (35), LESIO (36), etc., etc., afirman que puede uno dejarse matar para que el otro siga viviendo y no pierda al mismo tiempo cuerpo y alma, y añaden que, aun por sola la vida temporal del prójimo, puede hacerlo y que sería un acto de egregia caridad. Lo prueban así. Por la vida corporal del prójimo es cierto que puede uno exponerse a graves peligros de muerte, v. g., en caso de peste; pues aunque no somos dueños de nuestra vida, somos administradores de la misma, y esta administración, que Dios nos concede, incluye la facultad de acto tan eximio de virtud, si se hace en su obsequio y para gran aumento de nuestros méritos; tanto más cuanto que a ello nos incita con su ejemplo el mismo Jesucristo al morir por nosotros, y con sus palabras, pues nos dice que amemos a nuestro prójimo como El nos amó y que el mayor acto de amor es poner la vida por sus hermanos.

Refutan los autores las razones del TOSTADO. Que debemos amarnos a nosotros mismos, dice LUGO, es indudable, como lo es también que el recto orden de la caridad pide que, *caeteris paribus*, amemos más nuestra vida que la del prójimo; pero no nos obliga esto a usar medios extraordinarios o muy difíciles. *Est autem medium valde difficile*, pero es medio muy difícil que deba matar a mi prójimo por defenderme, máxime si está en pecado mortal; luego no estoy obligado a conservar con tal precio mi vida, y como puedo exponerme a morir de peste por ayudar a los atacados por tan terrible enfermedad, a for-

(30) FARINACIO (P.): *Operum criminalium* (Antuerpiae, 1618), V, 201.

(31) CAYETANO (T.): *Secunda secundae* (Antuerpiae, 1576), quæst. 64, art. 6, página 228.

(32) PEREDA (J.): *Covarrubias Penalista* (Barcelona, 1959), 97-113.

(33) SOTO (D.), o. c., 393.

(34) MOLINA (L.), o. c., 36.

(35) LUGO (J.), o. c., 266.

(36) LESSIO (L.), o. c., 93.

tiori potero mortem tolerare, con más razón podré pasar por mi muerte antes que matar al que me ataca. Lo cual no quita que deba defenderme, y por medios ordinarios salvar la vida sin daño del prójimo, por la obligación que tengo de conservarla. Y resumiendo lo dicho en forma escolástica añade: Se responde al argumento del TOSTADO diciendo que no todo el orden de la caridad *est sub praecepto*, no todo él es obligatorio, sino que parte de él *est sub consilio* y algunas cosas solamente *sub permissione*. Al segundo argumento se da la misma contestación.

¿QUIÉNES TIENEN EL DERECHO DE DEFENDERSE AUN CON LA MUERTE DEL ADVERSARIO?

Lo tienen todos y contra todos: el hijo contra el padre, dice TAMBURINI (37), y con él todos los demás; el padre contra el hijo; el hermano contra su hermano; el siervo contra su señor; el sacerdote, el religioso, contra el prelado; el ciudadano contra el rey, contra el Papa; y esto en cualquiera situación. Aunque sea cuando esté el sacerdote, añade LESIO, celebrando la misa, puede defenderse y aun matar, si es preciso, y seguir después, como si tal cosa, hasta concluir la celebración; pues no se ha excedido en el ejercicio de su derecho conforme a toda justicia, contra el que nada puede ni ley, ni estatuto, ni costumbre alguna en contrario.

Detengámonos un poco en la legítima defensa contra el Rey, caso tan estudiado por todos los clásicos.

El gran VÁZQUEZ DE MENCHACA (38) se pone casi contra todos ellos y dejándose llevar de su afán polémico, se desborda aquí, como en otras ocasiones, su elocuencia y dice indignado:

“que esta defensa propia es de derecho natural y el pretender arrebatarla al linaje humano debe parecernos no sólo impío, sino también criminal; no cambia el aspecto de la cuestión porque el agresor sea un príncipe o un caudillo de la república u otra persona necesaria para el régimen público... Así pues, si el príncipe de la república a que pertenezco se lanza a matarme o herirme siendo yo inocente y sin merecerlo, por el mismo hecho y por el mismo derecho deja de ser príncipe..., si yo le hubiera dado muerte, no tanto parecerá que he matado al príncipe, cuanto a un hombre particular”.

Pocos le siguen en este parecer, un poco extraño en aquellos tiempos de tan excesivo culto a la soberanía. Sólo encuentro frases seme-

(37) TAMBURINI, o. c., 131.

(38) VÁZQUEZ DE MENCHACA (F.): *Controversiarium illustrium libri 3.* (Valladolid, 1931), I, 334.

jantes en el insobornable y original siempre CONCINA (39), que ve en todos los hombres tal inclinación natural a defender su vida que así lo harán contra cualquiera, sea Príncipe o Rey: pues “el tal Rey no es nada útil a la república cuando pone insidias a la vida de sus súbditos, *sed fortius lupo comparatur devoranti gregem*, sino que más bien debe ser comparado al lobo, que devora su grey”.

Hay otros que casi coinciden con estos: ocupan un lugar intermedio entre los extremos. Oigamos, por ejemplo, a MANUEL RODRÍGUEZ (40), que nos dice en buen castellano en la *Suma de casos de conciencia*:

“Por defender la vida, licito es matar al Príncipe; porque aunque los vasallos deben anteponer la vida del Príncipe a la suya propia, esto se ha de entender cuando está el Príncipe en estrecha necesidad puesto, no pudiendo huir el peligro en que está, empero poniéndose de su voluntad a este peligro, del cual, si quiere, se puede librar, no están sus vasallos obligados a poner su vida al tablero por la suya. Verdad es, que si el Príncipe no solamente es bueno, más aún es necesario para el Reino, tanto que de su muerte probablemente se seguirían muchos males; en este caso haría una obra heroica el vasallo no se defendiendo, como lo dize CÓRDOBA contra SOTO que le obliga a no matarle por su defensión; porque poner obligación a un hombre que viendo la muerte al ojo, no se defiende de ella, es negocio grave”.

Sensato y prudente me parece este pensar y es el de CÓRDOBA, VÁZQUEZ (41). CARDENAL ZABARELLA y algunos otros, según los cuales la ley divina, natural y positiva defienden la legítima defensa sin poner excepciones ningunas, y donde *lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Podría dejarse matar y sería acto heroico, pero no puede ser obligatorio.

SOTO, MOLINA, BÁÑEZ, DIANA (42), y otros sin cuento sostienen la obligatoriedad de respetar la vida del Rey en determinadas circunstancias, aunque ataque ilegítimamente a un particular. Oigámosles a ellos mismos. BÁÑEZ en la cuestión 64 de Iustitia, art. 7, dice que:

“cuando de la muerte del agresor se sigue notable daño a la República, está el hombre obligado a morir antes que matar al agresor, con tanto daño del bien común... Pero decimos, sin embargo, que si matara al agresor defendiendo su propia vida con todos los miramientos debidos, no pecaría contra la justicia

(39) CONCINA, o. c., 181.

(40) RODRÍGUEZ (M.): *Suma de casos de conciencia* (Barcelona, 1616), t. I, caso 220, núm. 8.

(41) VÁZQUEZ (G.), o. c., 183.

(42) DIANA (A.), o. c., p. 115. También en el teatro se refleja este parecer. En “Locura por la honra” hace decir Lope a un caballero villanamente ultrajado por el príncipe: Más vale, aunque caballero / soy de tan alto valor / que yo viva sin honor / que Francia sin heredero.

conmutativa con relación al enemigo muerto, pero pecaría mortalmente contra la caridad y piedad, contra la patria y por añadidura contra la justicia conmutativa con relación a la República a la que causaría gran daño”.

“Si el agresor fuera rey, jefe o persona muy necesaria para la República, dice SOTO y el invadido fuere uno del montón, cuya vida no significa nada para el bien común, yo creería entonces que el atacado está obligado por caridad a tolerar la muerte antes que causarla.

Lo mismo dice MOLINA, añadiendo expresamente que la obligación sería bajo pecado mortal. Da la misma razón, o sea, que por la ley de la caridad está uno obligado a preferir bien común tan eminente a su propia vida.

“Cuando yo explicaba esta materia en Evora, continúa anecdóticamente (queda así muy claro su pensamiento), ponía como ejemplo a nuestro catolicísimo rey Felipe II, de cuya vida, hasta que sus hijos crecieran y llegara el príncipe a la edad legal, pendía según el sentido de todos, la paz de la república cristiana y todo el bien temporal y espiritual de la Iglesia en tan perturbados tiempos. Si, pues, injustamente atacara a alguno (inconcebible en absoluto en tan cristiano Rey), el atacado se vería obligado a tolerar la muerte antes que matarle, con un daño tan grande para la Iglesia y para nuestros reinos. Pero si un Rey tuviera ya sucesor que pudiera gobernar dignamente la República, entonces podría el atacado lícitamente matarle para defender su vida, pues de la muerte del Rey no se seguiría tal daño a la República que exigiera el sacrificio de la vida del injustamente atacado”.

Así hablan la inmensa mayoría. No es por la persona misma del Rey, a pesar del halo sagrado que entonces los circundaba, sino por el posible daño grande de la nación, por las guerras civiles y general trastorno que se temía.

A tres posturas, por tanto, se puede reducir toda esta cuestión:

Primera.—La de los que afirman que siempre puede el atacado defenderse, aún con la muerte de Rey agresor, pase lo que pase.

Segunda.—La de los que creen que puede perfectamente defenderse hasta las últimas consecuencias, pero que sería acto heroico, nunca obligatorio, permitir antes su muerte que la del Rey atacante.

Tercera.—La que sostiene la obligación absoluta de tolerar antes su muerte que la del Rey, porque según el orden de la caridad debe siempre preferirse el bien común cuando es muy grande, al bien particular, aún a costa de su vida.

Nos parece la más razonable la segunda, pues, como decía RODRÍGUEZ MANUEL “poner obligación a un hombre que, viendo la muerte al ojo, no se defiende, es negocio grave”.

UN CASO CONCRETO INTERESANTE

Otro problema se presenta a nuestros grandes clásicos, hoy olvidado en absoluto, pues era fruto natural de la fe de aquellos tiempos, fe viva, que tanta importancia daba a la suma trascendencia y superioridad de lo sobrenatural sobre lo material, a lo eterno sobre lo temporal.

Viviendo en su intensa realidad la vida religiosa, veían claramente aquellos tratadistas que, si el atacado mata al que le ataca injustamente, puede también condenarle por toda la eternidad; pues muchas veces puede estar firmemente persuadido de su mala fe y por tanto de su estado de conciencia en pecado mortal. ¿Puede entonces matarle y acarrear su infelicidad eterna, haciéndole perder a la vez cuerpo y alma?

Lo estudian con detención y gran cuidado. Ven primero que el orden de la caridad obliga, bajo pecado mortal, a socorrer al prójimo puesto en extrema necesidad material: afirman, asimismo, que con mayor razón está también obligado, aún con peligro inminente de su vida, a socorrerle en extrema necesidad espiritual, puesto que deben anteponer la felicidad eterna del prójimo a su vida temporal; ¿cómo, pues, podrá matarle si sabe que con la vida temporal le causa también su perdición eterna?

Y este era el sentido del pueblo y por eso aplaudían con tanto entusiasmo los arranques de Calderón de la Barca que en esto era verdaderamente el eco de los grandes teólogos y juristas. En el "Médico de su honra", cuando va Don Gutiérrez a sangrar a su mujer, a la que cree en torpes relaciones, dice con profundo sentido cristiano:

"Ya que la cura he de aplicar postrera
No muera el alma, aunque la vida muera."

Y luego deja escrita en prosa la sentencia contra su mujer en estos términos: "el amor te adora, el honor te aborrece; y así, el uno te mata y el otro te avisa. Dos horas tienes de vida; cristiana eres, salva el alma, que la vida es imposible".

¡Qué acordes caminaban entonces en España juristas, teólogos y comediógrafos, todos informados por un mismo sentimiento religioso, tan profundamente vivido!

Pero sigamos con nuestro tema jurídico.

¿Cómo resuelven los moralistas este conflicto? Muy sencilla y profundamente, aunque difícil lo llama Lugo (43). Es un caso concreto del primer problema, o sea, si está uno obligado siempre a defenderse, matando antes que dejarse morir.

(43) Lugo, o. c., 267.

Sostienen, como lo hemos visto, que no hay tal obligación general, pero añaden ahora que ni siquiera en estas circunstancias.

Traen como adversarios a GERSON, RICARDO DE S. VÍCTOR, AGUSTÍN DE ANCONA y algún otro; pero afirman que aunque la ley de la caridad ordene que se debe anteponer la vida espiritual del prójimo a la propia corporal, esto se debe entender cuando mi vida es tan necesaria al prójimo para asegurar la suya espiritual, que si no me expongo a peligro de muerte, él se pierde irremisiblemente. Pero si mi vida corporal no lo es necesaria, de tal manera que él, por sí mismo, pueda ayudarse y asegurar su salvación, pero por su malicia no quiere desistir de su vida depravada; entonces no me obliga esa ley de la caridad a exponer mi vida para asegurar la salvación del otro. Ese es nuestro caso. Deje él su vida de pecado en atacarme injustamente, como es su obligación; pero si persiste tercamente, alla él...

“No se puede decir, afirma LUGO, que se encuentra entonces en necesidad alguna de mi ayuda, y mucho menos en necesidad extrema: en su mano está el remedio. Es algo así, continúa el mismo LUGO, como si el que tuviera dinero propio para comprar alimentos, no quisiera gastarlo y se viera así en peligro de muerte: claro está que no habría en mí obligación alguna de darle lo mío, pues no lo necesita. La caridad no obliga con tanto rigor en relación con cualquier necesitado, sino con los que lo necesitan de verdad. La razón, a priori, está en que tal obligación se funda en aquel precepto de derecho natural: “amarás al prójimo como a ti mismo, o lo que quieras que se haga contigo, hazlo tú con los demás y ninguno puede querer razonablemente que se le ayude y se le alimente cuando con sus propios medios puede cubrir sus necesidades... y así también ninguno razonablemente desea o pide que cuando puede fácilmente mirar por sí mismo, no invadiendo a nadie contra todo derecho, vayan a permitir los otros ser atacados y muertos antes de defenderse con posible muerte del atacante en pecado, para librarle de la eterna condenación. Podrían hacerlo, pero obligación no hay ninguna”.

¡Pues no faltaba más, dice MOLINA, sino que hubiera tal obligación!

“Tunc *pessimiquique*..., entonces los peores entre los malvados invadirían a los mejores, les arrebatarían sus bienes y hasta su vida, sabiendo que no podían matarlos en su defensa aumentarían así los ataques, se multiplicarían los criminales en la república con mayor detrimento aún espiritual de los mismos malvados, que si se permitiera matarlos en defensa propia. La luz natural enseña que no se puede presumir tal cosa de las leyes divinas, etc., etc.”.

En las mismas o semejantes exclamaciones se había explayado con antelación DOMINGO SOTO:

“Eso sería, dice, no sólo pervertir el orden natural, sino hacer insoportable el yugo de Cristo, cuando Él lo ha llamado suave y ligero, y eso *minime gentium*, en jamás de los jamases” exclama indignado el sabio y santo dominico.

Tienen, sin duda, su fundamento tales afirmaciones; pero hay en ellas exceso de elocuencia o de retórica; pues no podrían los tribunales y autoridades públicas cruzarse de brazos ante tales desórdenes.

LUGO añade ciertos “peros” a la razón aducida por MOLINA y todos los demás, incluido el mismo LUGO. Lo fundamentan todo en que el atacante injusto puede valerse por sí mismo, apartándose del mal camino, sin necesidad de que yo me sacrifique por su salvación eterna. Pero, dice LUGO, si el agresor es tan sólo agresor material o porque está embriagado o fuera de sí por otro motivo cualquier y a mí me consta que está en pecado mortal del que se puede purificar, pasado el arrebatado momento, ¿puedo entonces lícitamente matarle defendiéndome, siendo así que él está en extrema necesidad y no puede valerse por sí mismo?

Non videtur posse licite a te occidi, no parece lícito que entonces le puedas matar, y añade con acertado criterio: *hic tamen casus rarissimus est*: rarísimo sería este caso y más bien especulativo, pues ¿cómo puedes saber que está realmente en pecado mortal y que necesariamente se condena?

Bien vendría aquí la advertencia del TOSTADO (44), que sólo en él la encuentro, y es, por otra parte, tan lógica y ordinaria.

Pero ¿para qué tales angustias?, viene a decir el ABULENSE. ¿Cuándo la muerte es tan repentina que no quede ni un momento para hacer un acto de perfecta contrición que le ponga en gracia de Dios? Ciertamente que siempre o casi siempre le tendrá y podrá poner el tal acto, máxime en aquellos tiempos de fe tan honda, aun en vidas desgarradas.

¡Si hasta en el mismo disparatado *Don Juan Tenorio*, de Zorrilla (que, aunque autor de nuestro siglo, quiere reflejar tiempos pasados), leemos y aplaudimos:

*Un punto de contrición
da a un alma la salvación
y ese punto te lo dan...*

y al verse luego sujeto por la mano de la estatua que quiere llevarle al infierno, exclama Don Juan:

(44) TOSTADO, o. c., 146.

*Suéltala, que si es verdad
que un punto de contrición
da a un alma la salvación
de toda una eternidad,
yo, Santo Dios, creo en Ti:
si es mi maldad inaudita,
tu piedad es infinita...
Señor, ten piedad de mí...*

y oye luego al espectro de Doña Inés, que dice:

*y Dios perdona, Don Juan,
al pie de mi sepultura...*

Pero dejemos estos sueños poéticos, tan sin pies ni cabeza en muchos detalles, pero con fondo muy cierto.

Insistiendo un poco en esta materia, me extraña más aún que varios de estos autores no poco prestigiosos, como LESIO, FILLUCIO, TRULLENCH (45) y algunos otros pongan como condición, para poder morir antes que matar en esas condiciones de injusta agresión, que se vean ellos en gracia de Dios y que, en caso contrario, no deben pasar por su muerte. Pero ¿no sabían estos autores el verdadero valor de la contrición perfecta, máxime en circunstancias tan propicias, ya que van a ejercitar el acto más grande y más heroico de caridad cristiana, al consentir en su muerte para que pueda salvarse el enemigo agresor? *Magnae caritatis esset* tal acto, dice CAYETANO; *actus heroicus* le llama DIANA; *actus agregiae caritatis cum ingenti suo merito*, MOLINA, etc., etc. ¿Qué cosa más fácil y natural entonces que el acto de perfecta contrición?

Creo que he manoseado demasiado esta materia: Quede, pues, en claro que, según los clásicos, casi sin excepción:

1) No es *obligatorio* el defender su vida con posible muerte del agresor, si no se trata de un rey o persona necesaria para la república, que se ve agredido por un particular sin importancia ninguna; o de quien es necesario para la vida de la familia; porque, aunque pueda uno renunciar a sus derechos, no puede renunciar a los de un tercero, v. g., a los de su esposa e hijos que quedarían abandonados.

2) Puede el atacado defenderse contra cualquiera y en cualesquiera condiciones, como lo hemos indicado antes.

3) Aunque el agresor pueda perder cuerpo y alma a la vez, puede defenderse el agredido. Sería acto heroico, no obligatorio, llegar a perder la vida por salvar el alma del prójimo.

(45) TRULLENCH (J.): *Operis moralis* (Lugduni, 1652), t. III, p. 41 y ss.

¿ PUEDE ALEGAR LA LEGÍTIMA DEFENSA CUANDO EL AGREDIDO HA DADO CAUSA A LA AGRESIÓN ?

Vamos a adentrarnos en otro problema, también estudiado por los clásicos. ¿ Puede defenderse el agredido, aun con muerte del agresor, cuando el agredido ha dado causa muy sobrada para la agresión ?

Suelen poner los autores como caso más impresionante, el del marido que encuentra en acto de adulterio a su mujer con el cómplice y arremete contra ellos. ¿ Puede el adúltero defenderse de la agresión y aun matar al marido burlado, si fuera necesario, para su defensa ?

El problema presenta diferentes aspectos que hay que distinguir bien para evitar confusiones: primero se puede considerar bajo el aspecto civil; segundo, bajo el canónico, y en éste caben dos preguntas distintas: a) si se puede defender el agredido aun con la muerte del agresor, que aquí es el marido burlado; y b) si en este caso incurrirá, por lo menos, en la irregularidad *ex homicidio*.

Ampliamente lo hemos estudiado en nuestro artículo sobre el *Uxoricidio* (46), al que remitimos al curioso lector: aquí sólo indicaremos lo más necesario y preciso para resolver el problema presente.

Sabido es que hasta el Código de 1822, todos los cuerpos legales españoles, con algunas variantes en algunos de ellos, y los Fueros, reconocían al marido el poder matar al adúltero sorprendido en el acto mismo, con algunas condiciones, que aquí omitimos, por no ser ahora necesario exponerlas. Se ha llegado a decir, equivocadamente a mi parecer, que, a veces, no era mera permisión, sino una obligación del marido burlado. *El Fuero de Coria* (47) decía, por ejemplo, "*qui fallare home con mugier... mátelos ambos sin calonna ninguna e non izca por enemigo*".

Nuestros clásicos lo sabían perfectamente; pero ¿ podía hacerse eso sin pecado? ¿ Era justa la ley? Aquí estaba la dificultad. Sostienen todos que hay en ello pecado mortal; pero creen todos también que la ley es justa. No puedo detenerme en el estudio de este interesantísimo debate, ya expuesto en el artículo citado. Es justa, dicen, pues no hace más que eximir de pena al delincuente por razones gravísimas y muy atendibles; no manda, sino que permite; no justifica, tan sólo disculpa; pero *nemini aut theologorum aut jurisprudentium* (48), dice

(46) PEREDA (J.): *El uxoricidio* ("Anuario de Derecho Penal", Madrid, 1951), 518-545.

(47) *El Fuero de Coria*, por JOSÉ MALDONADO. Instituto de Estudios de Administración Local, 1949, núm. 59.

(48) No es esto tan exacto. Conocido es el parecer opuesto de VÁZQUEZ DE MENCHACA, para quien "*sententiam contrariam verissimam aussim dicere*". Siguen a MENCHACA, aunque muy tímidamente, algunos otros juristas como A. GÓMEZ, el célebre comentarista de las Leyes de Toro; JULIO CLARO, DIEGO CASTILLO, PARLADORIUS... Véase el artículo del *Uxoricidio*, antes citado, p. 525.

absolutamente SOTO, a ningún teólogo ni jurista le ha venido jamás la duda de que pueda librarse de pecado mortal quien así mata." No tiene, por tanto, verdadero derecho para hacerlo (49).

"Lo que hay que afirmar, dice LUGO, es que la cosa misma es intrínsecamente mala; porque... nunca se puede castigar a nadie sin guardar el orden judicial, examinar la causa del reo y dar la sentencia: nunca se puede hacer que el ofendido sea a la vez testigo, juez y ejecutor de la pena, y menos un ofendido que se encuentra en aquel momento fuera de sí por el dolor, la vergüenza y el ansia de venganza, y muchísimo menos cuando se trata de la última pena y ésta es irreparable. No puede, pues, la ley hacer lícito todo esto; a lo más, puede compadecerse del que mata en circunstancias tan acerbas y, por tanto, no castigarle..."

Se puede, pues, decir que es unánime el parecer de los teólogos de que puede defenderse el adúltero, aun con muerte del agresor, ya que no tiene el marido ofendido verdadero derecho para matarle.

Pero si puede hacerlo sin pena impuesta por el juez, ¿puede hacerlo también sin incurrir en la irregularidad canónica *ex homicidio*? Aquí es donde se encuentra la verdadera lucha y diferencia de opiniones.

Se enlaza la cuestión con el problema del *Versari in re illicita* (50), o sea, de la responsabilidad que puede alcanzar a algunos por el mero hecho de darse un resultado antijurídico cuando se ocupaban en algo ilícito: v. g., una muerte causada por él, sin culpa alguna, cuando cababa en tiempo deveda.

Aun los más opuestos a la aplicación extrema de tal principio afirman que, si la acción que se ejecutaba cuando hacía algo ilícito, era camino o guardaba relación con el posible homicidio, entonces incurre en la irregularidad. Pero el adulterio, ¿guarda relación con el homicidio que de él puede seguirse?

Lo afirma claramente el severo GUTIÉRREZ (51), para quien "el adulterio querido directamente, es por su misma naturaleza peligroso para el homicidio, pues tantas veces lo trae consigo, y por lo mismo

(49) Claro que SANTO TOMÁS es absolutamente de esta opinión: "*Lex civilis, dice, quasi licitum computat quod in ipso actu cum interficiat, non quasi praecipiens, sed poenam homicidi non inferens, propter maximum incitamentum quod habet vir in tali facto ad occisionem uxoris. Sed Ecclesia in hoc non est astricta legibus humanis, ut iudicet eum sine reatu poenae aeternae, vel poenae ecclesiastico iudicio infligendae ex hoc quod est sine reatu poenae infligendae per iudicium saeculare.*" D. THOMAE AQUINATIS, *Opera omnia* (París, 1895), v. 4, q. 60 a. 1.

(50) PEREDA (J.): *El "versari in re illicita"*. Editorial Reus (Madrid, 1948).

(51) GUTIÉRREZ (J.): *Canonicarum utriusque fori questionum liber primus et secundus* (Madrid, 1608), 536.

no puede menos de acarrear la irregularidad. Añade luego que se alegró muchísimo cuando, después de escrito su parecer, vio que defendía lo mismo el doctísimo DOCTOR NAVARRO.

Es cosa de recordar lo que dice este doctor, pues, por no leerse todo su parecer, ha dado lugar a alguna menos acertada interpretación.

“El que ejecuta alguna acción ilícita, dice AZPILCUETA, y por causa de ella, al verse agredido, mata a otro en legítima defensa, no sólo peca por el acto ilícito realizado, sino que es también homicida.” Se ha querido deducir de tan clara afirmación que AZPILCUETA condena en absoluto la legítima defensa en ese caso; pero líneas más abajo, hablando de la misma materia, añade (52):

“por tanto, a modo de ejemplo, el que comete adulterio y mata luego en su defensa al marido ofendido que le sorprendió y se lanzó contra él, es homicida *quoad irregularitatem*, por lo que toca a la irregularidad y da la razón, “porque puede decirse que el adulterio conduce al homicidio y, por tanto, debió preverlo el adúltero”.

Se ve, pues, claro que sólo se refiere a la irregularidad, no al derecho a defenderse; ya que, además, antes ha defendido que no tiene el marido derecho de matar, de donde se deduce que el adúltero puede defenderse.

Le acompaña también MOLINA en esa manera de pensar; pero muchos están en contra.

Si un clérigo sorprendido en adulterio mata al marido en defensa propia, no incurre en irregularidad, dice MEDINA (53). Lo mismo afirma SOTO: “Si sorprendido en adulterio mata al agresor, procediendo con la debida moderación, aunque ejercitara obra ilícita, no incurre en irregularidad, porque ese homicidio no es voluntario (es decir, no directamente y *per se* querido). Aunque el adulterio fuera voluntario, no fue, por sí mismo, causa de homicidio, sino su causa fue la vulneración, no voluntaria”; y así COVARRUBIAS, ALFONSO DE CASTRO, GONZÁLEZ TÉLLEZ, FILLUCIO, LEDESMA, TAMBURINI, DIANA, etc., etc.

Creen, por tanto, que de suyo, por su naturaleza, no tiene relación ninguna un delito con el otro y buen cuidado tendrán los adúlteros y sobrada diligencia en ponerse bien a seguro y evitar la más leve sospecha sobre su conducta: no hay, pues, relación del adulterio al homicidio, y por eso, siendo puramente casual la situación en que se ven sorprendidos, puede defenderse y matar al agresor, si no hay otro medio de escape y quedaría libre de toda irregularidad.

SUÁREZ (54) estudió con particular empeño este punto, y en dos sitios distintos trata de él; primero, al hablar del homicidio casual (pá-

(52) AZPILCUETA, o. c., p. 259.

(53) MEDINA: *Comment in l. 2, q. 72, p. 661.*

(54) SUÁREZ (F.): *Opera omnia* (Parisiis, 1877), t. 23 bis, p. 466 y 474 y ss.

gina 466), y luego, con mayor detenimiento, más a nuestro propósito y muy a fondo, al estudiar la legítima defensa (p. 47 ss.).

“Sin culpa propia de homicidio, dice, no se contrae la irregularidad en el homicidio privado; ahora bien, como en ese caso no hay culpa de homicidio, sino de adulterio, no peca el adúltero defendiéndose, aun con la muerte del marido ultrajado... pues aquel *versari in re illicita* en que se encontraba el delincuente, no tiene relación alguna con el homicidio”, y aguzando quizá en demasía, llega a negar la existencia del mismo *versari*, pues aquello fue algo que pasó y ahora lo que hace es defenderse, lo que no es ningún *versari in re illicita*.

A continuación se ve un nuevo atisbo de argumentación que deberían haber empleado los adversarios, según SUÁREZ, y que no es poco original e interesante.

“De otro modo, dice, debió argüir NAVARRO, pues en esos casos se debe decir que moralmente inicia la riña y agrede al otro el que pone la ocasión, injuriándole en forma tan grave que exige una acción directa del ofendido: por tanto, más que mera defensa en el adúltero, hay una moral agresión, y no basta, en consecuencia, que la defensa, mirada en sí misma, parezca lícita; debe mirarse todo ello como una acción moral, lo cual parece bastar para incurrir en la pena canónica” (55).

No parece que sea mero escarceo escolástico esta concesión al adversario, con argumentación tan bella y aguda, pues termina diciendo: “*Haec res mihi videtur dubia, nam utraque opinio est probabilis*”: me parece dudosa la cuestión, pues ambas opiniones son probables.

En la práctica se puede seguir la de SOTO, COVARRUBIAS, CASTRO, etcétera, ya que se trata de materia penal, *et ideo res est amplianda potius quam restringenda*; es decir, siempre que sea probable poder evitar la imposición de una pena, se debe evitar.

(55) Si bien nos fijamos, esto es lo mismo que en nuestros días, con la terminología actual, ha dicho RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal, Parte especial* (Madrid, 1949, p. 258): “Cabe la legítima defensa (en el adúltero atacado), si bien faltará el requisito tercero (falta de provocación suficiente por parte del que se defiende) y, por tanto, será incompleta; es decir, que no podrá actuar como eximente, sino únicamente como atenuante.”

«Reflexiones en torno de la acción delictuosa»

ENRIQUE RAMOS MEJIA

Profesor Titular de Derecho Penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires

1. *La definición dogmática del delito.*

Los estudios dogmáticos en el área de las cuestiones penales gozan actualmente de gran predicamento. Ello no significa que enfoques de esa especie hayan alcanzado exclusividad, pues aún en el ámbito estrictamente jurídico GRIPIGNI también señaló la validez de otros exámenes efectuados desde los puntos de vista histórico, filosófico, sociológico y aún político.

Estos últimos permiten, en general, al estudioso, evidentemente, una visión de mayor amplitud, sin límites en principio tan infranqueables. El filósofo tiene libertad para sustentar al respecto su propio parecer, y el político puede moverse de acuerdo con sus propias ideas a fin de sugerir las reformas legales que estime convenientes. Por el contrario, el dogmático se propone como meta, por definición, el conocimiento de la ley penal vigente, a la cual considera como un dogma como algo que le está dado, y ahí se origina la limitación de su labor y la de los conceptos a enunciar

Para el dogmático, el derecho penal es la rama del ordenamiento normativo referente al delito, a su autor y a las consecuencias de orden penal. No puede valerse de otro tipo de definiciones, como aquellas que ponen el acento con preferencia en alguno de los contenidos esenciales de toda ley penal: el delito por un lado, la pena por otro. Es más correcto para él servirse de una definición que indique aquello sobre lo cual versa la norma jurídica cuyo estudio se propone.

Y del delito también debe dar el dogmático un concepto que señale sus requisitos legales esenciales, aquellos elementos o aspectos sin los cuales el delito no es tal y cuya suma ha de ser el presupuesto legítimo de la pena. Puede coincidir la definición dogmática con la legal, es decir, con la que puede adoptar en su articulado la propia ley, pero no hay duda de que en ausencia de una noción de este tipo

puede el dogmático enunciar la definición válida para él a través de las disposiciones legales reguladoras de las condiciones que tornan legítima la imposición de una pena.

Es corriente hoy en día definir el delito, y en ello la prioridad germánica es innegable, como el acto humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena (VON LIZTS), o como el acontecimiento típico, antijurídico e imputable (M. E. MAYER), o como la acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable, siempre que no se de una causa legal de justificación (BELING, en 1930), o como la acción típicamente antijurídica, personalmente imputable y conminada con pena (MEZGER), o como la acción antijurídica, adecuada a un tipo penal y atribuible a su autor (MAURACH). Posteriormente, este tipo de definiciones, basadas en una tripartición de los elementos o aspectos del delito, predominó también entre los autores italianos y españoles, y aún entre los argentinos (SOLER: acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal; NÚÑEZ: hecho típico, antijurídico y culpable; FONTÁN BATESTRA: acción típicamente antijurídica y culpable; y JIMÉNEZ DE ASÚA: acción u omisión antijurídica y culpable, inclusión ésta que hacemos por haber publicado su autor aquí su obra fundamental).

2. *El hecho como referencia substancial en la definición dogmática del delito.*

Que debe definirse dogmáticamente el delito, no cabe ninguna duda; pues la ley penal de él se ocupa. La primera duda se presenta cuando se trata de optar por el primero de los términos de tal definición, es decir, si se parte de la acción, del acto o del hecho, lo que ha de depender del texto legal que se tenga en cuenta. No puede olvidarse, en efecto, que el marco de toda definición dogmática está dado por la propia ley vigente, y ésta puede dar preferencia a alguno de esos términos sin consideración a su exacto significado metafísico. Aristóteles y Santo Tomás discurrieron largamente a este respecto, pero ocuparse de ello excede los límites de estas reflexiones.

Paréceme que en el derecho penal argentino resulta más correcto el empleo del vocablo "hecho". A él hace alusión, ante todo, una norma tan fundamental como la contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al *hecho* del proceso". También el Código Civil incluye el delito dentro de los *hechos* humanos voluntarios ilícitos (arts. 897 y 898). Y, por último, el propio Código penal reserva el término "acción" para referirse al obrar humano, a la manifestación exterior de la voluntad (arts. 34, inc. 1.º: "dirigir sus acciones"; y 41, inc. 1.º: "la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla"), y se refiere con el vocablo "hecho" a lo que el agente ejecuta y a lo que obtiene de ello, a la acción como manifestación exterior de la voluntad y a la cul-

minación de esa voluntad en el resultado recogido en el tipo legal (arts. 34, inc. 1.º, 45, 46, 47, 54, 55 y 56).

La "acción", así, integra el "hecho", junto con el daño o el peligro causados, que son el resultado (art. 41, inc. 1.º). Ella sola no basta para configurar la infracción punible, pues es necesario que se haya puesto en peligro o dañado un bien jurídico.

Nuestro Código penal data de 1921, o sea, de una época en la que el delito era considerado substancialmente como una ofensa a un bien jurídicamente protegido, y en la que se reconocía que la función del ordenamiento jurídico era la de dar protección a los "intereses vitales del individuo y de la comunidad" (VON LISZT) (1). El concepto de bien jurídico tenía tal trascendencia que servía como elemento necesario en la interpretación de la ley, en cuanto "conocer cuál es el bien y el interés lesionado o amenazado por un delito significa conocer el fin que la ley se propone" (2).

Tal punto de vista, sin embargo, fue puesto en tela de juicio por virtud de una serie de factores, algunos con raíz en una nueva concepción filosófica y política, como los postulados defendidos en Alemania por la Escuela de Kiel (DAHM y SCHAFFSTEIN) que, al pretender fundamentar científicamente el Derecho penal nacionalsocialista, aspiraron a establecer un derecho penal de autor y a convertir el delito en una genérica violación de un deber.

Afortunadamente, y en ello no habrá dejado de influir el triunfo de las democracias en la última guerra, esa postura antiliberal fracasó en sus intentos más extremistas, aunque, según lo señala MAURACH, el cambio de acento en orden al contenido substancial del delito no resultó del todo estéril, reconociéndose hoy día en la moderna dogmática penal por los finalistas junto al llamado "disvalor del resultado" el "disvalor de la acción". Se lee en efecto en WELZEL, creador de la revolucionaria teoría finalista: "Para la mayoría de los delitos, ciertamente, es esencial la lesión o amenaza de un bien jurídico, pero solamente como elemento que forma parte de la acción antijurídica personal, nunca en el sentido de que la lesión de un bien jurídico, por sí sola, caracteriza suficientemente lo injusto del hecho"; y añade: "El disvalor personal de la acción es el disvalor genérico de *todos* los delitos penales. El disvalor del resultado (el bien jurídico lesionado o amenazado) es un elemento constitutivo de *numerosos* delitos (delitos de resultado o de peligro)" (3).

Los excesos en que fácilmente puede caer esta posición al pretender establecer la antijuricidad con independencia de la lesión o del peligro a un bien jurídico y con fundamento en la voluntad del autor, el "injusto personal" en la terminología welzeliana, ha hecho que autores embanderados también en el finalismo, como MAURACH,

(1) Nos valemos aquí y más adelante de la versión española del *Tratado de Derecho Penal*, realizada por Luis JIMÉNEZ DE ASÚA sobre la 20 edición.

(2) A. Rocco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridico penale*, 1913, p. 580.

(3) H. WELZEL, *Derecho Penal*, Buenos Aires, 1956, p. 70.

destaquen la importancia que todavía conserva el concepto de bien jurídico; pues, según sus palabras, “el injusto no puede en modo alguno ser desprendido del ataque al bien jurídico. También los delitos con pronunciado disvalor obtienen su esencia del bien jurídico, que a pesar de estar pospuesto en la conducta, sirve de elemento rector”; y agrega como advertencia: “El realce atribuido al injusto personal deja entrever con claridad otro punto de peligro: este concepto puede hacer desaparecer la distinción entre injusto y culpabilidad y convertir de nuevo, en inseguro, un conocimiento de la ciencia que parecía asegurado” (4).

Es esencial, en consecuencia, el daño o la creación de un peligro para un bien jurídico, lo que constituye el resultado. Acción y resultado, como términos separados lógicamente, aunque no siempre de modo natural, integran el hecho, referencia ésta entonces substancial en la definición dogmática del delito.

Adoptamos así un concepto restrictivo de acción. En contra de este parecer se han pronunciado autores, como MEZGER en Alemania y DELITALA en Italia, partidarios de un concepto extensivo de acción. El primero sostiene que la acción se integra con el querer interno del agente, la correspondiente conducta corporal y el resultado externo, y que los dos últimos constituyen el resultado, dentro de un concepto amplio de acción. Si para nosotros no hay delito sin resultado (de daño o de peligro), para MEZGER no hay acción sin resultado. La tesis de este autor fue criticada con acierto por su traductor y glosador, el profesor español Rodríguez Muñoz: “no es menos cierto que se confunden irremisiblemente la manifestación de voluntad con el resultado. Pues, en realidad, la acción es el resultado menos el elemento interno de voluntad, la resolución de voluntad. Si se quiere hablar en tales supuestos de acción en contraste al resultado, ¿qué habrá de entenderse por ella? Exclusivamente la resolución de voluntad, algo interno, pues en cuanto tal resolución interna trascienda al mundo exterior se convierte ya en resultado. Quizá pudiera pensarse que los inconvenientes del sistema de MEZGER superan a las ventajas que con él se logran. Por ello, no deben extrañar las críticas de que ha sido objeto, en parte justificadas” (5). Para GRISPIGNI, a su vez, tal construcción no hace sino aumentar la confusión ya bastante notable en esta materia.

3. *La acción como primer elemento del hecho.*

Si el delito es un hecho, y si éste se integra con la acción y el resultado, vinculados ambos por una relación de causa a efecto, resulta lógico comenzar su estudio, que asume el carácter de un análisis sólo por razones de buena didáctica con la acción. Es este el

(4) R. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, 1962, t. I, p. 264.

(5) E. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, 1935, t. I, p. 178.

sistema adoptado casi unánimemente en la dogmática moderna, con excepción de quienes parten del tipo legal que describe la acción y de quienes, en medida mucho menor, parten del autor. El criterio al cual adherimos tiene en cuenta el concepto "estratificado" del delito, el cual va haciéndose cargo, no de un modo natural, sino lógico, de elementos que presuponen uno anterior: la culpabilidad presupone lo típicamente antijurídico y este juicio se formula respecto de la acción. Es que, como dice WELZEL, "una acción *se convierte* en delito si infringe el orden de la comunidad de un modo previsto en uno de los tipos legales y puede ser reprochada al autor en concepto de culpabilidad" (6).

Existe entre la gran mayoría de los penalistas el afán por formular definiciones de alcance universal, o bien edificar sobre una base conceptual común instituciones de distinta naturaleza. Así, se ha pretendido dar una misma noción de culpabilidad válida para el hecho doloso y para la infracción culposa, incluida también aquí la culpa inconciente, hipótesis que para algunos es extraña al Derecho penal (KÖHLRAUSCH). Y también, en lo que ahora nos concierne, se pretende formular una definición de acción que dé cuenta de la acción propiamente dicha y de la omisión, del comportamiento típico del hecho doloso y de la infracción culposa, y es común señalar a la *voluntad* como punto de referencia común, según lo hace MAURACH, para quien la acción es "la conducta humana regida por la voluntad y orientada a un determinado resultado" (7), aunque este autor se ve obligado luego por la lógica de su sistema a tratar separadamente el hecho doloso, la culpa y la omisión.

La *voluntad*, sin embargo, no aparece como elemento rector en todos los tipos legales. Se la encuentra, ciertamente, en los hechos dolosos, tanto de comisión como de omisión; pues en éstos últimos si no se hace expresa referencia a alguna de las formas propias de la culpa, la omisión en que incurra el agente debe ser querida para poder ser castigada, como en el caso previsto en el artículo 243 del Código penal. Pero existen muchos casos de delitos culposos por negligencia en los cuales la voluntad no opera de manera alguna como coeficiente psíquico. En ellos lo que trasciende en el accionar externo vinculándose con el resultado es el propio modo de ser del agente, su auténtica personalidad (ANTOLISEI) del olvidadizo, descuidado, negligente, y como existe el deber de obrar de manera que no se dañen los derechos de terceros, "quien desprecia este deber de civismo... es jurídicamente imputable", según la acertada conclusión de MAGGIORE (8).

La propia personalidad, como coeficiente psíquico de la acción en sentido lato, es algo que se encuentra en todo delito. En la gran

(6) W. WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, Barcelona, 1964, p. 43.

(7) R. MAURACH, *ob. cit.*, t. I, p. 182.

(8) G. MAGGIORE, *Derecho Penal*, Bogotá, 1954, t. I, p. 599.

mayoría va acompañada por la voluntad. En un menor número de casos se la encuentra sola.

Ese coeficiente psíquico, sin embargo, no basta. Lo que permanece en el fuero interno del individuo está exento de la autoridad de los magistrados (Constitución Nacional, art. 19). Para dar ocasión a la aplicación de la ley penal debe actuarse en el mundo exterior, ejecutándose una acción prohibida u omitiéndose un mandato legal. Si falta alguno de esos dos coeficientes, de orden psíquico uno, de naturaleza física el otro, no hay acción, como en los supuestos de los movimientos reflejos, la plena inconciencia o la fuerza física irresistible.

4. *La omisión.*

En la pura omisión de un mandato legal, y en los casos en que también se omite un mandato legal o una obligación contractual o el cumplimiento de actos impuestos por la propia conducta precedente y ocurre un daño que debía ser evitado, no se advierte el llamado coeficiente físico, actuación positiva externa. No por ello en tales hipótesis deja, sin embargo, de haber acción en sentido lato, y en ellas las principales cuestiones consisten en determinar la naturaleza jurídica de la omisión, no asimilable desde el punto de vista natural a la comisión o acción en sentido estricto, y en establecer el exacto nexo causal con el resultado en la omisión impropia.

Resulta claro que la omisión, desde el punto de vista natural, carece de existencia concreta, no cae bajo la acción de los sentidos. Ello no quiere decir, sin embargo, que carezca de significado concreto para el Derecho penal, pues éste se hace cargo de ciertas omisiones y castiga al omitente cuando éste deja de hacer lo que le mandan la ley, el contrato o su conducta precedente. Adquiere así la omisión existencia y valor siempre en presencia de una norma y en caso de que ésta sea transgredida, lo que ha hecho pensar a algunos autores, no sin buenas razones metodológicas, que debe ser ubicada y examinada en el capítulo de la antijuridicidad (MEZGER así lo considera, pero la mantiene en el capítulo de la acción por razones didácticas), postura ésta, sin embargo, que, al hacer depender la omisión de su referencia a una norma de deber, ha sido objetada por quienes creen que de esa manera se anticipa en el primer estrato de la teoría del delito algo propio de la antijuridicidad.

No cabe duda que la segunda de las cuestiones enunciadas más arriba respecto del nexo causal en los delitos de comisión por omisión u omisión impropia resulta a su vez más cargado de perplejidades, pues si se acepta que, desde el punto de vista natural, la omisión carece de existencia concreta, ¿cómo puede *causar* un resultado? “Ex nihilo nihil fit”, se adujo, y se escucharon a aquel respecto varias opiniones. Según algunos, el coeficiente físico de la

omisión residía en la acción realmente ejecutada en el momento en que se debía actuar para evitar el resultado (KRUG señaló que el hecho de tejer calcetines por parte de la madre desaprensiva en el momento de fallecer su hijo por falta del cuidado debido era la causa de la muerte). Según otros, la causa era la acción realmente cumplida en el momento inmediatamente precedente (al cual se trasladaba así entonces el juicio de culpabilidad, violando los pertinentes principios). La mayoría valora la influencia que pudo haber tenido en el caso concreto la acción impuesta por el ordenamiento jurídico, y omitida a fin de evitar el resultado.

5. *La esencia y la estructura de la acción.*

Nos hemos propuesto, sin embargo, formular unas breves reflexiones en torno del concepto de la acción delictuosa propiamente dicha. No ha resultado superfluo, claro está, lo que hemos dicho hasta ahora, pero parece oportuno a esta altura volver al concepto preciso de acción, pues ha sido a su respecto y en orden a la naturaleza de sus elementos (también aquí el estudio de la acción asume carácter analítico por razones didácticas) donde se han trabado las más agrias disputas, sobre todo entre causalistas y finalistas. De esa manera, según señala WELZEL, la teoría de la acción se ha convertido en la propia teoría del delito, y ello así porque "todo desplazamiento del concepto de acción y toda modificación valorativa irradian necesariamente sobre los elementos del delito" (9), no existiendo "sector alguno dentro de la teoría del delito que no deje de estar afectado por la posición adoptada en favor o en contra de un determinado concepto de acción" (10).

Antes, sin embargo, de las más modernas disputas entre causalistas y finalistas habíanse sustentado algunos criterios peculiares en torno de la acción.

a) La teoría sintomática, CARRARA, BERNER y BINDING.

De ellos, y sin pretender llevar a cabo un enfoque históricamente ajustado, cabe mencionar en primer término la teoría sintomática, según la cual la acción sólo es un simple indicio o síntoma de una personalidad peligrosa. FERRI, en Italia, y TESAR y KOLLMANN, en Alemania, fueron partidarios de esta tesis, conforme con la cual no puede formularse un concepto realista del delito independiente de la personalidad de su autor. MEZGER, al refutar a sus compatriotas, sostuvo con buenas razones que un sistema penal sintomático puro es extraño al derecho positivo, el que "apoya su juicio desvalorativo del hecho en la acción considerada como tal" (11).

Aunque manteniéndose dentro de un particular marco jurídico,

(9) R. MAURACH, ob. cit., t. I, p. 189.

(10) R. MAURACH, ob. cit., t. I, p. 190.

(11) E. MEZGER, ob. cit., t. I, p. 195.

y por ende al margen de criterios criminológicos como los que dieron sustento a la teoría sintomática, los clásicos no enunciaron un concepto preciso de acción. CARRARA, ciertamente, formuló un cuadro congruente del delito, con su teoría de las fuerzas, considerando el dolo y la culpa como voluntad conciente (fuerza moral subjetiva) que se esfuerza hacia un cierto fin (fuerza física objetiva) a través de un movimiento corporal (fuerza física subjetiva), pero no profundizó en los problemas propios de la acción.

Refiriéndose a esa época, en la cual vio la luz al insigne "Programa", aunque con más exactitud a las postrimerías del siglo XIX, pudo decir Radbruch en 1904 que en aquel entonces el concepto de acción "deambulaba como un espíritu sin nombre y sin forma a través del sistema penal" (12), habiéndolo correspondido según él a los hegelianos (ABEGG, BERNER y KOSTLIN, según MEZGER) el mérito de haber materializado tal concepto.

A partir de ese momento, en efecto, se ve enunciar un concepto valorizado de acción, vinculado con alguno de los restantes elementos del delito, pero sin llegar a formularse una concepción propia y capaz por ello de influir por sí sola en los extractos superiores y modificar la estructura de la teoría de delitos. Así, BERNER relacionó la acción con la imputabilidad, sólo lo que es imputable es acción, y lo que es acción es imputable, recordando MEZGER que, según los hegelianos, la *imputación* es el *juicio* por el que se expresa que un hecho es una *acción*. Según esta tesis, el inimputable sería incapaz de actuar.

A su vez, BINDING partió de la valoración de la acción como infracción a la norma, siendo indiferente según él para el derecho lo que pueda entenderse como acción en un plano natural, pues "el concepto de acción del lenguaje común no existe siquiera" (13). Años después adherirá a este punto de vista GRAF ZU DOHNA, para quien el concepto natural de acción fracasa frente a la culpa y a la omisión (según él, *acción culposa* sería una "contradictio in adjecto"), por lo cual define el delito como conducta imputable que infringe la norma.

Otras opiniones podrían añadirse como característica de esta última corriente, que no antepone necesariamente la acción a los restantes elementos del delito y que perdura, aunque no podría efectuarse en la evolución doctrinaria un corte absoluto, hasta la irrupción del concepto natural o causalista de la acción por obra, primeramente de VON LISZT, y luego de BELING.

b) La teoría causal.

Es, en efecto, a principios de este siglo cuando comienza a superarse la concepción prenatalista y a otorgarse a la acción un lugar adecuado dentro de la teoría del delito e independiente de los restantes elementos, en los cuales, sin embargo, repercute desde su posición básica. El lugar de la acción, sin embargo, como dice MAU-

(12) E. MEZGER, ob. cit., t. I, p. 191.

(13) Citado por E. MEZGER, ob. cit., t. I, p. 191.

RACH, "no prejuzga aún su concepto y estructura" (14), y así habrá desde entonces acuerdo en concebir a la acción como fundamento de todo delito, pero no tardará en oponerse a una primera concepción natural o causalista y a la estructura consiguiente del delito, que nace a comienzos del siglo con las teorías de los autores nombrados más arriba, la llamada concepción finalista, que nace alrededor de 1930 y que modifica a su turno la precedente estructura del delito.

Aquella primera posición se originó en corrientes mecanicistas derivadas del positivismo filosófico de fines del siglo XIX, y sostuvo un concepto de acción desprovisto de cualquier valoración. La acción fue concebida como conducta voluntaria que causa una modificación en el mundo exterior, según VON LISZT, para quien aquí hablar de volición del resultado sólo induciría a errores. De la misma opinión fue BELING, para quien la acción es el "comportamiento corporal (fase exterior u objetiva de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular como fase interna o subjetiva de la acción); ello es, un comportamiento corporal voluntario consistente ya en un hacer, movimiento corporal, ya en un no hacer (omisión), como distensión de los músculos" (15). Recuérdese que para VON LISZT la injuria consistía en una serie de movimientos de laringe, producción de ondas, estímulos auditivos y procesos cerebrales.

La acción era un proceso mensurable por la ciencia de la naturaleza y libre de cualquier valoración, incolora, según la expresión de BELING, y por ello, con rigor lógico, la consideración valorativa de la voluntad del resultado se cumplía en el ámbito de la culpabilidad, pues el delito era también para VON LISZT el acto culpable contrario al deber. Se operaba, puede decirse, un desdoblamiento del proceso voluntario: la voluntad que apuntaba a su mera manifestación exterior caracterizaba a la acción; la voluntad que apuntaba al resultado pertenecía a la culpabilidad.

No creo que pueda decirse que esta teoría desconoció que el hombre actúa de conformidad con los fines que se propone, o que sostuvo que la acción humana es algo semejante a los fenómenos naturales. Estimo que aquel desdoblamiento obedeció en realidad a un criterio metodológico, según el cual correspondía todo lo objetivo a la acción y a la antijuridicidad y todo lo subjetivo a la culpabilidad.

Esta concepción del elemento básico se reflejó, evidentemente, en los restantes elementos del delito, siendo entendida la antijuridicidad como mera lesión de un bien jurídico y estimada la culpabilidad como un simple nexo psíquico entre el sujeto y el resultado, tanto a través del dolo como de la culpa. Y parecía haberse llegado así a un punto tal en la evolución del Derecho penal en el que era imposible pretender mayor perfección teórica. La estructura del delito se presentaba como una construcción armónica, debido sobre todo a la

(14) R. MAURACH, ob. cit., t. I, p. 189.

(15) E. VON BELING, *Esquema del Derecho Penal*, Buenos Aires, 1944, p. 19.

atrayera y clara división de lo objetivo y de lo subjetivo y a su ubicación en sectores bien diferenciados.

c) El normativismo intermedio.

La dogmática, cuya importancia señaláramos al comenzar estas reflexiones, hacía sin embargo importantes progresos, y una nueva corriente filosófica apareció en Europa, la filosofía de los valores de la Escuela Sud-occidental alemana de Windelband, Rickert y Lask. Por obra de la conjunción de estos factores se comenzó a revisar algunos de los postulados del precedente positivismo. Se mantuvo, es cierto, en la doctrina valorativa expuesta principalmente por M. E. MAYER, HEGLER, SAUER y MEZGER el concepto natural de la acción, aunque este último parece adoptar una postura que incluye también un concepto finalista, siendo para él una "insensatez" discutir en Derecho penal si se es "finalista" o "no finalista" (16), pero a la violación de un bien jurídico como contenido substancial del delito se opuso la violación de un deber, se examinaron los elementos subjetivos del tipo, se distinguieron los tipos causales de los tipos finales, se puso de relieve el fracaso del psicologismo a los efectos de establecer la culpabilidad sobre la única base del nexopsíquico entre el autor y el resultado, lo que condujo a la formulación de la teoría normativa de la culpabilidad por obra, además, de FRANK, FREUDENTHAL y GOLDSCHMIDT.

No obstante, como acertadamente lo expresa CÓRDOBA RODA, "no puede menos que llenar de perplejidad el que en tanto que tipo y antijuridicidad se colman de elementos subjetivos, y la culpabilidad se configura como juicio de reproche, el presupuesto de toda esta estructura, la acción, continúe siendo concebida en el sentido causal" (17).

d) La teoría finalista.

No tardó, sin embargo, en llevarse un ataque frontal contra la teoría causal de la acción. Fue iniciado en 1931 por WELZEL en su artículo "Causalidad y Acción", y produjo con el correr de los años, al modificarse la esencia y la estructura del elemento básico, una verdadera revolución en la teoría del delito. Desde 1964 cuenta el lector de la lengua española con la versión castellana de "Das neue Bild des Strafrecht ssystems": "El nuevo sistema del Derecho penal", obra que resume los capítulos más importantes de la doctrina de la acción finalista. En ella señala WELZEL el origen filosófico de su pensamiento y la influencia ejercida por una nueva psicología no mecanicista, aunque también cabe advertir que su teoría vino a ser el punto final de una serie de nuevos desarrollos dogmáticos.

Para dicho autor, "la Ciencia del Derecho penal tiene que partir siempre, sin duda, del tipo..., pero tiene que trascender luego el tipo y descender a la esfera ontológica, previamente dada, para compren-

(16) E. MEZGER, *Derecho Penal, Libro de Estudio*, Buenos Aires, 1958 p. 88.

(17) J. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito*, Barcelona, 1963, página 33.

der el contenido de las definiciones y para comprender también correctamente las valoraciones jurídicas" (18), y ello hace, afirma, que: "el Derecho penal esté vinculado a la estructura final de la acción" como premisa ontológica, caracterizada, como acción humana, por ser "ejercicio de actividad final" (19). Agrega: "La finalidad, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines", por lo cual "la espina dorsal de la acción final es la voluntad, conciente del fin, rectora del acontecer causal" (20). Y, criticando a los causalistas, expresa: "El defecto fundamental de la acción causal consiste en que no sólo desconoce la función absolutamente constitutiva de la voluntad, como factor de dirección para la acción, sino que incluso la destruye y convierte la acción en un mero proceso causal desencadenado por un acto voluntario cualquiera" (21).

La característica más saliente de la teoría finalista es entonces, claro está, la inclusión del dolo en la acción, o, según otra terminología, su consideración como parte subjetiva del tipo, aunque sin ser entendido en el sentido valorativo vigente hasta ese entonces, según el cual comprendía también el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, sino como simple dolo natural que abarca el mero conocimiento de los hechos constitutivos, según esa otra terminología, de la parte objetiva del tipo, cuya congruencia entonces con la parte subjetiva resulta indispensable, según señala MAURACH. Ello ha hecho decir a NIESE que sólo puede ser considerado representante del finalismo quien ubica el dolo en la acción (22), aunque por otro lado pueden citarse autores como MEZGER, GALLAS y BOCKELMANN, que, reconociendo la estructura final de la acción, no estiman necesario que el dolo sea elemento constitutivo de lo injusto en los delitos dolosos y lo mantienen dentro de la culpabilidad.

La teoría finalista de la acción, al modificar la esencia de ésta, también repercutió evidentemente en el resto del sistema, principalmente en el ámbito de la culpabilidad, libre desde entonces de rastros psicológicos, conservadores en ella por el normativismo, y transformada en un puro juicio de valor sobre la base de la imputabilidad y el conocimiento de la antijuridicidad.

Pero fue objeto también, a su vez, de severas críticas, principalmente porque pretendió subordinar tanto la acción dolosa como la culposa al concepto general previo de acción finalista, en la cual, como quedó puntualizado con palabras de WELZEL, era requisito esencial la voluntad conciente del fin y rectora del acontecer causal.

(18) H. WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, Barcelona, 1964, p. 14.

(19) Id., p. 25.

(20) Id., p. 25.

(21) Id., p. 32.

(22) Citado por H. C. FRAGOSO, *Conducta Punivel*, Sao Paulo, 1961, p. 19.

MAURACH, finalista también, dice que “los ataques contra la teoría final, en tanto se dirigen contra la finalidad de los hechos punibles culposos, están justificados”, pues “la concepción primitiva de WELZEL referida a estos hechos punibles muestra realmente una deficiencia” (23). El creador del finalismo buscó bien pronto resolver tal problema, originado en su primera idea de tener que referirse también la finalidad en los hechos culposos al resultado típico, y distinguió entonces entre una finalidad actual, propia del hecho doloso, y una finalidad potencial, característica del hecho culposo, el que, sin embargo, puede ser evitado también *finalmente* mediante un comportamiento prudente y cuidadoso. Pero esta solución fue objeto a su vez de críticas, pues obliga a incluir respecto de la acción culposa un juicio de valor propio de la culpabilidad (24), lo que dio origen a un nuevo cambio: en el hecho culposo también hay ciertamente acción finalista, pero en ellos la finalidad se dirige a un resultado extratípico.

No concluyeron tampoco allí las objeciones, aunque, cabe señalarlo, la nueva polémica no surgiría dentro del finalismo ortodoxo. No todas las críticas más recientes han llegado a estas latitudes, por razones que por conocidas no he de consignar, y no es fácil entonces el acceso a ellas. Afortunadamente, hemos tenido oportunidad de leer hace poco tiempo un libro de ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG sobre “Delitos cualificados por el resultado y causalidad”, en el que se hace referencia a las que tal vez podrían ser las últimas objeciones a la teoría finalista dentro y fuera de Alemania. Tales objeciones se dirigen una vez más contra la manera en que el finalismo explica hoy la cualidad de la acción en los hechos culposos, hipótesis en la cual es acción ahora para esa teoría, según sus críticos, “toda manifestación de voluntad dirigida finalmente a un resultado cualquiera” (25), lo que significaría, según RODRÍGUEZ MUÑOZ y KAUFMANN, citados en nuestra fuente, que el finalismo vuelve en este aspecto a la teoría causal de la acción: es acción querer un resultado cualquiera, sin valorar el contenido de la voluntad.

Más lejos llegó con su crítica el autor español a quien leíamos recientemente. Para RODRÍGUEZ MUÑOZ y KAUFMANN la coincidencia entre las teorías causal y final de la acción sólo existe en los hechos culposos. Para GIMBERNAT ORDEIG la coincidencia es total, pues “al afirmar el finalismo que en los delitos culposos existe acción en el momento en que se persigue un fin cualquiera, está estableciendo un concepto de acción que tiene que ser válido también para los delitos dolosos; esto es: al abandonar la finalidad potencial, el finalismo re-

(23) R. MAURACH, ob. cit., t. I, p. 209.

(24) H. C. FRAGOSO, en la obra citada, nos recuerda que, para evitar tal problema, Busch sostuvo que los delitos culposos constituyen “cuerpos extraños” en el Derecho penal, y Germann propuso abandonar la culpa y considerar a los delitos culposos como delitos dolosos de peligro (p. 23).

(25) E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, p. 107.

conoció, tácitamente, que los delitos dolosos son acciones, no porque el autor haya querido realizar el resultado típico, sino porque ha querido realizar un resultado cualquiera" (26).

También se da cuenta en la misma obra de la más reciente crítica de ROXIN y de la contestación polémica de WELZEL, ambas entre los años 1962 y 1964. Para el primero, "la finalidad, tal como es entendida, como constituyente de la acción, por sus partidarios, y tal como ha de ser entendida para que sea jurídicamente fructífera, presupone junto a la dirección de los factores causales la aprehensión del sentido. Con ello, el concepto de acción pierde su condición de ser algo que viene previamente dado. Si queremos saber si alguien ha actuado finalmente, no sólo necesitaremos preguntar: ¿ha dirigido los factores causales? —lo cual es constatable prejurídicamente— sino que, además, tendremos que examinar si ha entendido el sentido de los datos objetivos, y para ello será preciso tener en cuenta que los elementos de sentido jurídicamente relevante son seleccionados únicamente por el legislador"; por ello, el concepto final de la acción no es algo ontológicamente dado, sino que es un "producto jurídico-normativo por excelencia" (27). La respuesta de WELZEL dejó entrever que, para él, el legislador es libre para seleccionar las acciones prohibidas mediante su tipificación, pero que está vinculado a la estructura final de la acción, y distingue entonces ahora entre "dolo típico" y "voluntad final de acción": "todo dolo típico es una voluntad final de acción, pero no toda voluntad final de acción es un dolo típico" (28).

Para ROXIN, si se mantiene la identificación entre dolo y finalidad, como es el legislador quien determina los elementos del tipo el concepto final de acción será un concepto jurídico-normativo por excelencia. Pero WELZEL ahora distingue dolo y finalidad. El dolo ha de depender de los elementos del tipo, y dejará de ser, como pensó un tiempo el finalismo, dolo natural, sino un concepto normativo. Sólo la pura voluntad de acción es algo ontológico y previamente dado. Y concluye el expositor español: "Pues bien, eso que ahora dice el finalismo lo viene diciendo, desde hace ya muchos años, el concepto causal de acción: para saber si ha habido acción o no basta con determinar si hubo voluntad (en la actual terminología welzeliana: voluntad final de acción); el contenido de la voluntad sólo interesa para la cuestión del dolo (del dolo típico, como lo llama ahora WELZEL)" (29).

Estas más largas referencias a las críticas formuladas al finalismo resultan justificadas porque respecto de esta teoría se da una situación que no ocurrió en orden a la teoría causal, pues WELZEL vive aún y él mismo ha respondido a las objeciones de sus contrarios.

(26) Id., p. 115.

(27) Id., pp. 111 y 112.

(28) Id., p. 112.

(29) Id., p. 113.

Como puede apreciarse, las censuras a la teoría final han sido formuladas desde los mismos ángulos desde los cuales partieron las objeciones a la teoría causal, o sea, la esencia misma de la acción como base de la teoría del delito y su consideración como fundamento común de los hechos dolosos y culposos. No cabe duda que en el plano natural toda acción humana es finalista, pues hay en ella una voluntad que pretende el logro de determinados fines y gobierna y dirige hacia ellos el accionar externo. Pero no todos los tipos legales recogen comportamientos de esa especie para amenazarlos con una pena, y en algunos ni siquiera se advierten procesos voluntarios. Por ello tiene que fracasar el intento por encontrar el mismo dato ontológico para el hecho doloso y el culposo, cuya diferencia se opera en varios niveles: acción, tipo, culpabilidad.

¿No habrá tenido razón CARRARA cuando expresó que “en un lenguaje exacto la designación *delito* se reserva únicamente para los hechos dolosos”? (30) ¿Y no habrán tenido razón los prácticos de los siglos XVII y XVIII cuando a los hechos culposos los consideraron como *quasi delitos*?

6. Conclusión.

Las precedentes reflexiones no han pretendido agotar los temas relativos a la acción delictuosa, ni aún el vinculado con su esencia, al cual habrá que volver para tomar partido. Tal vez el arduo camino pueda ser desbrozado paso a paso viendo funcionar las posiciones más contrapuestas en relación con algunos problemas concretos del Derecho penal, como, por ejemplo, el concepto de autor y de cómplice y el grado de dependencia de la culpabilidad respecto de la autoría. Sin plazo fijo, queda asumido el compromiso (31).

(30) F. CARRARA, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Buenos Aires, 1947, párrafo 86.

(31) El presente trabajo se publica con la autorización de la revista *La Ley*.

Consideración antinómica del delito

JUAN DEL ROSAL

Catedrático de Derecho penal de la Facultad de Derecho de Madrid y de la Escuela Judicial.
Director del Instituto de Criminología

1.º Consideración antinómica del delito (1)

Contemplado el concepto técnico-jurídico del delito con la óptica de las *antinomias* que se rastrean en la dogmática de la acción punible, nos hallamos con que en la época lisztiana el binomio *objetivo-subjetivo*, correspondiente respectivamente a la acción y a la culpabilidad que, por demás es utilísimo, al modo como lo había sido, salvando las distancias, en las geniales aportaciones de F. Carrara, repartido en la *fuerza física*—acto—, aspecto material, y *fuerza moral*—culpabilidad—, aspecto subjetivo, resulta que ambos constituyen, tanto formal como materialmente, la parte noble del delito.

Sobre esta tensión *antinómica* entre lo *objetivo*, repartido en la conducta típica y antijurídica, y lo *subjetivo*, alojado en el ámbito de la culpabilidad se desarrolló la reflexión técnico-dogmática a partir de Listz, agudizada ulteriormente en las contribuciones de E. Belling, sobre todo, con su primera obra del año 1906 (2).

(1) Este trabajo es capítulo inédito de una obra titulada *Derecho penal y ciencia del Derecho penal*, finalizada en enero de 1957.

Al rendir justo testimonio de admiración y amistad al recordado colega clausal, Prof. Quintano Ripollés, hemos querido apuntalarlo con unas cuantas *notas* y remozar la antigua redacción adicionándole algunas sugerencias. En otra ocasión se publicó sobre el tema, por nosotros, una parte distinta, que sirvió de *nota* para las conferencias profesadas en las Universidades de Nápoles y Perusa. (Cfr. J. DEL ROSAL. "*Studi onore Grispiuni*". Milano Giuffrè, 1956, pág. 465.)

(2) La consideración *antinómica* del conocimiento está a la vista, como dijera Nicolái Hartmann, *Ontología*, 1. Traduc. esp. JOSÉ GAOS. Fondo de Cultura Económica, México, 1965, pág. 189 y sigs. "En el fenómeno del conocimiento como acto trascendente hay una doble *antimonia* que ha menester de aclaración. La relación sujeto-objeto tiene la forma de una correlación."

El fenómeno delictivo, de igual suerte y observado desde el aspecto técnico-jurídico, se nos ofrece integrado por dos planos de suyo *antitéticos*, pero que a la vez se libera y resuelve tamaño apariencia contradictoria, en virtud de que "trasciende" hasta llegar a presentarse su "contenido como suprafenomenico".

No cabe duda que la elaboración técnica de nuestra disciplina debe a este esquema *objetivo-subjetivo* óptimos frutos en la construcción del sistema. La germinación y con posterioridad las profundas secuencias, de suyo ordenadas y plenas de armonía fueron posibles, en gracias al sazonado clima naturalista, calificado de "turbia atmósfera filosófica" por E. Wolf (3).

Las líneas lógicas y la labor de sistematización en la *dogmática* de Liszt y en la que se pudiera llamar "clásica" (Beling, M. E. Mayer y Mezger, entre los principales), rindió ponderada eficacia, en punto, entre otros extremos, valga citar, a modo de ejemplo, en la distinción entre acción y culpabilidad, tentativa, frustración y actos preparatorios, formas de culpabilidad, error, graduación de la pena, funciones de ésta, y otras más.

El cambio de norte de la influencia filosófica, fundamentadora de la reflexión penal, con predominio de la escuela sudoccidental alemana y el golpe asestado al naturalismo por esta orientación valorativa, trajo, como conclusión, la dislocación de las sencillas vértebras en que se adosaba el sistema. A partir del año 1923, y antes con la aportación de M. E. Mayer, se aboga por que "no todo lo objetivo y subjetivo es de suyo coincidente con la antijuricidad y culpabilidad respectivamente", según expresión de Köhler, apareciendo en escena los elementos "subjetivos de la antijuricidad", expuestos exhaustivamente por Mezger, con la posterior alusión a los llamados por Thierfelder elementos "objetivos de la culpabilidad", con lo que se deshace el equilibrado andamiaje entre los ingredientes objetivo y subjetivo, que

Ahora bien, para darse cuenta de que la esencia del fenómeno delictivo termina por ser "suprafenomenico" se necesita que la metódica tecnicojurídica se cerciore de los "elementos", "aspectos" o existencia óptica de que goza la acción delictiva, por ser, antes de nada, un *facto*, sin cuyo fundamento mal que pese no sería a la vez una realidad práctica, con la doble vertiente de que viene y va a la *práxis*.

El haber extraído esta contemplación *antinómica* del comportamiento delictivo, se debe a nuestro entender, y sin necesidad de hacer acopio de datos a E. MEZGER, *Leipziger Kommentar*, 1957, W. GRUYTER, Berlín, págs. 1-18; ídem. *Moderne Wege*, Duncker, Berlín, 1950; ídem. *Studienbuch*, 1965, pág. 46 y sigs.; W. GALLAS, *Zum Gegenwärtigen Stand der Lehre von Verbrechen*, Berlín, 1955, W. DE GRUYTER, págs. 3 y sigs., que se inspiró en la corriente tan en boga a la sazón de Hartmann; igualmente cabe destacar en este concierto de antecedentes la obra filosófica de RADBRUCH, citada con relativa frecuencia por nosotros, amén de su contribución al homenaje a Frank. Cfr. *Zur Systematik der Verbrechenlehre*. MOHR, Tübingen 1930, págs. 158-174, la que en buena parte nos ha servido para esta explanación.

De sumo interés a este respecto las obras de CAPOGRASSI, sobre todo, *II problema della scienza del diritto*, Milano, A. Giuffré, 1962, págs. 141 y sigs. Ya recientemente G. BETTIOL, *In tema di antinomie penalistiche*, en STUDI F. ANTOLISEI, MILANO, GIUFFRÉ (Vol. I), 1965, págs. 16-25.

También el linaje de nuestra exposición debe inmediatamente conectarse en las publicaciones del Prof. Zimmerl, de quien recibimos enseñanzas valiosas durante nuestro discipulado en la Universidad de Marburgo.

(3) V. E. WOLF, *Die Typen der Tatbestandsmässigkeit*, 1932, Breslau, página 4.

habían prestado un servicio inapreciable en la sistemática del delito (4).

Más adelante se atacan por Welzel las bases historicofilosóficas en que venía montada la especulación dogmática y el naturalismo pierde completamente terreno para ceder el paso a una orientación finalista, que pretende recoger los conceptos tal como ontológicamente se ofrecen en la vida real, acompañada esta estimación de un *personalismo* y una concepción *material* de los conceptos penales, que da como resultado extremado la imposible separación—principalmente en la por entonces llamada dirección de Kiel, Dahm y Schaffstein—, entre antijuricidad y culpabilidad (5).

Aquí sólo nos interesa señalar la coexistencia dialéctica de elementos de índole dispar en el seno de la dogmática de los caracteres del delito, los cuales de bien distinto modo han sido metódicamente reducidos por Sauer, aunque el planteamiento por nuestra parte tie-

(4) Véanse G. BETTIOL, *Oggettivismo e Soggettivismo nell' ambito della nozione del reato*. MILANO, GIUFFRÉ, Esfr. Scr. ONORE DI A. C. JEMOLO; ídem *Objetivismo e Subjetivismo no âmbito da noção de delito*, Separata de ver. brasileira de Criminologia e direito penal, núm. 9, 1965; ídem *Diritto penale*, PADOVA, CEDAM, 1966.

Como afirmara José María Navarrete, en su trabajo, *Elementos racionales e irracionales en la estructura del delito*. Separata de "Anales de la Universidad de Valencia. Vol. XXXVI, 1962-63, ataca la situación crítica del Derecho penal por el juego de pares de conceptos. "Derecho y realidad, forma y contenido, norma y vida", para dar con el objeto de su reflexión, que no es otro, sino que "el delito, por tanto, no puede ser una construcción lógico-racional completamente rígida. A su esencia pertenece también aquellos elementos irracionales o emocionales que no pueden ser aprehendidos por medio de un análisis lógico realizado por el entendimiento humano", dándole entrada a la tesis de Mezger, de los tres elementos que componen la estructura interna de los conceptos jurídico-penales: *norma, contenido y valor*.

El esquema objetivo-subjetivo ha servido para realizar una reelaboración de la preterintencionalidad y principio de culpabilidad, en el penetrante estudio de Manuel Cobo. Cfr. Anuario de D. P. y C. penales, Madrid, 1965.

Una exposición de singular valor para un movimiento de las fases por que ha pasado el concepto del delito, sobre todo, el desplazamiento del objetivismo al subjetivismo, representando por el resultado y la culpabilidad, y la adopción del punto de vista subjetivo puede verse en O. A. GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, Zürich, SCHULTHESS, 1942, los capítulos 1 y 2 de A y el 1 del B.

Actualmente se postula pese a su influencia del finalismo y de su subjetivización de la antijuricidad por un objetivismo, como pieza fundamental de garantía y defensa de la persona.

(5) De suyo, al igual que en los anteriores capítulos, solo tangenciamos el tema con vistas a caracterizar la complejidad y el rico contenido interior de nuestra dogmática. Sobre el tema, aparte de otras, véanse últimamente: R. MAURACH, *L'evoluzione della dogmatica del reato nel più recente diritto penale germanico*, en Riv. it. di Dir. pen., 1949, págs. 637-657; H. WELZEL, *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, en Riv. it. di Dir. pen., 1951, pág. 1-16; Cit. supra GALLAS; R. BUSCH, *Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre*, Mohr-Tübingen, 1949; K. ENGISCH, *Bietet die Entwicklung der dogmatische*, etc. etc.

Extensamente en nuestra tesis doctoral *Una nueva concepción del delito*, Granada, 1942. Un estudio cabal representa el libro de T. WÜRTEMBERGER, *Die zeitige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, KARLSRUHE, 1937, págs. 47 y sigs.; ídem traduc. italiana, 1965, págs. 73 y sigs.

ne una finalidad diversa. Se trata, en suma, de llamar la atención de que el delito, como "objeto" de conocimiento técnicojurídico contiene tanto en el juego de sus caracteres como en su formalización lógica, requisitos de suyo distintos y contrapuestos, proclamando, con ello, la factura jurídica —mejor aún, antijurídica— sin olvidar que aquellos se hallan alojados en el suelo facticio que sirve de valoración para el mundo del Derecho.

Así, por ejemplo, Sauer destaca los caracteres del delito con *tres pares de conceptos contrapuestos*:

a) *Caracteres objetivos y subjetivos. Injusto y culpabilidad.*

Aquí se destacan con las reservas propias del caso, que "el carácter objetivo del delito es el injusto; el subjetivo, la culpabilidad. *Objetivo es el hecho; subjetivo, la voluntad del autor*" (6).

b) *Carácteres positivos y normativos.*

Así, nos hallamos con que los caracteres positivos del delito son: a) Objetivos, como el obrar (actuar u omitir); b) Subjetivos, el querer. De otro lado, como se ha dicho, la antijuricidad, según la dogmática "clásica", es fundamentalmente objetiva; c) En tanto que la culpabilidad es en buena parte subjetiva. Andando el tiempo se pasará por otras dos fases: a') Intento de confusión entrambas (época "nazi"); b') Y con los finalistas se minimiza la función de la culpabilidad y la mayoría de su contendio pasa a la problemática de la acción. Ya interesa en este primer carácter del delito —la acción— la parte "interna" de la declaración de voluntad, cosa que en la vieja dirección quedaba reservada a la culpabilidad.

c) *Configuración formal y material de los caracteres del delito.*

La conceptualización *formal* estimó como delito la acción típicamente antijurídica, culpable y punible. Igualmente precisó *formalmente* los distintos elementos integrantes del concepto.

De frente a ello, se dijo —recuérdese a Liszt— que estas determinaciones formales, puramente dogmáticas "necesitan la justificación interna y objetiva mediante la acogida del contenido desvalorativo, de modo que el delito en sus diversos caracteres aparezca en primer término como verdaderamente "punible" (7).

La misma evolución técnicojurídica del concepto del delito nos muestra una constante esperanza de superación de las contradiccio-

(6) V. W. SAUER, 1955, pág. 22.

(7) V. W. SAUER, *Derecho penal*. (Parte general). Traduc. española por J. DEL ROSAL y CEREZO. Ed. Bosch, Barcelona, 1956, págs. 47 y sigs. "Estas determinaciones formales, puramente dogmáticas, necesitan la justificación interna y objetiva mediante la acogida del contenido desvalorativo, de modo que el delito en sus diversos caracteres aparezca en primer término como verdaderamente "punible" (pág. 48).

nes que anidan en el concepto del hecho penal. Veámoslo, siquiera sea muy esquemáticamente:

2.º Orientaciones de la dogmática de los caracteres del delito.

La antigua doctrina dogmática y hasta la moderna se preocuparon de limar las asperezas de las contradicciones entre las diversas condiciones de los caracteres del delito. La apertura al trasplante de lo "objetivo" en lo "subjetivo" y viceversa, dislocó, de buenas a primeras, el dispositivo mental de los penalistas, sobre todo, alemanes, allá por los años veintitantos, sin saber que pasado algún tiempo se llegaría a mantener que justamente los códigos antiguos, como el vigente en Alemania, contienen más ingredientes subjetivos que objetivos y que la plataforma y penetración de aquéllos darán lugar al nacimiento técnico del llamado derecho penal de autor.

Convendría, pues, reiterar cómo se adoptaron posturas distintas que van, desde la radical separación entre los caracteres del delito hasta su completa identidad y confusión entre ellas.

La sistemática de Beling, del año 1906, de corte naturalista, los trató independientemente los unos de los otros, esto es, sin que mediare *relación* alguna. Así, la acción nada tenía que ver con la tipicidad, ni ésta con la intijuricidad. Se le llamó teórica de la pura *coordinación* (8).

Esta manera abstracta y atomizadora de considerar el suceso penal elimina, de antemano, por supuesto, las *antinomias* que rebullen en la esencia del concepto, desde punto y hora que todos ellos integran el concepto de una forma descriptiva. Aquí, la visión jurídicopenal tiene mucho de las ciencias naturales, puesto que el delito viene a ser la *suma* de todos ellos, los cuales figuran como presupuestos de la pena,

En las *notas* que pusimos a esta traducción decíamos, y conviene reiterar que: "La característica expositiva del sistema de SAUER consiste en buscar los conceptos contrapuestos; amparándose en ellos da cabida a una serie de ingredientes criminológicos y ético-culturales, procedentes de otros campos, pero que en buena parte están velando por la formación del pensamiento punitivo. La tesis está ampliamente desarrollada, como el autor indica con insistencia, en su voluminosa obra sobre el método jurídico, que alcanza una complejidad sin par en este terreno. Así, por ejemplo, el profesor SAUER nos dibuja la ley del pensar jurídico, exponiéndonos en un cuadro total, tanto el "objeto" cuanto el "procedimiento". Individual-general (tipo; concreto-abstracto, ordenación); hecho-norma (rango sistemático); inductivo-deductivo (compensación-socialización); analítico-sintético (insertación, subsanación lógica), crítico-valorativo y crítico-lógico (ascensión valorativa, eticidad).

Llama SAUER método puro crítico-valorativo, al que tiene, además, como meta de realización del Derecho: una aproximación lo mayor posible de la justicia con las exigencias del bien común (págs. 30-31).

(8) V. J. DEL ROSAL, *El pensamiento penal español y otros problemas penales*, Ed. Aldecoa, Burgos-Madrid, 1942; H. PRIESTEUBACH, *Neue Kritik der Lehre vom Tatbestand*, (Diss), Bonn, 1960, principalmente págs. 17 y sigs. De importancia. L. PETTOELLO-MANTOVANI, *Il valore problematico della Scienza penalistica*, Priulla, Palermo, 1961, págs. 9 y sigs.

y nada más. La primitiva elaboración de Beling cabe traerla de modelo a este respecto (9).

Ya esta dirección, iniciada por M. E. Mayer (10) que estima que la función del tipo es *indiciaria* con respecto a la antijuricidad perturba las *antinomias* y se principia por dislocar las piezas, tan simplemente colocadas de los caracteres del delito. De ahora en adelante, el binomio *objetivo-subjetivo* dejará de ser un útil tópico en la ordenación de los caracteres del delito. Pero todavía la colocación de lo objetivo y subjetivo son en verdad coincidentes con lo antijurídico y culpable, a pesar de que ya por este tiempo la teoría imperativa del Derecho con su consiguiente tesis del carácter subjetivo de la antijuricidad contaba con valiosos partidarios (11).

En Mezger se aviva la cuestión de las *antinomias*. El fundamento de la tipicidad como *ratio essendi* de la antijuricidad da a entender, a las claras que el acontecimiento penal es un hecho de difícil encaje sistemático, ya que la repartición de la arquitectura en lo *exterior* e *interior*, todavía mejor, en lo *objetivo* y *subjetivo* está expuesto a críticas, desde el momento en que el acto creativo de la figura delictiva por el legislador es un proceso de pura valoración de conductas humanas, que tiene como rumbo de esa estimativa las referencias materiales de las lesiones o peligros que ocasionan a determinados bienes necesitados de protección para el buen vivir de la comunidad.

De frente a la distinción entre los caracteres del delito, se postuló, desde el año 1934, sobre poco más o menos, por una conceptualización totalitaria del comportamiento penal, no ya al modo de Mezger, en que el *autor* penetra en la dogmática del delito, sino desmoronando los límites entre antijuricidad y culpabilidad, en virtud de las urgencias de una contemplación viviente del hecho penal, en atención a que este hecho se presenta en la realidad histórica de un solo golpe y en forma de un "todo monolítico inescindible", que diría posteriormente Antolisei (12).

Se adujo, además, que desde la práctica la separación es inservible, toda vez que el juez no efectúa un análisis de las distintas características del delito. Esto es, la visión analítica, a lo Beling, quemando

(9) V. E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, nueva edc. 1966.

(10) V. M. E. MAYER, *Lehrbuch*, 1 Aufl. 1915.

(11) Mantiene esta tesis, PETROCELLI, *L'antigiuridicità*. Padova, Cedam, 1955, e Ediz.; F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 3 ediz., págs. 136-137.

(12) V. F. ANTOLISEI, *Problemi penali odierni*, Milano, Giuffrè, 1940, pág. 149. Véanse, entre otras obras: J. DEL ROSAL, *Una nueva concepción del delito*, obra cit.; E. WOLF, *Tattypus und Täterttypus*, ZAKDR, 1936, pág. 358; E. MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, en ZStW. Bd. 57, 1938, págs. 675-701; H. WELZEL, *Persönlichkeit und Schuld*, en ZStW. Bd. 60, 1941, págs. 428-474; MEZGER, GALLAS y BOCKELMANN, *Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegstraftrecht*, en ZStW. Bd. 60, 1941, págs. 353-417; G. DAHM, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, en ZStW. Bd. 57, 1937, págs. 225-295; F. SCHAFFSTEIN, *Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems*, en ZStW. Bd. 57, págs. 295-337, etc., etc.

etapas, es sustituida por la totalitaria, en consonancia con la ideología política imperante por aquellos tiempos. Se valen para atacar al método analítico de los elementos subjetivos de la antijuricidad, los cuales intentaron confundir la línea de separación entre antijuricidad y culpabilidad. Incluso recientemente Busch también sostiene la tesis que estos elementos en un sistema penal clásico eran insostenibles rearguyendo tanto Mezger como Schmidt a esta postura, que digase lo que quiera, y sobre todo desde el plano de estas reflexiones, no cabe duda alguna que representan una extraña pieza en el sistema, adosado en lo *objetivo-subjetivo* (13).

Así, contra la distinción entre tipicidad y antijuricidad, de un lado; y de otro, entre antijuricidad y culpabilidad alzan sus argumentos los penalistas de la llamada dogmática nazi; con ello se busca una finalidad políticocriminal que a la postre conduce al denominación derecho penal de autor.

De entre ellas debe destacarse la expuesta por Maurach y sistematizada con más detalle en su tratado (14). Distingue entre responsabilidad por el hecho y por la culpabilidad (15). Literalmente dice: "También mi *Grundriss* de la parte general (1948) se esforzó en expresar la independencia en que se encuentra el delito respecto a la culpabilidad, al distinguir entre delito, como la acción injusta atribuible, y hecho punible como la acción injusta culpable". La *culpabilidad* y la *atribuibilidad* son dos conceptos distintos (16).

Con ello se evidencia, por si ya no lo estuviera, la naturaleza, cabría decir, *antinómica*, de la concepción de este penalista, la cual le ha conducido nada menos que a la creación de dos términos de contenido diverso: *delito* y *hecho penal*. Así no le ha costado trabajo a Grispigni decir que la reciente dogmática penal alemana viene ahora a sostener viejas posturas ha largo tiempo por él propugnadas (17). Y nótese que este desdoblamiento del concepto se hace a costa de la culpabilidad, o por mejor decir, construyendo una imputación objetivista, franja de común acceso para la pena y la medida de seguridad, con lo que se intenta hallar una zona comunitaria para ambas sanciones.

La llamada dirección finalista, cuya exposición no viene ahora a cuento, representa un esfuerzo de sistematización de los elementos dispares de la teoría jurídica del delito, a base de extender la esfera de

(13) V. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar, obra cit.*, pág. 12. De interés igualmente M. GALLO, *La Teoria dell'azione "finalistica" nella più recente dottrina tedesca*, Milano, Giuffrè, 1950, págs. 6 y sigs.

(14) V. R. MAURACH, *Deutsches Straf.* *Obra cit.* 1954, págs. 103 y sigs.

(15) V. J. DEL ROSAL, *Derecho penal* (Lecciones), 2 ed. Valladolid, 1954; M. R. MAURACH, *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, 1948.

(16) V. SCHÖNKE y SCHRÖDER, *Kommentar, obra cit.*, pág. 13. R. MAURACH, traduc. esp., pág. 151 (II). Barcelona. Ed. Aricé, 1962.

(17) V. F. GRISPINGNI, *La nuova sistematica del reato nella più recente dottrina tedesca*, en Scritti F. Carnelutti, Cedam, Padova, 1950, págs. 403-416.

dominio de algunos caracteres del delito, sacrificando, una vez más, la doctrina de la culpabilidad, pues como ya expresó plásticamente Schönke, realiza “una desmaterialización de este concepto”. Y sin embargo a los efectos concretos de este esquema, da como resultado una escisión del sistema entre conducta dolosa y culposa, en unos términos todavía más sobresalientes que en la llamada dogmática clásica, sin que logre cancelar el dualismo metódico, ya agudamente explanado por Radbruch, en cuanto a la estructura del sistema del Derecho penal concreto en la forma apuntada por E. Wolf (18).

La orientación que escinde el sistema del delito en dos partes, llamada teoría dualista, es un reconocimiento del contraste entre “hecho” y “autor”. El representante más destacado es H. Kantorowicz (19). Estima que el hecho penal está integrado por una conducta típica no justificada y culpable, en la que no concurre una causa de exclusión personal de la pena. Sobre los datos del hecho y del autor coloca tres caracteres; en el primero, el acto, su tipicidad y la falta de causas de justificación; para el segundo, el sujeto, la culpabilidad y la falta de causas personales de exclusión de la pena. Igualmente Radbruch subraya este dualismo metódico entre “hecho” y “autor” (20). Como señalan Schönke-Schröder “lo característico de esta teoría dualista del delito radica en que la culpabilidad no es un atributo del concepto del delito, sino del autor” (21).

3.º *De la eficacia y significación de la visión antinómica.*

Por lo mismo que afecta al *objeto* de conocimiento, en este caso, el delito, dicho se está que esta apertura, dentro de las vías de acceso al fenómeno penal, ofrece un singular aspecto de sosegada eficiencia para aprehender en su *esencialidad*, al estilo de Heidegger, la plenitud del mismo como para cerciorarse de la interna dialéctica que anima en su estructura.

Y aunque no se ha detenido hasta ahora la reflexión en terna metódica, es suficiente con una simple ojeada para llegar a entender el

(18) V. E. WOLF, *Einleitung*, en *Rechtsphilosophie* 4 Aufl. Verlag Koehler, Stuttgart, 1950, cuando expone lo siguiente: “Para la determinación de si existe una acción basta y sobra con que el autor haya actuado voluntariamente. Todo vale igualmente para la culpabilidad, si bien la pregunta aquí radica en conocer el contenido y su significación. Se trata, por tanto, de una distinción metodológica que deja intacta la ley interior del pensamiento” (pág. 37).

(19) V. H. KANTOROWICZ, *Tat und Schuld*. 1933. Expuesto ejemplarmente en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, obra cit., pág. 14. Y así se recoge el principio de este capítulo, llamado de la concepción “antinómica del delito”.

(20) V. G. RADBRUCH, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, en *Fest. Frank-Moor* Tübingen. 1930, págs. 158-174, especialmente pág. 160.

(21) V. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, obra cit., pág. 14. De importancia a este respecto las concepciones penales de los profesores GRISPIGNI y RANIERI, en su estudio ya cit. supra., el primero, y el segundo, en su monografía *Colpevolezza e personalità del reo*. MILANO. GIUFFRÉ, 1933.

valor y la significación que entraña una incursión de esta índole por entre los aspectos más salientes de la arquitectura lógica y material.

Valga de ejemplo, aquí, entre otras, la disección que hicieran los finalistas en cuanto a las paredes de la teoría jurídica del delito, en que, en contra de su postura, nos desvelan las dos grandes partes en que aparece la configuración delictiva, tanto en su dimensión general cuanto en la concreta, cristalizada en los delitos en particular de los libros segundos de los códigos penales. Nos referimos, claro está, a los delitos dolosos y culposos, y a las dificultades ontológico-formales de cualquiera empresa dogmática que intente soldar ambos sectores de la culpabilidad —o de la acción en el finalismo—, es decir, dolo y culpa, puesto que constituyen dos modos descriptivos y típicos de naturaleza distinta, sin que con ello se ponga en entredicho su coexistencia, apelando a criterios que no son del caso explicar aquí.

A) La *eficacia* de una consideración antinómica del delito se observa, en concreto: *a)* Por de pronto nos plantea de buenas a primeras en la *esencialidad* del concepto, que dijera la fenomenología existencial; *b)* Vierte su repercusión en el entendimiento del delito; *c)* Es capaz de alinear desnuda y limpiamente la complicada dogmática de los caracteres del delito; *d)* Nos sitúa metódicamente a cada uno de estos en su lugar adecuado, sin que se quiebren los márgenes de distinción entre ellos; *e)* Conservan su vigencia los demás métodos empleados en el estudio y conocimiento del delito; *f)* Nos obliga a ponderar equilibradamente las dispares expresiones, sin por ello tacharnos de antisistemáticos, como preconizara Zimmerl; *g)* Además, desde el plano politicocriminal nos brinda la finalidad práctica de los conceptos penales, especie de fin primordial de la justificación del pensar penal, puesto que de lo contrario sería una inútil herramienta para satisfacer las exigencias personales y sociales de la humana convivencia; *h)* De otro punto distingue la contemplación *abstracta* del delito de la *concreta* del caso en particular. *i)* Acentúa la visión que distingue, pero que no separa ni quebranta la entera unidad en que se nos ofrece el delito en su existencia fenoménica.

B) La *significación* se añade a la fenomenología fáctica con que aparece en la realidad social. O por mejor decir, la *significación* es sobreañadida por la estimativa jurídicopenal, por cuanto la índole del “objeto” —delito, decisión personal— esconde ya en los entresijos con que se patentiza en la comunidad política su fondo de fenómeno de la vida real, puesto que el perfil social del delito está conjuntado a la significación con que lo regula normativamente el orden positivo vigente, por ser un comportamiento negativo del mismo.

Así, pues, el *facto* en que se apoya la valoración penal tiene superlativa importancia para una cabal y completa captación del acontecer delictivo, como ha demostrado al lado del tecnicismo, la disciplina por excelencia facticia, que es la Criminología, mal que pese a unos formalistas que viven de espaldas a las peripecias reales.

Igualmente la *significación*, es decir, el modo con que la *significa* la realidad jurídicopenal, una vez que el *facto* pasa al estamento penal, es por demás importante, puesto que de la estimativa que se haga depende tanto la pena cuanto los criterios de graduación de ésta.

Las aplicaciones concretas, sea en la teoría general del delito cuanto en los casos singulares que presentan los entes delictivos en particular serán numerosísimas, puesto que nada de extraño tiene, habida cuenta de que es constitutivo de cualquier objeto de conocimiento las *antinomias*.

Conviene, al término de esta meditación, recoger, en forma conclusiva, los puntos más incisivos:

1.º La metódica antinómica queda contraída al reducido concepto del delito; en una palabra, es un modo de aprehender la esencia técnico-jurídica del suceso penal.

2.º No cabe duda que para llegar a la anterior conclusión se necesita limitar nuestra atención al delito, como "objeto" de conocimiento del penalista, en su conformación técnica, compuesto, por tanto, de varios caracteres.

3.º Prescindimos, por supuesto, de su amplia proyección dentro de la teoría jurídica del delito y en la doctrina de los delitos en particular, en que se descubre con facilidad la dinámica interna de requisitos o elementos contrapuestos, fruto de buena parte del llamado momento "emocional" o "irracional", o de la supervivencia de viejas exigencias que aún arrastran su vigencia en los tiempos actuales (22).

4.º La necesidad de una contemplación antinómica del delito viene impuesta por la naturaleza de la "cosa" que se quiere conocer (23); de lo contrario se frustraría el logro de una captación a fondo de la acción punible.

5.º Esta visión nubla cualquier intento de *formalizar* a ultranza

(22) El trabajo de BETTIOL —ya citado—, tiene por objeto presentar la dramática situación de convivencia en los códigos penales —aquí, en el italiano— de cómo imperan *todavía* instituciones privatistas en el seno de un Derecho tan público, como el penal, en que el *ius puniendi* compete al Estado.

Estas desviaciones legislativas de la naturaleza fundamentalmente publicistas del Derecho penal, son, en cierto modo, explicables en base a razones de tipo histórico, etc., etc. (pág. 20).

(23) V. *Droit et Nature de Choses*, Travaux du College de Ph. du Droit Comparé. París. Dalloz, 1965, esp. el rapport de HURTADO, *Droit et nature des choses dans la philosophie du Droit Espagnole*, H. BATIFFOL, *Filosofía del Derecho*, Endeba, Buenos Aires, 1962, págs. 51 y sigs.; L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*. Ed. Porrúa, México, 1963, págs. 37 y otras; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer Verlag, Berlín, 1960, págs. 309 y sigs. Trad. española de Gimbernat, pág. 321; trad. italiana sólo comprende la primera parte, estimada como histórica.

Inútil decir, porque se da por sabido, que igual apunta la abundante literatura alemana, en la que se destaca la aportación de RADBRUCH y su versión penal que ya en la época nazi sirvió para escaparse de la especulación interpretativa del principio de legalidad. Por fortuna, tuvo escaso relieve práctico, como ya apuntara SAUER.

la concepción del delito, al modo como se intentó de *lege ferenda* por Zimmerl (24).

6.º No se trata de una metódica extralegal o de índole sociológica, como se ha tachado, por algunos, la teoría del bien jurídico, antes al contrario, surge de las peculiaridades del propio "objeto" a conocer, como se expuso anteriormente.

7.º La ponderación de estos contrastes ha de hacerse equilibradamente, ya que es fundamental para no decapitar la idea del Derecho y del delito, vertientes positivas y negativas respectivamente.

(24) Cfr. ZIMMERL, *obra cit. supra. l. cit.*

La sangre en el lugar del suceso

RICARDO ROYO VILLANOVA
Catedrático y Director de la Escuela de Medicina Legal de Madrid

INTRODUCCIÓN

Como dice Blas Aznar, en la criminalística médico-legal y forense no cabe prejuzgar la importancia de determinadas manchas y huellas. Todas la tienen o pueden tenerla, y el grado de su importancia depende de las circunstancias del hecho. Pero sí cabe afirmar que las manchas producidas por la sangre son las más frecuentes en atentados contra la vida y la integridad corporal, las que constituyen el indicio constante del delito, y las que ofrecen más y mejores posibilidades reconstructivas e individualizadoras a la investigación judicial. Las dos grandes posibilidades de la hematología forense, de la hematología criminalística, las dos más importantes facetas del estudio de las manchas de sangre a este respecto, se refieren a la reconstitución de los hechos y a la identificación de las circunstancias de los mismos.

En este trabajo nos referimos, única y exclusivamente, al examen pericial, hecho, a simple vista, de la sangre en el lugar mismo del suceso, o sea, a la investigación topográfica y morfológica de sus señales, huellas o vestigios en dicho paraje, sitio o estancia, a la observación de la misma, a simple vista, todo lo más con una lupa corriente, o algún otro utensilio o dispositivo auxiliar de uso común, fácilmente transportable, de sencillo manejo, sin la necesidad de otros instrumentos, materiales o recursos, que requieren manipulaciones propias del laboratorio, o la práctica de ensayos preliminares, de carácter experimental sobre las manchas en cuestión, que no pueden realizarse en el lugar del suceso, sino en laboratorios debidamente acondicionados al respecto.

El estudio médico-legal, forense, judicial, policial, criminalístico de la sangre, no ha de ceñirse única y exclusivamente al que sólo puede hacerse en el laboratorio mediante el complejo análisis de la muestra recogida en un frasco, o aprisionada entre un portaobjetos y un cubreobjetos. Siempre que sea posible hay que estudiar sus manchas, también al natural, directamente en el mismo lugar donde se encuentran, en las mismas coyunturas, condiciones y circunstancias en que se vertió la sangre, y se muestra libre cuando, como cuando dice José Cela: "se derrama a golpes, se vierte en borbotones, se desvasa violenta por un tiro o una puñalada como un silbido o como una mirada preñada de dolor". Hay que estudiar la sangre en el momento en que sale de las arterias y de las venas, y como sale al ser liberada de los vasos que la contienen y aprisionan, sea por un instrumento tosco, o fino, o delicado, o precioso. Hay que estudiarla cuando cae

al suelo o resbala sobre el cuerpo, los vestidos y otras cosas. Hay que estudiarla cuando forma extrañas apariencias al salpicar sobre los muebles y demás objetos, cuando dibuja figuras extrañas al dar sobre baldosines, entarimados, etc., sobre la santa y paciente tierra.

Queremos hacer ver, como la simple y elemental observación de la sangre "in situ", en el lugar donde se derramó, en el que se desarrollaron los hechos, permite no pocas veces, incluso muy frecuentemente, reconstruir algunas de las modalidades y circunstancias más importantes del evento y proporcionan preciosos datos, valiosos elementos de juicio, excelentes argumentos para la indagación pericial. Se trata de una pesquisa fundamental, gracias a la cual es posible, a menudo, determinar sin más la posición del agresor, la situación de la víctima, la manera como fue empleada el arma, y otros datos y extremos de gran valor policial. Huelga decir que todas las apreciaciones de las que nos vamos a ocupar, o por lo menos algunas de ellas, habrán de ampliarse y completarse, habrán de confirmarse y verificarse por técnicas y procedimientos experimentales de mayor precisión, más complejos y perfectos, que sólo pueden realizarse en centros y laboratorios propiamente especializados, debidamente acondicionados, montados y dotados, y por personal técnico competente, expertos en los análisis médico-forenses.

BÚSQUEDA DE LAS MANCHAS

Ante todo, cuando la sangre no es aparente en el lugar del suceso, hay que buscarla, y hay que saber hacerlo, poniendo a contribución los medios y recursos técnicos apropiados, siguiendo un "modus operandi" bien sistematizado y detalladamente trazado de antemano. La sangre puede estar oculta, enmascarada, disimulada, disfrazada, restregada, raspada, lavada, etc., y su mero descubrimiento puede conducirnos directamente al total esclarecimiento del caso.

A este respecto, copiamos las siguientes palabras de Blas Aznar: "Todas las huellas, sangrientas y no sangrientas, forman una constelación de indicios, que constituyen un todo para cuya correcta interpretación se requiere el examen de cada uno de sus componentes. No porque veamos en una superficial inspección del escenario de delito grandes manchas, abundantes gotas, salpicaduras y otros rastros, hemos de prescindir de los medios técnicos de observación. Insiste en que "la criminalística médico-legal es, hasta cierto punto, la ciencia del pequeño detalle y muchas veces una pequeña salpicadura, un insignificante restregón, puede tener más valor pericial que las grandes gotas visibles sin más a simple vista".

Modus operandi en general.—Huelga decir que, además del examen a simple vista, se emplearon lupas, a ser posible binoculares, que proporcionaron una imagen esteroscópica que permitirá descubrir pequeños y aún insignificantes vestigios hemáticos. Primero se buscarán a la luz natural, y luego por medio de la luz artificial. Y así, cuando

el escenario del suceso sea un lugar al aire libre, o un sitio que no se pueda oscurecer, muchas veces será conveniente, y en ocasiones hasta necesario, realizar una inspección complementaria nocturna.

La luz artificial será la de una potente lámpara eléctrica a pilas, de bolsillo, proyectando oblicuamente los rayos luminosos sobre el charco, la huella, el rastro, la pequeña señal, el vestigio sospechoso, haciendo variar el ángulo de incidencia. Puede emplearse también una bombilla de uso doméstico, adaptada a un cordón conductor suficientemente largo, que permita recorrer ampliamente la estancia o lugar. Se dispondrá también de filtros coloreados que permitan aumentar los contrastes esomáticos entre las manchas y los diversos soportes de diversos colores y tonos como son los muebles, los enseres, las paredes, techos, pavimentos, decorados, etc. Será igualmente de gran utilidad una lámpara de Wood portátil, Blas Aznar la considera imprescindible y jamás debe darse por terminada una inspección ocular sin haber revisado antes todas las zonas sospechosas del lugar del suceso con este utilísimo aparato de observación.

Bruning aconseja utilizar un filtro débil de eosina, que se monta fácilmente, extendiendo una capa de gelatina eosina entre dos portaobjetos, el cual hará resaltar mejor la mancha. Otro método igualmente fácil de aplicar, manejar e interpretar, que no requiere ninguna especialización, ni presenta la menor dificultad técnica ni de manipulación, es el de la luminiscencia química que da la sangre en la oscuridad, el cual procedimiento es especialmente apropiado para el descubrimiento de estas huellas en lugares situados al aire libre, y en sitios tales como paredes, pavimentos, vehículos, etc. El método, aconsejado también por Bruning, consiste en extender sobre los objetos, por medio de un aparato de pulverización, una solución sódica de hidracina del ácido 3-aminoftálico, añadiendo peróxido de hidrógeno. La fórmula del reactivo es la siguiente: Agua destilada, 100 cc.; hidracina del ácido 3-aminoftálico, 0,1 gr.; sosa anhidra, 5 gr.; peróxido de hidrógeno al 30 por 100, 15 cc. De esta manera, la sangre brilla vivamente, siendo el brillo más débil en la sangre fresca que en la ya más o menos vieja o antigua. Parece ser que la luminiscencia aumenta con la formación de la metahemoglobina y la hemina. Otros humores y líquidos orgánicos no brillan con este reactivo.

Con estos recursos se harán aparentes y visibles manchas sanguíneas que por radicar sobre fondos oscuros o irregulares, como, por ejemplo, terciopelos negros o rojos, cortezas de árboles, piedras con musgo, etc., pasarían inadvertidas a simple vista del ojo desnudo. En esta búsqueda, el perito tendrá excelentes ocasiones, valiosas oportunidades para ejercitar y poner a prueba su agudeza y destreza, las dotes de su iniciativa o ingenio.

En las diversas partes del lugar del suceso.—Las manchas hemáticas se buscarán en las diversas partes del lugar del suceso; techo, paredes, suelo, rincones, zócalos, balcones, ventanas y demás accesos naturales y artificiales de entrada, salida y paso de la habitación en

cuestión. Si las manchas hubieran sido lavadas, se examinarán con especial detenimiento las uniones, junturas y rendijas de losas, ladrillos, baldosines, maderas, pizarras de diversa naturaleza, etc., en especial si hubiera sido baldeado el lugar o lavado el objeto, por los cuales se hubiera deslizado o escurrido el agua, o donde no hubiera ejercido su acción disolvente, o hubiera estado dificultada. Particular interés tienen las cocinas, los cuartos de aseo, las bañeras, los retretes, etc., por los cuales se tiraron las aguas del lavado, y en los que fácilmente se pueden recoger muestras al respecto. También se procederá al examen de las otras habitaciones de la casa, en las cuales pudo entrar la víctima o el agresor, después de la agresión, y eventualmente, de otras partes del edificio y sus alrededores, a ciclo descubierto.

En las cosas y objetos del lugar del suceso.—Se examinarán cuidadosamente los muebles, buscando las manchas en los fondos de los cajones de mesas y armarios, en las caras inferiores y en los tableros. Son estos sitios frecuentemente escogidos por las personas poco limpias para desprenderse de suciedades, para ocultarlas, o bien porque fueron registrados por el autor después de cometido el crimen, todavía con sangre en las manos. No se descuidará el examen del interior de los rebordes de mesas, partes bajas de armarios, brazos de butacas, sillones y otros asientos, mármoles y adornos de otros muebles, cuando presenten salientes. Otro tanto se hará con lámparas portátiles, teléfonos, etc., etc. Lo mismo, con alfombras, cortinas, visillos, colgaduras, objetos decorativos y demás utensilios, móviles o fijos, ubicados en el lugar del suceso, tiradores, picaportes, grifos, llaves, pestillos, cacharros, paños, trapos, toallas e infinidad de cosas, que no es posible enumerar exhaustivamente.

En las armas propias e impropias.—En las armas propias se buscarán las manchas de sangre en los intersticios de la unión del mango con la hoja y en la cara de ésta, donde se encuentra el bajo relieve de la marca de la fábrica, o en la pequeña ranura de la uña de la navaja para abrirla, o en las pequeñas estrías de la lima, de donde no habrán desaparecido completamente aunque se hubiera limpiado el arma. Si se trata de herramientas más complicadas, que hubieran sido empleadas como instrumentos lesivos, se desmontarán completamente para buscar señales o vestigios de estas manchas. Téngase en cuenta que las armas blancas, sobre todo, suelen ser sometidas a un lavado, a una minuciosa limpieza, por lo que se tendrá en cuenta lo que diremos más adelante a propósito de las manchas limpiadas.

En el cuerpo del sujeto.—En el cuerpo de la víctima o en el del presunto agresor, se buscarán las manchas en el pelo, en el cuero cabelludo, sitio socorrido para limpiarse las manos. Se examinarán igualmente los surcos periungueles, último refugio de partículas de sangre, aun después de bien lavadas las manos. Se examinarán detenidamente los orificios naturales para salir al paso de una eventual

alegación acerca del origen espontáneo de la sangre derramada; himop-tisis, epistaxis, otorragias, hemorroides, etc., etc.

No se olvide que, en todos los casos a que nos hemos referido, como en los que vamos a tratar seguidamente relativos a las manchas en los indumentos de la víctima, la sangre que las constituye puede tener en términos generales múltiples procedencias. Pueden ser de la víctima o del agresor o agresores, o de otras personas heridas. Incluso en no pocos casos puede que las manchas hemáticas no tengan relaciones alguna con el delito que se indaga.

LA SANGRE EN LOS INDUMENTOS DE LA VÍCTIMA

El estudio de la disposición de las manchas de sangre en los trajes, vestidos y otros indumentos de la víctima, y eventualmente en los del agresor, en relación con el lugar del suceso, presenta extraordinaria importancia, en ocasiones capital, decisiva para la investigación policial. En términos generales, este examen de las ropas, tanto interiores como exteriores del sujeto, se hará lo más completo que sea posible, y con todo detenimiento, con todo detalle y minuciosidad. No se descuidará el escudriñamiento en los forros, especialmente de las mangas, y sobre todo los bordes y las bocas de las mismas. Otro tanto se hará con los dobleces de los pantalones. Con igual diligencia se examinarán la cara interior y el borde de las solapas, las costuras, los dobladillos, los bolsillos y sus tapas, los hojales, los botones, los hilos que los sujetan, los cosidos y zurcidos, desconociendo si es preciso, o si conviene, lo que sea. Lo mismo se hará con los zapatos, los guantes y otras piezas indumentarias. Siempre que sea posible, las manchas de los objetos en cuestión se examinarán en la posición natural de ellos en el cuerpo, en relación con las manchas que sean que pueda presentar este, y en relación con todas las referencias que procedan. Cuando ello no pueda ser, se recurrirá al maniquí, colocando en él las prendas en la posición que corresponda.

He aquí dos casos bien significativos observados por el profesor de Medicina Legal, Sydney Smith, en los que un detenido y exhaustivo estudio de la disposición y los caracteres de las manchas de sangre en los vestidos de la víctima, con respecto al lugar donde fueron encontrados los cadáveres, y dadas las circunstancias y condiciones del escenario del suceso, esclarecieron y resolvieron brillantemente la acción judicial.

Un hombre murió asesinado, al parecer por disparos de arma de fuego corta. Dos personas habían visto cometer el crimen. Las dos habían visto al agresor y a la víctima, frente a frente, cuando el primero disparó su pistola o revólver, y la segunda, encogiendo su pierna izquierda, se volvió y trató de huir. Ambos testigos vieron a aquel perseguir a ésta y disparar nuevamente sobre ella, ahora por la espalda. en ese momento —dijeron— vieron al herido agarrar su otra pierna, la

derecha, andar vacilante como un centenar de metros y caer al suelo. Cuando recogieron al herido estaba moribundo, y ya había fallecido cuando llegó al hospital. La declaración parecía suficiente, y la autopsia demostró dos heridas de bala, una en cada muslo. El informe forense decía que, en la herida del muslo izquierdo, el disparo se había hecho de cara, y en la del derecho por la espalda. Una de las balas había perforado una arteria principal de la región y la muerte se había producido rápidamente por hemorragia aguda.

Pero al recibir el profesor Smith los vestidos del muerto para su examen pericial, el célebre médico legista pudo comprobar en ellos algo raro que no concordaba con la descripción que se había hecho, las heridas existían, el desangramiento había sido copioso, la ropa, alrededor de los agujeros producidos por los disparos, estaba empapada de sangre. Lo extraño era que las manchas de sangre sólo se observaban en las partes de la ropa que habían estado en contacto con las heridas. El resto no tenía mancha alguna. Esto significaba que si la víctima hubiera permanecido de pie al ser herida, habría caído inmediatamente y no habría podido correr, como afirmaban los testigos. Si hubiera permanecido en pie, si hubiera seguido caminando, es indudable que la sangre hubiera descendido por las piernas. Tampoco estaba muy claro si los disparos habían sido hechos de frente o por detrás. Parecía más verosímil que se hubieran hecho desde la izquierda del agredido.

Ordenada la exhumación por la autoridad judicial, se comprobó que la víctima sólo había recibido un balazo disparado desde su izquierda, que había atravesado horizontalmente ambos muslos. Además no se trataba de una pistola ni de un revólver, sino de un arma larga más potente, probablemente un rifle. El impacto había fracturado los dos femures y el sujeto había caído como fulminado, sin haber podido dar ni un solo paso, según lo demostraba la disposición de la sangre en los pantalones. La historia que contaron los dos testigos oculares fue una simple superchería.

El otro caso, del mismo profesor inglés, es el siguiente: El cadáver de un granjero, descubierto en un campo de hierba, de bruces y con los brazos extendidos al frente. Llevaba puesta la gorra, echada hacia atrás, y cuando le fue quitada se vio que tenía la cabeza muy ensangrentada. La sangre procedía de varias heridas en el cráneo y en la parte izquierda de la cara. En contraste con esta abundante hemorragia, el interior de la gorra carecía casi por completo de sangre, lo cual quería decir que se la habían puesto al cadáver después de llevar muerto el sujeto un buen rato, cuando la sangre ya se había coagulado y apenas había manchado la gorra.

En la parte de la chaqueta, correspondiente a la espalda, tenía, asimismo, una gran mancha de sangre, pero sólo en la cara exterior de la prenda. No se observaron heridas en la región correspondiente del cuerpo que pudieran explicar la mancha. Levantada la chaqueta, y colocada sobre la cabeza, la mancha coincidía con la zona

ensangrentada. Esta claro que esta región y dicha prenda habían estado en contacto poco tiempo después de producidas las lesiones mientras estaban sangrando. Todo esto significaba una cosa. El granjero, ya con las heridas en la cabeza, había sido arrastrado por el suelo, desde cierta distancia, sobre sus espaldas, lo más probable tirando de los pies, por lo que al hacerlo de esta manera la chaqueta quedó debajo de la cabeza manchándose aquélla de sangre y evitando que ésta dejara un reguero en la tierra.

Al volver el cuerpo, se observó en el rostro una extensa herida, característica de perdigonada, que produjo una profusa hemorragia, pero sin clara indicación de haber manado la sangre en algún particular sentido. Desde luego, no había resbalado la sangre cuello abajo. Evidentemente, cuando el cuerpo fue arrastrado, no se había producido todavía esta herida, que tenía dirección ascendente hacia los ojos y estaba salpicada de sangre. Igual que en la parte posterior, la chaqueta, el chaleco y la camisa, estaban manchadas en su parte anterior de tierra y partículas vegetales. Además había rozaduras en las palmas de las manos, uñas y puntas de los dedos. De esto se dedujo que, el cuerpo, había sido arrastrado boca abajo, después de infringirle la herida facial.

Como esta herida de la cara no había sido cubierta por nada que absorbiese la sangre, no fue difícil descubrir manchas en la hierba, cuyo rastro se dirigía hacia la granja. Las huellas de sangre continuaban hasta una distancia de unos quince metros, y se acababan, mejor dicho, empezaban, junto a un poste situado entre la granja y el campo donde fue hallado el cuerpo muerto del granjero. En el lugar donde terminaba el rastro no había huellas de sangre, y la superficie estaba alisada. Pero raspando un poco, a pocos centímetros de profundidad, se encontraron abundantes vestigios de sangre coagulada, sobre los cuales se había echado tierra que fue aplanada y alisada pisoteándola.

La autopsia demostró que todas las heridas se habían producido antes de la muerte. Las de la cabeza consistían en tres fracturas craneales, debidas a golpes con algún objeto contundente de cierto peso. A pesar de ser considerables las lesiones, no eran mortales de necesidad. Su posición y su forma indicaban que los golpes se habían producido desde arriba. En el brazo izquierdo, una herida por disparo de cartucho de perdigones hecho de frente, a unos tres metros de distancia, en ángulo agudo, desde posición más alta, un poco de izquierda a derecha. Después de examinar los orificios de entrada y salida, y reconstruidos los disparos en el laboratorio de balística, se dedujo que la víctima había recibido esta descarga estando inclinada. Se dedujo también que recibió el disparo cuando la camisa ya se había subido y, en cambio, el faldón de la chaqueta se había reintegrado a su posición natural.

La herida del rostro era casi horizontal, y se dirigía de delante hacia atrás. La muerte se debió a este disparo y fue rapidísima. Como

consecuencia de la hemorragia sobrevino la asfixia por inhalación de sangre en los pulmones, según se comprobó en la necropsia. A simple vista no se observaron quemaduras ni ennegrecimiento, pero el examen microscópico demostró incrustaciones de pequeñas partículas de pólvora. Probablemente, el disparo se efectuó desde unos dos metros de distancia. El análisis de la sangre dio un estado intenso de embriaguez. Con todos estos datos, especialmente con los referentes a las manchas de sangre en los vestidos y en el cuerpo de la víctima y en el terreno, el crimen se reconstruyó de la siguiente manera, que luego se confirmó con las declaraciones del criminal y su cómplice y por las indagaciones policiales y judiciales.

Al llegar el granjero a la granja, bajo los efectos del alcohol, fue atacado. Le golpearon la cabeza con un objeto contundente mientras estaba sentado, o desde un plano superior, probablemente junto a la choza o la granja, pues tenía manchas de cal en la ropa. Cayó inconsciente sangrando en abundancia. Luego, tirando de los pies, le arrastraron hasta la era, donde le dejaron dándole por muerto. Más tarde, el asesino cogió la escopeta de caza del granjero, con objeto de simular un accidente, y volvió al lugar donde había dejado exánime al granjero. Al hallarle sentado, o quizá arrodillado, decidió acabar con él disparándole un tiro, que fue el que le produjo la herida en el brazo izquierdo. Pensando que había errado el tiro, se acercó más y disparó el segundo cañón dándole en la cara. El hombre cayó de bruces, junto al poste, en el ángulo de la era, sangrando profusamente. El criminal le cogió por los pies y le arrastró hasta la dehesa. Finalmente, colocó el arma junto a la mano de la víctima y le puso la gorra en la cabeza tapando la sangre, ya coagulada, de las heridas producidas en la primera agresión.

Ya se ha explicado por qué no quedaron huellas sangrientas al arrastrar el cuerpo. El faldón de la chaqueta se dobló hacia atrás, situándose debajo de la cabeza y empapándose de sangre. Sólo en la era, y en ningún otro lugar de la vecindad, crecían unas plantas, de cuyo follaje se encontraron algunos restos en tirantes y ojales. En la mancha de sangre de la chaqueta se hallaron algunos cabellos idénticos a otros recogidos en la era junto al poste. Su presencia en las manchas de sangre de este lugar, demostraba que la chaqueta había sido colocada nuevamente en su sitio después de haberle arrastrado sobre la espalda.

EXAMEN DEL SOPORTE

Descubiertas las manchas de sangre, se observarán cuidadosamente, se anotarán con toda claridad y precisión los caracteres y propiedades del soporte donde radican, cuyo estudio es preciso, indispensable para la interpretación de las mismas. Los principales, los más importantes desde el punto de vista médico-forense, son los siguientes: color, forma, naturaleza, trama, irregularidades.

Color.—En los soportes negros u oscuros, según hemos apuntado, resultan más difíciles de distinguir estas manchas que en los blancos y claros. Las dificultades aumentan si se trata de manchas viejas y antiguas o que han sido lavadas.

Forma.—La forma del soporte, plana, llana, ondulada, cilíndrica, esférica, etc., influye notablemente en el aspecto y la configuración de las manchas. Cuando la superficie es redondeada, como, por ejemplo, la de un cilindro, la mancha tiende a ensancharse, si el eje de la redondez es vertical. Si está inclinado sobre la horizontal, las manchas se hacen asimétricas, siendo su forma final el resultado de la suma o confluencia de diversos componentes.

Naturaleza.—También la naturaleza del soporte condiciona la configuración de las manchas. Cuando se trata de metales lisos, de materias plásticas u otras sustancias pulimentadas, de maderas duras barnizadas, de vidrio, de porcelana, de caucho, de ciertos tejidos de gran apresto, de materias poco o nada absorbentes, es decir, que no se mojan o apenas con la sangre, cuando se trata de soportes de esta naturaleza, y como consecuencia de tal efecto o ausencia de adherencia de la sangre, puede observarse una retracción de la mancha, a veces desigual, lo que da algunas irregularidades a su aspecto, redondeado, poliédrico, salpicado, etc. De todos modos, las manchas conservan, en términos generales, las formas originales, características, que asumieron al caer, según veremos más adelante. Además, al no embeberse el soporte, el líquido no se expande, lo que favorece la formación de la costra. Por el contrario, en el material poroso, como, por ejemplo, algodón, lana, papel secante, ladrillos, madera esponjosa, etc., la sangre será absorbida, chupada por el soporte, difundida en él, y la formación de la mancha estará más o menos alterada, constituyendo las llamadas manchas de impregnación.

Trama.—Cuando se trata de tejidos, la trama de los mismos, que sirve de soporte a las manchas, puede ser tal que el embebecimiento se haga desigualmente, en dos o más sentidos, según la dirección en que estén colocados los hilos. Lo mismo podemos decir, o algo muy parecido, cuando el soporte de la mancha es el cabello, según las modalidades del peinado o del despeinado.

Irregularidades.—Cuando la superficie del soporte es irregular, se observan faltas de adherencia o desigualdades de la mancha que provocan retracciones, las cuales pueden presentar notables asimetrías, aspectos arciformes y otras formas curiosas. Las pinturas, los bordados y otras cosas detienen, por sus anfratuosidades, más o menos parcialmente, la formación de la mancha, que puede quedar en parte como amputada, como rota, sin que su forma general se modifique, o quedar profundamente alterada.

DESCRIPCIÓN DE LAS MANCHAS

Localizadas y precisadas las manchas de sangre y las características del soporte donde radican, se procederá a la cuidadosa y minuciosa descripción de sus caracteres y circunstancias que sean susceptibles de ser apreciadas a simple vista, o con el auxilio de la lupa, o con los sencillos dispositivos que hemos señalado anteriormente. En estas condiciones, se especificarán, en cuanto sea posible, su entidad, es decir, la abundancia o escasez de su contenido sanguíneo, a sea, la cantidad de sangre que las constituyen, señalando al mismo tiempo su estado, sólido, desecado, líquido o siruposo, húmedo, su fluidez y grado de coagulación. Se reseñará su número, su aspecto, su configuración, su forma, su tamaño, su extensión, su anchura, su dirección. Se consignarán con toda precisión el lugar donde radican, según hemos explicado al tratar de su búsqueda, y la distancia a que se encuentran de otras cosas y objetos, de otras referencias.

Se anotará su color y, eventualmente, su olor. La relación y descripción se acompañará de las oportunas mediciones, precisas y exactas, de bocetos, croquis, dibujos, esquemas, figuras, calcos, fotografías, según proceda a la vista de las circunstancias concretas de cada caso. Los principales caracteres en cuestión se refieren a los extremos que acabamos de señalar. Particular interés tiene la descripción del aspecto y configuración de las manchas, desde el punto de vista médico-forense, y este extremo lo estudiaremos con más detenimiento en el capítulo siguiente.

Abundancia.—La apreciación de momento, a primera vista, es decir, “grosso modo”, de la cantidad de sangre que constituye la mancha, es útil para orientarse sobre el terreno, o sea, en el mismo lugar del suceso sobre si la sangre fue de una herida inferida antes o después de la muerte, y también para pensar si el cadáver sufrió ulteriores cambios de posición o situación. Cuando el arma o instrumento que produjo la herida seccionó gruesos troncos arteriales o venosos, la abundancia de sangre es señal de que fue producida en vida, mientras que su ausencia o escasa cantidad es señal, indicio, presunción de que se produjo la herida después de la muerte.

Extensión.—Se describirá, midiéndola exactamente. El área que cubre la mancha depende de la fuerza viva con que chocó la gota o gotas de sangre, de su volumen, de la tensión superficial del líquido sanguíneo. Se ha de tener en cuenta que, en términos generales y hasta un cierto límite, los diámetros de la mancha van proporcionalmente aumentando conforme aumenta la altura de la caída de la sangre. Pero pasado ese cierto límite al que aludimos, el aumento de extensión de la mancha de sangre es menos manifiesto en relación con este factor.

Aspecto.—Las pequeñas manchas hemáticas, una vez secas, constituyen diminutas manchas ligeramente elevadas, apareciendo como escamas brillantes, más o menos resquebrajadas, según las condicio-

nes del soporte, según las condiciones atmosféricas de humedad o de sequedad en que se encuentren.

Color.—Con el transcurso del tiempo, la sangre derramada, de color rojo vivo si es arterial y fresca, no sólo se va desecando, sino que va modificando su coloración, oscureciéndose progresivamente, haciéndose morena y aun negruzca, de un tinte como de infusión de café, con las sucesivas transformaciones de la hemoglobina, que indican el tiempo que ha transcurrido desde su derramamiento. Sin embargo, son varios y diversos los factores que pueden intervenir alterando el proceso de estas transformaciones cromáticas de la sangre, lo que hace no pocas veces difícil o dudosa la interpretación cronológica de su coloración; tal ocurre con los factores de luz, de calor y otros. De todos modos, si la observación se hace precozmente, y todavía no se ha secado completamente la sangre, que forma manchas o coágulos de fina estratificación, la coloración es de un rojo más o menos vivo, como lo es recién derramada. En términos generales, paralelamente con el aumento de amplitud de la mancha, se nota, es obvio, una disminución de la intensidad de su coloración, dado que, dentro de los límites de las posibilidades materiales, la sangre se forma en estratos, tanto más delgados cuanto más amplia es la superficie que cubre.

Distancia.—Se precisará en la descripción la distancia a que se encuentran las manchas de sangre, sea del cadáver sea de otros puntos, objetos, sitios de referencia. Ello nos proporcionará valiosas indicaciones sobre la presión con que salió de la herida o heridas. Así, por ejemplo, si el cadáver presenta heridas del corazón y del cuello, con apertura de las carótidas, se podrá decir si las heridas del corazón fueron anteriores o posteriores a las del cuello, por la distancia hasta que llegaron o que alcanzan las manchas. Es evidente que si las carótidas fueron abiertas antes que el corazón, el chorro de sangre, más abundante y potente, habrá llegado más lejos, dado que la presión de esos vasos estaba en su normal plenitud, cosa que no hubiera ocurrido si hubieran sido heridos después del corazón.

FORMAS, ASPECTOS Y CONFIGURACIONES DE LAS MANCHAS

En principio, y en términos generales, se tendrá en cuenta que, por lo general, ninguna mancha por sí sola, única y exclusivamente por sí sola, presenta un aspecto, una configuración, una forma, una localización tal como para poder determinar sin más datos, sin más referencias, sin más elementos de juicio, que las cosas fueron o sucedieron con toda seguridad así o así. Para poder llegar a conclusiones atendibles, por la simple observación de una mancha única, es preciso que el observador tenga una gran experiencia. De todos modos, señalaremos los aspectos, formas y configuraciones más importantes y frecuentes de las manchas de sangre, que son las siguientes: bolsas y charcos, gotas, salpicaduras, aspersiones, chorros y regueros, otras

apariencias, si las manchas fueron indirectas, si fueron lavadas o limpiadas.

Bolsas y charcos.—Las bolsas y charcos de sangre corresponden a una colección abundante de la misma, que se forman cuando la fuente de su emisión se encuentra prácticamente fija, es decir, cuando el cuerpo de la víctima permanece inmóvil en la posición que sea. La extensión del depósito está en relación con la cantidad de sangre vertida, con el tiempo que ha durado el derramamiento y con el poder de absorción de la tierra o del suelo donde radica. Según estas condiciones, y otras en relación con la naturaleza del pavimento, se forman colecciones de mayor o menor tamaño, de más o menos extensión y grosor. Cuando el soporte sobre el que se apoya la víctima es plano o hundido, la sangre permanece localizada allí; en cambio, si es pendiente, la sangre se recoge más lentamente, puede también fluir del cadáver. A veces, la bolsa o charco se forma en lugar distinto del en que cayó la víctima, si su cuerpo fue transportado o proyectado. Un doble depósito puede indicar un cambio de posición del cuerpo de donde manó la sangre, o bien movimientos autónomos de la víctima.

GOTAS.—Se llama gota la pequeña porción de un líquido que ha tenido volumen suficiente para desprenderse por su propio peso de la parte a la que estaba adherida, como destilando de ella, sin correr al hilo, como vulgarmente se dice, sin interrupción. Las gotas de sangre se forman cuando ésta, según decimos, cae de las heridas, de los vestidos, de las partes del cuerpo, de los objetos y cosas manchadas de ella. El grosor, las dimensiones, las distancias, el aspecto, la configuración, la forma de las gotas, dependen de la cantidad de sangre que las constituyen, de la coagulabilidad de la misma, de su densidad, de la altura de la caída, de la dirección en que cayó, de la fuerza con que lo hizo, de la forma, posición y naturaleza del soporte. Por lo común, según hemos dicho antes, la mancha constituida por una sola gota, por una gota aislada, no permite determinar el plano de su trayectoria, sino únicamente el último sector de la misma sobre el plano receptor, y también, en cierto modo, el ángulo de caída, el cual puede proporcionarnos algún indicio u orientación sobre la trayectoria en general. Las formas y aspectos que con más frecuencia se observan en la práctica médico-forense y policial son las siguientes: redondeadas, dentadas, ovoidales, escurridas.

Redondeadas.—Las formas redondeadas o circulares se observan cuando las gotas de sangre caen verticalmente, casi perpendicularmente, desde poca altura, sobre un plano horizontal o sólo muy ligeramente inclinado. El contorno puede ser más o menos irregular o sinuoso, según la altura, siempre pequeña, de la caída, pero sin llegar a formar verdaderos ángulos, puntas o dientes propiamente dichos.

Dentadas.—Son circulares o redondeadas, como las anteriores, pero presentando hacia afuera del borde libre dientes o rayos claramente diferenciados, más o menos puntiagudos, de tamaño variable, dispuestos con sensible regularidad y uniformidad por todo el contorno, y que

aumentan según crece la altura de la caída y el volumen de la gota. A veces, el contorno puede asumir una forma poligonal, de cuyos ángulos parten principalmente dichos dientes o rayos. Cuando se trata de gotas satélites, la distancia a que se forman de la principal y el tamaño y agudeza de los dientes no guardan relación con la altura de la caída.

Ovoidales.—Cuando las gotas caen verticalmente del sujeto que pierde la sangre, estando éste en movimiento, o bien caen sobre un plano inclinado, primero se ensanchan por efectos del choque, y luego se alargan al resbalar por el soporte inclinado, asumiendo configuraciones elípticas, formas ovoidales, aspectos periformes, más o menos alargados, según el grado de inclinación de la caída. La parte superior de ovoide tiene un tinte más claro, mientras la inferior es más oscura, por la tendencia a acumularse en la parte más baja, donde forma una costra. En términos generales, si bien son frecuentes las excepciones, la longitud de la costra de la parte gruesa de la mancha es tanto mayor cuanto de menor altura cayó la sangre y más obtuso fue el ángulo de caída. La relación longitud partida por la anchura de la mancha, excluyendo de la medición las prolongaciones o escurreduras de que hablaremos seguidamente, permiten calcular con cierta aproximación el ángulo de caída de la gota.

Escurridas.—Cuando la gota que cae sobre el plano oblicuo desciende más y más, el ovoide o la pera se alarga, y hasta puede escurrirse, formando como rebabas con varias prolongaciones secundarias, más o menos afiladas y de tamaño desigual, cuyo estudio puede proporcionar indicaciones sobre la altura desde que cayó la gota, cuando el ángulo de caída no sea muy agudo. Estas prolongaciones inferiores pueden asumir formas que recuerdan las de una quilla más o menos afilada, la de barbas de pluma de ave, la de trazo de pluma cuando se separan los puntos de la plumilla.

Salpicaduras.—Salpicadura, o sea la acción y efecto de salpicar, significa rociar, esparcir en gotas una cosa líquida o ensuciar o manchar una cosa con las gotas que se desprenden de algún líquido por choque u otras causas. Estas salpicaduras o gotas satélites de sangre pueden ser primitivas o secundarias; señalaremos también las salpicaduras serosas.

Primitivas.—Cuando las gotas caen desde una altura un tanto considerable, dos o más metros, tanto en ángulo recto como en ángulo más o menos agudo, entonces, en torno a la mancha y a distancias y posiciones variables, se forman salpicaduras, es decir, gotas secundarias más menudas. De la gota principal saltan o se esparcen otras más pequeñas, cuyo número, posición, dirección, aspecto, varían según la dirección del choque de la gota madre, según la quietud o movimientos de la víctima, del agresor o de ambos, según la posición del plano sobre el que caen. Estas salpicaduras, que llamamos primitivas, aun cuando están constituidas por gotitas secundarias, para distinguir las de las propiamente secundarias, de las que nos ocuparemos a

continuación, suelen ocurrir también cuando a una herida sangrante se le da un golpe con violencia, o cuando por los rápidos movimientos del agresor caen las gotas del arma, manchada de sangre, que empuña. El número de estas salpicaduras, su apariencia, posición y dirección, permitirán al observador, según su agudeza mental y experiencia, orientarse sobre el origen, la causalidad, el mecanismo de producción de las mismas.

Secundarias.—Podríamos llamarlas también salpicaduras de prolongación o por fragmentación. En las gotas de contornos más o menos regularmente dentados, a las que antes nos hemos referido, los dientes pueden independizarse del contorno al que están adheridas, formando gotitas satélites de la gran gota de que proceden, lo que puede indicar una caída desde cierta altura. A veces, alguna o algunas de las prolongaciones inferiores, de las gotas escurridas que hemos descrito, pueden como fragmentarse, asumiendo aspectos de salpicaduras, dispuestas en forma arrosariada o en punto de signo de admiración, como en las manchas de sangre por aspersión, de las que nos ocuparemos luego.

Serosas.—Son unas salpicaduras cuyo especial aspecto puede tener gran interés criminalístico en la reconstrucción de los hechos. Supongamos un pequeño coágulo de sangre con formación de numerosas gotas satélites, de tamaño variable y forma distinta, pero de un color uniformemente oscuro, y mezcladas con ellas aparecen otras más pequeñas, pero de color más claro, de un tono y tinte ambarino. Ello puede interpretarse de la siguiente manera. La sangre ha manado de la herida durante algún tiempo, pero se ha coagulado en la herida, y las gotas que luego han caído de ella eran de suero sanguíneo, cada vez más claras, y que son las que han producido las ambarinas salpicaduras, las gotitas secundarias, de coloración o tono más claro. El interés médico-judicial de estas salpicaduras de aspecto más claro, radica en que, cuando se presentan, puede decirse o presumirse que el herido permaneció algún tiempo inmóvil. Un aspecto semejante se produce cuando un objeto cae sobre un coágulo de sangre algún tiempo después de su formación, pero todavía relativamente fresco, provocando con el choque la proyección de algunas gotitas de suero. Ello puede representar la prueba de que debió trascurrir un cierto espacio de tiempo, el necesario para la coagulación, entre la formación del coágulo y la caída del objeto sobre el mismo.

ASPERSIONES.—Aspersión viene de asperjar, hisopear, rociar, que significa esparcir, arrojar sobre alguna cosa un líquido que se dispersa al caer sobre ella. A efectos pedagógicos, distinguiremos tres variedades de dispersión: Aspersiones por la presión del chorro de sangre. Aspersiones por la proyección de sangre. Aspersiones por caída de la víctima que sangra.

Aspersión por la presión del chorro de sangre.—Cuando la sangre sale de la herida con cierta presión, como ocurre cuando se trata de gruesos vasos arteriales, puede alcanzar objetos o partes del lugar más

o menos distantes, según hemos dicho, formando manchas de cierto aspecto, manchas características, como de aspersión, que asumen o recuerdan la forma de los signos ortográficos de admiración, de interjección, de exclamación, con el trazo continuo, o bien con salpicaduras, más o menos alargadas, de la mancha hacia el lugar de origen, si el chorro alcanzó oblicuamente la pared, o en forma de clavo si la oblicuidad fue ligera y escasa la fuerza viva del choque. Este aspecto o configuración se observa a menudo en las paredes de las habitaciones donde ocurrió el suceso, y depone, por lo común, a favor de su procedencia arterial. La posición y dirección de estas manchas puede indicar, a un ojo práctico y experimentado, la dirección en que la víctima se estaba moviendo o la dirección en que cayó.

Por la rapidez de proyección de la sangre.—Si una gota de sangre es proyectada con rapidez desde un ángulo contra un objeto, como resultado del rápido movimiento, al chocar aquélla con éste, la última parte de la gota continuará sobre la primera, dando una mancha semejante al signo ortográfico mencionado. La parte más fina, o el punto o puntos de la misma, revelarán la dirección del movimiento, como la más gruesa señalará hacia la parte de donde procede la sangre. Cuanto más obtuso sea el ángulo de choque, más gruesa será la señal, mientras que, por el contrario, más largo y estrecho será el signo cuanto más agudo sea el ángulo. Esto sólo tiene valor para las aspersiones a poca distancia. Si la distancia es mayor, las gotas muy pronto gravitarán hacia el suelo, y entonces, si la sangre que gotea tiene una dirección horizontal, las manchas en forma de signo de admiración en la pared pueden presentarse en una dirección contraria a la del movimiento.

Por la caída de la víctima que sangra.—Cuando la víctima cae, el movimiento de la gota que cae con el cuerpo, y es además proyectada por éste en su caída, se descompone en dos fases; una, vertical, debida a la gravitación, y otra, horizontal, por el progreso hacia adelante de la persona al caer. Cuando la primera parte de la gota toca el suelo, la posición restante de la misma se encuentra todavía moviéndose en una dirección más o menos, o un tanto horizontal u oblicua, y se esparce continuando la primera, prolongándola, proyectándola, dándole el aspecto ovoidal o periforme que hemos descrito, con o sin las prolongaciones o salpicaduras a que nos hemos referido. Sin embargo, el mismo aspecto puede presentarse en otras condiciones de la aspersión. Así, por ejemplo, si mientras se está cometiendo la agresión con un hacha, ésta, empapada de sangre, se levanta para dar más golpes, las gotas de sangre que puedan caer del hacha podrán presentar, igualmente, tales caracteres. Tengamos en cuenta también que la persona, caminando, puede haber movido las manos empapadas de sangre, o heridas, en una dirección opuesta a la que estaba caminando. Igualmente, puede haber permanecido quieto el cuerpo mientras movía los brazos, y en tales condiciones las aspersiones serán más pequeñas.

CHORROS Y REGUEROS.—Las manchas en forma de chorros se forman por golpes de sangre que salen por una parte estrecha, con alguna fuerza, como en el caso de las heridas en vasos arteriales. Su estudio permite, en ciertas condiciones, hallar el plano de la trayectoria y el sentido de la proyección. Sin embargo, no siempre es posible fijar con exactitud la dirección inicial. Téngase en cuenta también que al sacudir un instrumento u objeto manchado de sangre las gotas de la aspersión, al agruparse, pueden simular la señal continua de un chorro o reguero, lo que puede dar lugar a interpretaciones erróneas de la mancha. Cuando se trata de regueros en la víctima, su observación cuidadosa, sobre todo la comprobación de su localización y dirección, puede ser de capital importancia para el esclarecimiento de los hechos, como en el caso siguiente:

El cadáver de un hombre de negocios fue descubierto una mañana, sentado ante su mesa de trabajo, con la sien derecha agujereada por una bala. El revólver del muerto estaba en el suelo, cerca de su cuerpo. La bala había sido disparada por esta arma. La difícil situación económica de la víctima, su posición sentada, el sitio de la herida, la ausencia de desorden en la habitación y en el resto de la casa, el no haberse notado la desaparición de ningún objeto, todo confirmaba la hipótesis de un suicidio. Fue la minúscula observación del médico que acudió para certificar la defunción, y proceder al levantamiento del cadáver, lo que encauzó la investigación criminal por los derroteros del homicidio simulando un suicidio. En efecto, el facultativo advirtió que de la herida de la sien habían salido dos hilos de sangre; uno se deslizaba a lo largo de la mejilla, lo que concordaba con la posición sentada del cuerpo, pero el otro hilo de sangre partía, inexplicablemente, del ángulo derecho en dirección a la nuca.

La conclusión se imponía. El cuerpo del sujeto, después del disparo, había permanecido algún tiempo de espaldas, tendido en el suelo, y luego había sido colocado sentado en el sillón, en posición y actitud apropiada para que se pensara en un suicidio. Como la muerte fue rápida, este desplazamiento, forzosamente, había tenido que ser realizado por otra u otras personas, es decir, por el criminal y sus cómplices, deseosos de disimular, de ocultar su delito con la apariencia de un suicidio. Detenidos los sospechosos, reconocieron su culpabilidad, confesando que habían entrado para robar, pero lo primero que vieron fue el revólver cargado que la víctima guardaba en un cajón de su mesa. Cuando al ruido el hombre acudió, le mataron con su propia arma, haciendo blanco el disparo en la sien, y huyeron. Apenas se habían alejado unos metros, pensaron: Somos unos estúpidos. Le hemos matado con su pistola y le hemos alcanzado en un sitio del cuerpo propio de los que atentan contra su vida; si disponemos bien las cosas, todo dará la sensación de un suicidio. Entonces volvieron sobre sus pasos, regresaron al lugar del delito y sentaron al cadáver en la silla, tal como fue encontrado después, sin pensar que la herida

había sangrado en ese lapso de tiempo en una dirección que no correspondía con la posición sentada y que la contradecía.

OTRAS APARIENCIAS.—Además de las formas y configuraciones que hemos expuesto, que son las más frecuentes en la práctica médico-forense y judicial, pueden presentar las manchas de sangre otros aspectos más o menos característicos, en relación con las circunstancias del caso y del lugar del suceso. Aspectos especiales presentan las manchas pisadas, las debidas al arrastramiento del cuerpo y a otros factores. En un caso, el cadáver de un hombre brutalmente apuñalado, presentaba una mancha sanguínea de extraños caracteres, en la parte anterior del tórax. Nadie se fijó en ella, pues el cuerpo inerte estaba, como vulgarmente se dice, bañado en sangre. Después se comprobó que había sido producida por la tela del pantalón del agresor, que para rematar a su víctima le puso y apretó la rodilla en el pecho de aquélla.

MANCHAS INDIRECTAS.—Llamadas también por contacto, son aquellas producidas indirectamente, como formando impresiones, debidas al transporte de dedos, manos y pies y otras partes del cuerpo (atención a los eventuales dibujos papilares) o por otros objetos ensangrentados. Señalaremos a este respecto, que ya M. Texain, el famoso humorista norteamericano, en su libro publicado en 1881 "La vida en el Mississipi" escribió una narración en la cual un asesino es descubierto gracias a las huellas dejadas por un dedo pulgar empapado en sangre. Teniendo en cuenta esto, las formas y aspectos de las manchas hemáticas en ropas y vestidos podrán aprobar o contradecir la explicación que se dé sobre su presencia. Si se trata de gotas o salpicaduras, y dice el presunto culpable que se deben a que tocó el sitio u objeto donde radican con las manos ensangrentadas, tal disposición se opone a tales declaraciones.

MANCHAS LIMPIADAS.—Las manchas de sangre pueden haber sido limpiadas, lavadas, restregadas, enjugadas, borradas, raspadas, etc., con objeto de hacerlas desaparecer o de atenuarlas en todo lo que sea posible. Las dificultades de apreciación aumentan, si se tienen en cuenta las modificaciones que sufren, además, los caracteres clásicos de las manchas a que nos hemos referido. Las señales de estas operaciones y manipulaciones destinadas a hacer desaparecer las manchas, presentarán o darán a las huellas aspectos diversos, según el momento en que se hubieran realizado, el tiempo transcurrido desde entonces, según las sustancias que se hubieran empleado (agua natural, jabón, lejía, etc.), según la naturaleza del soporte donde radican y otros factores y circunstancias. Por lo que se refiere al lavado de ropas, rara vez ocurre con las de la víctima, siendo lo más frecuente con las del agresor. En estas circunstancias puede ayudar notablemente a la indagación el empleo de la lámpara portátil de luz de Wood, pues aunque la sangre no es fluorescente ni produce cambios cromáticos, sí lo puede ser o producir el soporte y, por contraste, hacer ostensibles pequeñas manchas o salpicaduras no visibles a simple vista, e incluso hacer perceptibles las huellas del lavado.

REALIZACIÓN DE PRUEBAS DE CONTROL

Una vez examinada a simple vista la mancha o manchas problema, según las normas expuestas, conviene, en buena norma de actuación pericial criminalística, realizar ensayos experimentales de comprobación con sangre de animales debidamente preparada al efecto valiéndose de dispositivos adecuados, en condiciones apropiadas y sobre los mismos soportes o sobre soportes de igual naturaleza que los de las manchas problema, tanto en quietud como en movimiento, y en las posiciones oportunas, tanto del experimentador como de la víctima, como del plano sobre el que cae la sangre. Estos experimentos, fáciles de realizar, pueden ilustrar eficazmente y ayudar a resolver no pocos problemas médico-legales, forenses, policiales, judiciales, en relación con las manchas de sangre encontradas en el lugar del suceso.

PROTECCIÓN DE LAS MANCHAS

Toda mancha que se encuentre en el lugar del suceso, sea de sangre o de lo que sea, y nos parezca sospechosa, debe ser convenientemente protegida, y cuanto antes, principalmente si se trata de sangre fresca y en lugares abiertos, sobre todo si son concurridos, hasta que se pueda hacer el estudio que hemos descrito, hasta que pueda ser dibujada, calcada, fotografiada métricamente, hecho el oportuno esquema, etc., que permiten fijar el mayor número posible de los caracteres que hemos señalado, hasta que pueda ser convenientemente recogida para su envío al laboratorio para salvarla de la voracidad de ciertos animales, del viento, del sol, de la lluvia, de la nieve, de la gente, etc. La protección se hará por medio de cajas, cartones o cartulinas convenientemente dispuestas, con arreglo a las técnicas que se emplean corrientemente en criminalísticas para la protección de las huellas en general.

CAPTACIÓN DE LAS MANCHAS

A ser posible, y después del examen "in situ" a que nos hemos referido, deberá recogerse el objeto sobre el que radica la mancha para enviarla al laboratorio, según diremos luego. Si ello no es posible por radicar la sangre en el suelo, en las paredes, en objeto inamovibles o que no se pueden fragmentar, entonces se raspará la mancha con un escalpelo, navaja u otro instrumento apropiado, y el polvillo obtenido se envolverá en papel satinado, dispuesto como los antiguos papelillos de las farmacias. En cada uno de estos estuches de papel se anotará el sitio de procedencia de su contenido, los caracteres de la mancha de la que procede el raspado, y otros datos que puedan ser de interés. Pueden también enumerarse los papelillos,

y, en un papel aparte, con la misma enumeración correspondiente, se consignarán tales datos, cuya copia será insertada en el acta judicial, policial o médico-forense correspondiente. En casos especiales, para realizar la captación, no habrá más remedio que proceder a la disolución de la mancha "in situ", empleando los oportunos disolventes y adoptando con los frascos y tubos que contengan las soluciones las mismas precauciones que con los papelitos de marras. Si fuera de absoluta necesidad elegir entre numerosas manchas, todas ellas situadas en sitios inamovibles u objetos intrasportables, se adquirirá antes la seguridad de cuales de ellas son verdaderamente de sangre, empleando las relaciones adecuadas para ello, y sobre todo el método eliminatorio de Medinger. En todo caso había que pensar en que las manchas procedan de distintas personas, sobre todo cuando se trata de accidentes de tráfico, por lo que se recogerán separadamente, según hemos dicho, y con las indicaciones que hemos mencionado, para la individualización de las mismas en el laboratorio.

ENVÍO DE LAS MANCHAS AL LABORATORIO

El traslado al laboratorio de los soportes manchados, o de los soportes sospechosos de tener manchas, aunque no se hayan advertido a simple vista, o el de las raspaduras, soluciones, impregnaciones de las manchas, obtenidos en el lugar del suceso, debe realizarse con la máxima rapidez, tomándose todas las precauciones oportunas para evitar cambios, alteraciones, confusiones, equivocaciones, errores. Los paquetes y papeles debidamente numerados se envolverán en tela impermeable para ponerlos a salvo de contactos impuros que puedan desvirtuar, enmascarar, falsear los resultados de los ulteriores exámenes físicos, y análisis químicos en el laboratorio, o los hagan imposibles. Por lo demás, el embalaje de los objetos manchados se ajustará a las reglas corrientes para el transporte en general de los objetos con otras manchas, o con huellas de diversa naturaleza.

«El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dió lugar al Código Penal de 1822»

JOSE A. SAINZ CANTERO
Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Santiago

I

El 16 de agosto de 1821, en la Sesión del Claustro Universitario de Granada, fue aprobado el informe que sobre el Proyecto del Código Penal que habían preparado las Cortes emitía la Universidad granadina. Este informe, según MONTELLS y NADAL (1) es muy poco conocido. SALILLAS, en su acertado estudio del Código Penal de 1822 (2) no lo menciona, pese a citar casi todos los que se presentaron. Puestos a buscar a este silencio una explicación puede hallarse en la fecha de aprobación y remisión.

El plazo que las Cortes fijaron para recibir las observaciones que habían de formularse al Proyecto expiraba el día 1 de julio. El informe granadino está fechado el 15 de agosto, y al día siguiente se aprobó y acordó fuera remitido a las Cortes por el jefe universitario. No es extraño que, por llegar fuera de plazo, no se tomara en consideración.

Estas circunstancias justifican suficientemente que dediquemos un trabajo al estudio del informe. Pero a ellas hay que añadir otras de no menos peso. Nuestro siglo XIX, sobre todo sus primeros treinta años, es muy poco conocido. Quienes han historiado el pensamiento penal de ese siglo, suelen arrancar de PACHECO, dedicando breves líneas a la época anterior. JIMÉNEZ ASÚA, por ejemplo, se limita a citar las obras publicadas por los que llama "prácticos tardíos".

(1) MONTELLS y NADAL, *Historia del origen y fundación de la Universidad de Granada*. Granada, Imprenta de D. Indalecio Ventura, 1870. El informe se transcribe en págs. 468 a 485.

(2) SALILLAS, *Evolución penitenciaria en España*, tomo II, Madrid, 1918, págs. 241 a 434. ANTÓN ONECA tampoco alude a él en su trabajo *Historia del Código penal de 1822*. ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1965, págs. 263 y sigs.

BENITO GUTIÉRREZ es excesivamente parco en el examen de este período, y los tratadistas modernos que historian el siglo XIX o lo tocan de pasada, o se limitan a resumir lo que dicen otros (3).

Sin embargo, la investigación del pensamiento penal de esa época ofrece gran interés, y su estudio no puede limitarse al examen de los autores de obras generales, sino que hay que indagar, sobre todo, la opinión general del país cerca de los problemas penales, cosa que, en parte, ha hecho SALILLAS, para lo cual resulta de gran utilidad bucear en los informes que, con motivo de nuestro primer Código penal, emitieron las Universidades. No hay que olvidar que uno de nuestros más auténticos investigadores, PEDRO DORADO MONTERO, señala los años comprendidos entre 1800 y 1822 como "*el período que podemos llamar más interesante de la historia penal española durante el siglo XIX*" y que, a partir de 1830 hasta Pacheco, "*después de aquellos escritores del primer cuarto del siglo..., bien podemos decir que el cultivo del Derecho penal sufre un eclipse*" (4).

El informe que examinamos no constituye singularidad alguna dentro del Derecho penal de la época. Es, sin embargo, revelador del pensamiento penal medio en ella. Ni decididamente reformista, ni tradicional en toda su extensión. Recoge, como más adelante veremos, muchas de las ideas que circulaban por la Europa culta de aquel entonces; pero, junto a ellas, están firmes algunas concepciones arcaicas y no pocas preocupaciones de escasos vuelos. Si es revelador del pensamiento cultural en aquel siglo de la Universidad que lo emitió. No es documento de altura penal, porque ni en la Universidad de Granada existían entonces especialistas, ni puede pedirse más en el corto plazo que se concedió para emitirlo.

Al estudiarlo nos proponemos, además de darlo a conocer, rastrear la influencia del pensamiento a la sazón vigente en Europa, precisamente en una provincia que siempre se distinguía por su actitud conservadora en todos los aspectos.

Para este propósito estimamos que es lo más idóneo hacer una contemplación previa del pensamiento penal europeo en la época y después rastrear la influencia que en el informe pudieron tener las ideas en vigor. Así se pondrá de manifiesto las aproximaciones y distancias de la opinión de la Universidad granadina con las ideas innovadoras en Europa y en la propia España.

(3) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, tomo I, Buenos Aires, 1950, págs. 663 y sigs.; B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Examen histórico del Derecho penal*, Madrid, 1886, págs. 432 y sigs. Solamente P. DORADO MONTERO se detiene a examinar el pensamiento de José Marcos Gutiérrez y R. Salas en *Ideas de algunos antiguos escritores españoles sobre la prevención de los delitos* ("El Derecho protector de los criminales", vol. I, Madrid, 1915, págs. 502 y sigs.).

1. En Europa nace en las postrimerías del siglo XVIII la filosofía penal liberal. Superada su fase crítica, que iniciaron BECCARIA, HOWARD y MARAT, van a sentarse las bases para un nuevo planteamiento, sistemático y científico, del Derecho penal europeo. Semejante planteamiento estará a cargo de dos nombres ilustres: ROMAGNOSI, que en 1791 publica la primera edición de su *Genesi del Diritto Penale*, y FEUERBACH, que publica en 1801 el *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (5). Con estos dos libros se inicia el estudio científico del Derecho penal. Con base en ellos y en el contenido ideológico de la filosofía penal liberal, que inspirara la Revolución, surge el modo de pensar, hacer e interpretar que, casi un siglo después, iba a ser llamado *clásico* por sus más decididos adversarios.

Esta dirección llena el área científica europea durante toda esta época, y su esfuerzo no se queda en mera especulación dogmática, sino que tiene una proyección legislativa que da lugar a las primeras codificaciones (6). El nivel cultural y científico de esta época adquiere índices de consideración en las naciones que mantienen la dirección científico-jurídica de Europa. En Italia, además del libro de ROMAGNOSI, ya citado, se estudia durante estos años el de CARMIGNANI (*Juris criminalis elements*, Pisa, 1808), que influye notablemente no sólo en la ciencia penal italiana, sino también en la de toda Europa (7).

En Alemania, desde FEUERBACH, se monta la arquitectura de la

(4) DORADO MONTERO, *Balace penal de España en el siglo XIX*, en "De Criminología y Penología", Madrid, 1906, págs. 135 y 136.

(5) Con anterioridad había publicado *Revisión der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Erfurt, 1799-1800 (2 vols.). Sobre ROMAGNOSI, vid GALLI, G. D. *Romagnosi. La vita, i tempi, le opere*, Roma, 1935. Sobre FEUERBACH, el estudio de RADBRUCH, *Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben*, Basilea, 1950.

(6) Aunque el movimiento codificador se inicia en el siglo anterior, puede decirse que adquiere su estabilidad y firmeza en los primeros años del siglo XIX. En Francia, en 1804, se hace el Proyecto que habría de constituir el Código penal de 1810, y que perfila el sistema de legislación que inspiró a todos los países durante una buena parte del siglo XIX. En Baviera se produce en 1802 el Proyecto de Código penal de KLEINSCHROD, y en 1813 aparece el Código penal que redacta e inspira FEUERBACH. En Sajonia, el Código penal de 1839, que elabora GROSS. En la Península italiana, el Código de 1839 de los Estados sardos; en el Ducado de Parma se promulga en 1820 el Código de Derecho y Procedimiento penales; en el Reino de las Dos Sicilias se promulga en 1819 un Código que, en su segunda parte, contiene las leyes penales. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado cit.*, I, págs. 277 y sigs.

(7) En el pensamiento penal italiano de esta época influyen poderosamente las figuras del siglo anterior, especialmente FILANGIERI (*Scienza della Legislazione*, 1780-1788), PAGANO (*Principi di Diritto penale*, 1785) y el mismo CATTANEO, a quien los positivistas consideran precursor de su escuela.

dogmática penal, llegando en estos años a un nivel de calidad muy considerable. Las figuras más destacadas del pensamiento científico alemán de la época son Carlo Jorge von WAECHTER y Carlos José Antón MITTERMAIER, profesores universitarios ambos y de firmes convicciones liberales. Junto a ellos hay que destacar la afirmación de la corriente positivista histórica, que da lugar a una interesante producción científica, la influencia kantiana en los autores que se ocupan de cuestiones de filosofía jurídico-penal, y el predominio de la escuela de HEGEL en el campo del Derecho penal, donde se afirma a partir del año 40 del siglo (8).

Esta preocupación científica da lugar a una serie de *revistas* de gran calidad, entre las que merecen citarse la *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft*, de Feuerbach y Grolmann, que sale entre 1797 y 1804; *Archiv des Kriminalrechts*, de Klein y Kleinschrod, que sale entre 1799 y 1807, y *Neues Archiv*, entre 1816 y 1833.

En Francia no se llega a la altura científica de Alemania e Italia, pues, como ya se ha dicho (9), los penalistas franceses "han sido afortunados en la exégesis, pero sus construcciones no tienen gran vuelo doctrinal"; no obstante, el pensamiento francés ejerce una poderosa influencia en toda Europa, como es sobradamente conocido. Patria de las ideas revolucionarias, que habían constituido la fuente de inspiración de Beccaria y de todo el movimiento reformista penal, difunde por el mundo las nuevas concepciones, para lo cual es un vehículo excepcional la colosal expansión de sus ejércitos.

Al revisar el pensamiento penal de la época no puede omitirse una referencia a la figura de JEREMÍAS BENTHAM, cuya influencia en todo el mundo, y sobre todo en España, es muy considerable. En el período que nos ocupa el jurisconsulto inglés había publicado ya su *Teoría de las penas y de las recompensas* (París, 1811); el *Tratado de Legislación civil y penal* (París, 1803), y el *Panopticon* (Londres, 1791), entre otras menos conocidas. Pero lo verdaderamente significativo de BENTHAM es su cosmopolitismo. Como con razón ha escrito SALDAÑA, la sombra de Bentham en su tiempo se proyecta sobre Europa, se alarga hasta América y "sopla por todas partes, como un espíritu internacional". Es el director espiritual de políticos y estadistas de todo el mundo. Se le consulta sobre la reforma legislativa desde Rusia, Suiza, Alemania, y responde a todos con cartas densas. Envía a veces verdaderos Proyectos de Códigos y leyes. Estudia, comenta y censura o alaba cualquier intento de legislación de que tiene noticia. Se ocupa de la Constitución española, de la portuguesa y de nuestro primer Código penal, e interviene en la con-

(8) Cfr. MEZGER, *Tratado de Derecho penal* (traducción de Rodríguez Muñoz), I, Madrid, 1946, págs. 61 y sigs.

(9) JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado*, cit., I, pág. 295.

fección de las leyes americanas de Nueva York (1821), de Carolina del Sur (1826) y de Luisiana (1830) (10).

De los nombres que hemos citado es fácil deducir cuáles son las ideas predominantes en Europa de la época a que nos referimos, sobre todo las que son objeto de exportación a otros países: en lo filosófico el iluminismo; en lo estrictamente penal, las llamadas teorías utilitarias en la conformación que reciben de cuatro autores: FILANGIERI, FEUERBACH, ROMAGNOSI y BENTHAM. Su sola mención pone sobradamente de relieve que el pensamiento penal de los primeros veinte años del ochocientos se nutre de las ideas y de los autores surgidos en los últimos años del siglo anterior, cuya conexión con Beccaria es incuestionable.

Para FILANGIERI el fin de la pena es la intimidación de los ciudadanos, lo que se consigue a través de los sufrimientos que su ejecución reporta. La publicidad de esta ejecución es el necesario instrumento para conseguir este fin.

FEUERBACH considera que el delincuente fluctúa entre la ventaja que le proporciona la violación de la ley y el daño que para él se deduce de la ejecución de su proyecto delictivo, por lo que es preciso que el legislador se anteponga a la comisión del delito conteniendo el propósito criminal con la perspectiva de una pena que, por ello, debe ser más poderosa que la tentación criminal. De este modo la legislación penal obra una coacción psicológica inclinando la balanza en favor del orden penal.

El fundamento de la coacción psicológica está perfectamente trazado por Feuerbach: la fuerza que lleva a los hombres al delito es de índole psíquica, y puede contrarrestarse dando a conocer a todos que el mal que se seguirá de la violación de la ley es mayor que la satisfacción que puede reportar la infracción de ésta.

ROMAGNOSI fundamenta su pensamiento en la idea de que el Derecho penal es un orden de defensa contra la amenaza permanente que la criminalidad supone. Por eso la sociedad tiene derecho a imponer penas como medio necesario para la conservación de sus individuos. Para conseguir esa finalidad de defensa, la pena tiene que influir en el ánimo del delincuente inspirando temor. Al impulso que lleva el delito, debe corresponder el contrainpulso de la pena.

Para BENTHAM lo que justifica la pena es su utilidad, es decir, su necesidad. La legislación toda debe estar orientada por el principio de utilidad. La pena se eleva hasta ocupar el primer rango de los servicios públicos cuando se la considera como un sacrificio indispensable para la salud común, o, mejor, "la mayor felicidad para el mayor número" (11).

(10) Cfr. el *Prólogo* que Q. SALDAÑA escribe para el trabajo de JUAN SÁNCHEZ RIVERA DE LA LASTRA, *El utilitarismo. Estudio de las doctrinas de Jeremías Bentham. Su expositor en España*, Madrid, Reus, 1922.

(11) El principio de utilidad general es para Bentham el cimiento de todas sus doctrinas. El principio no era nuevo, pero hasta Bentham no fue estudiado

En las cuatro ideas expuestas aparece evidente la existencia de una misma línea de pensamiento en lo que se refiere al fin de la pena: la prevención general (por la intimidación en Filangieri, por la coacción psíquica en Feuerbach, y por medio de la defensa en Romagnosi y Bentham), que constituye la dirección penal dominante en Europa en la época que analizamos. Su poderosa influencia en España se pondrá de manifiesto en líneas posteriores.

2. A los comienzos del ochocientos, dice DORADO MONTERO, "estábamos los españoles viviendo todavía en el XIII en lo respectivo al orden penal" (12). Aunque en el reinado de Carlos III, siguiendo la pauta que marca Europa, se había intentado poner remedio a lo arcaico de nuestra legislación mediante una reforma de nuestras leyes criminales que el propio monarca ordenó a su Consejo Supremo, es sabido que, muerto el rey progresista, todos los proyectos de reforma quedaron olvidados. Los dos primeros decenios del siglo XIX transcurren bajo la vigencia de las Partidas y las dos Recopilaciones.

Paralelo a nuestro retraso legislativo era la tónica general del estado de nuestro pensamiento penal. Sin embargo, en lo tocante a este punto cabe hacer honrosas excepciones. Si bien el intento reformista ordenado por Carlos III no había logrado variar nuestra legislación penal, había servido al menos para que se pudieran propagar en España, *franca y hasta casi podríamos decir oficiosamente* (Dorado), las teorías penales revolucionarias que se habían difundido plenamente en Europa. El *Discurso sobre las penas* (13), que, con este fin reformista, redacta LARDIZÁBAL, comisionado oficialmente para preparar la reforma, "es el vehículo por donde penetran, a velas desplegadas, en España aquellas teorías". No obstante, el reinado de Carlos IV fue funesto para el desarrollo de esas ideas. DORADO recuerda cómo José Marcos Gutiérrez tuvo que prevenirse contra las persecuciones de que podía hacerse objeto por sus ideas y afirmaciones. Lo mismo ocurrió en el reinado de Fernando VII a juzgar por los temores de Ramón Salas a publicar la traducción y comentarios de la obra de BENTHAM (14).

Pese a esos escollos que las nuevas tendencias encontraron, las hallamos firmes y claras en los autores más representativos de la época. El mismo contenido ideológico advertido en los penalistas eu-

con toda la extensión y profundidad que requería. (SÁNCHEZ-RIVERA, *El Utilitarismo*, etc., pág. 8.) Sobre los fines de la pena de Bentham y Feuerbach, vid. ANTÓN ONECA, *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, en "Revista de Estudios Penitenciarios", 1964, págs. 415 y sigs.

(12) DORADO MONTERO, *Balace penal de España*, cit., pág. 131.

(13) LARDIZÁBAL, *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Madrid, MDCXXXII. La segunda edición, que es la que manejamos para este trabajo, es de Madrid, 1828. Sobre Lardizábal, vid. el interesante estudio de M. DE RIVACOBA Y RIVACOBA, *Lardizábal, un penalista ilustrado*, Santa Fe, 1964.

(14) DORADO MONTERO, *Balace penal de España*, cit., pág. 133.

ropeos se encuentra hecho pensamiento en los nuestros. El principio de utilidad y la prevención general (y aun tímida mente la especial) animan gran parte de la *Práctica Criminal de España*, que, entre 1804 a 1807, publica en tres tomos JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ. Con más entusiasmo aún son profesadas por RAMÓN SALAS, en los comentarios que añade a su traducción del *Tratado de legislación civil y penal* de Jeremías Bentham. Antes que ellos, en 1782, LARDIZÁBAL se refiere con reiteración a las ventajas de la prevención de los delitos, señalándola como el fin primordial de la función penal.

No es menguada en estos años la producción bibliográfica, apareciendo las obras de carácter general de JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica Criminal de España*, a la que Dorado llama libro "de los más interesantes en la historia del Derecho penal doctrinal español" (15), que fue libro de texto en muchas Universidades (16); y la *Materia Criminal Forense, o Tratado universal teórico y práctico de los delitos y delincuentes en género y especie*, que, en 1807, publica SENÉN VILLANOVA Y MAÑÉS. El uso de estas dos obras debió ser muy frecuente entre los hombres dedicados al estudio y a la práctica penal, pues los libros del siglo anterior, con excepción del "*Discurso*" de Lardizábal, estaban ya totalmente olvidados. El propio José Marcos Gutiérrez acusa en el prólogo del volumen tercero esta circunstancia: "La suma ignorancia e incertidumbre que generalmente se padecen en esta materia, por carecer los profesores de libros a propósito para instruirse en ella, y los infinitos males que de aquí se originan a todo el reino..." (17). También Dorado apunta que "parece, por todos los indicios, que el libro de Pradilla estaba enteramente olvidado, y los jueces y demás personas que intervenían en la administración de justicia penal se hallaban enfrente de un enorme farrago de disposiciones de muy difícil busca" (18).

Es de destacar también una copiosa producción de estudios relativos al Tribunal de la Inquisición, cuya difusión tuvo que conformar la opinión de los que se ocupaban de temas penales, especialmente en lo concerniente al tormento. De estas publicaciones se infiere la existencia de una enconada polémica en pro y en contra de la Inquisición. Entre sus detractores se encuentra JUAN ANTONIO LLORENTE, que publica tres obras de acerba crítica, "*Memoria histórica sobre cuál ha sido la opinión nacional de España acerca del Tribunal de la Inquisición*" (Madrid, 1812), "*Anales de la Inquisición en España*" (Madrid, 1812-1813), e "*Historia crítica de la Inquisición en España*"

(15) DORADO MONTERO, *El Derecho Protector de los criminales*, cit., pág. 502.

(16) Su utilización como texto universitario la afirma BENITO GUTIÉRREZ, *Examen histórico*, cit., pág. 432, y JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado*, cit., pág. 663, quien añade "todavía la hemos visto citada en las sentencias de ahora, firmadas por jueces argentinos".

(17) JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España*, cit., vol. I, página III del Prefacio.

(18) DORADO MONTERO, *El Derecho protector de los criminales*, cit., pág. 503.

(1822, en once tomos). Con él forman frente en la polémica ACEVEDO (19) SIMÓN LÓPEZ (20), CASTILLO y MAYONE (21) y NATANAEL JOMTOB (22).

Entre los apologistas es de mencionar JOSÉ CLEMENTE CARNICERO, que hace una encendida defensa en su libro *“La Inquisición justamente restablecida, o impugnación de la obra de D. Juan Antonio Llorente. Anales de la Inquisición y del Manifiesto de las Cortes de Cádiz”* (Madrid, 1816, 2 tomos). Además de los citados, se publican informes, dictámenes y documentos, de gran interés para el tema (23).

Aparecen en esta época traducciones de Beccaria y de Bentham, que contribuyen a la difusión de las tendencias utilitarias. Del libro del milanés, además de la ya existente que se publicó en 1774, aparece en 1821 la de Juan Ribera, y en 1822 se edita en París una nueva versión castellana que, entre otros interesantes apéndices, contiene los Comentarios de Voltaire (24). Del *“Tratado de Legislación civil y penal”* de Bentham, se publica en 1821-1822 la traducción de RAMÓN SALAS, con comentarios (25) que tuvo un gran influjo en el pensamiento de la época.

(19) ACEVEDO, *Ensayo acerca de la tortura o cuestión de tormento de la absolución de los reos que niegan en el potro los delitos que se les imputan, y de la abolición del uso de la tortura, principalmente en los Tribunales eclesiásticos*, Madrid, 1817.

(20) LÓPEZ (Simón), *La Santa Inquisición en su verdadero ser, o discurso del señor diputado S. Simón López, a las Cortes, que hizo imprimir en Cádiz a 24 de enero de 1813* (un folleto).

(21) CASTILLO y MAYONE, *El Tribunal de la Inquisición llamado de la fe o del Santo Oficio, su origen, prosperidad y justa abolición*, Barcelona, 1835 (2 ts.).

(22) MATANAEL JOMTOB, *La Inquisición sin máscara*, Cádiz, 1811.

(23) Entre otras, merecen citarse: *Apología de la Inquisición* (respuesta a las reflexiones que hacen contra ella el “Seminario Patriótico”, núm. 61 y el periódico titulado “El Español”, núm. 13, y breve aviso a los señores arzobispos, abispos y diputados en Cortes), Cádiz, imprenta de N. Gómez de Requena, 1811; *Vindicación de la Inquisición y relación exacta de su modo de enjuiciar y proceder*, Cádiz, 1812; *Acto de fe celebrado en la ciudad de Logroño en los días 7 y 8 de noviembre del año 1610* (ilustrado con notas por el bachiller Ginés de Posadilla), Cádiz, 1820; *Acto general de Fe* (relación histórica del que se celebró en Madrid en el año de 1680, con asistencia del Rey Don Carlos II, fiel y literalmente reimpressa, Madrid, 1820); *Dictamen del Dr. D. Antonio José Ruiz del Padrón, Ministro Calificador del Santo Oficio, Abad de Villamartín de Valdeorras y Diputado en Cortes por las Islas Canarias, que se elevó en la sesión pública del 18 de enero, sobre el Tribunal de la Inquisición*, Cádiz 1803, y *Apéndice al dictamen del Dr. D. Antonio José Ruiz del Padrón, sobre el Tribunal de la Inquisición*, Cádiz, 1813.

(24) *Tratado de los delitos y de las penas*, por Beccaria. Nueva traducción. París, 1828.

(25) *Tratado de Legislación civil y penal obra extractada de los manuscritos del Sr. Jeremías Bentham, juriconsulto inglés, por Esteban Dumont, y traducida al castellano con comentarios, por Ramón Salas*, Madrid, 1821-22. Según Saldaña (Ob. cit., pág. X) y Sánchez-Rivera, el más completo expositor de las obras de Bentham en España es D. Toribio Núñez, Bibliotecario de la Universidad de Salamanca, quien, al decir de Saldaña, “no es simple traductor, ni aún expositor de Bentham... Es el genio de la unidad, el alma organizadora, que se une al cuerpo de doctrina benthamiana, consustancialmente, vitalizándole” (Pró-

La influencia del pensamiento extranjero en la España anterior al Código de 1822 puede deducirse de las discusiones que tuvieron lugar en las Cortes, con motivo de la promulgación del referido texto legal. SALILLAS, en un minucioso y cuidado trabajo, las ha puesto de manifiesto (26). Por él sabemos que el autor más citado fue Bentham, que recibió el calificativo de *infalible* en el informe de la Universidad de Sevilla, y que se invocaron los nombres y doctrina de Beccaria, Filangieri, Lardizábal, Montesquieu y Diderot, entre otros menos relevantes (27).

Es obligado sacar en conclusión, por tanto, que las ideas reformistas, revolucionarias y utilitarias, se habían abierto paso ya cuando se discute nuestro primer Código Penal, que en ese año, y algún tiempo atrás, la mentalidad española sobre determinados temas penales era distinta a la imperante en los comienzos del siglo.

III

Sobre ese telón de fondo ideológico se inicia en España la tarea codificadora. El primer paso serio hacia esta meta lo habían dado las Cortes de Cádiz de 1812. Tan persuadidos estaban los hombres que las protagonizaron de la urgencia de una reforma de nuestra legislación penal que, como se ha dicho, "aún a peligro de traspasar los límites de una ley fundamental, consagraron en la Constitución de 1812 algunos artículos a la administración de justicia criminal, y asentaron principios consagrados por la Ciencia" (28).

Pero su corta vida y las muchas y heterogéneas tareas que abordaron, no les permitió dar a España el texto punitivo que se proponían, aunque no dejaron de poner su significativa primera piedra en nuestro sistema. Su espíritu y propósito se recogió por los legisladores de 1820, que en 1821 presentaron a las Cortes el Proyecto que habría de convertirse, tras importantes modificaciones, en nuestro Primer Código Penal. La Comisión nombrada al efecto (en agosto de 1820), presentó concluidos sus trabajos el 22 de abril del año siguiente, empezándose en la sesión de este día la lectura del Proyecto (29).

logo cit., pág. XI). Núñez publicó en esta época dos obras sobre el pensador inglés: *Espíritu de Bentham. Sistema de la Ciencia social* (Salamanca, B. Martín, 1820) y "*Principios de la ciencia social o de las ciencias morales y políticas, por el Jurisconsulto inglés Jeremías Bentham, ordenados conforme al sistema del autor original y aplicados a la constitución española* (Salamanca, S. Martín, 1821).

(26) SALILLAS, *Evolución penitenciaria en España*, vol. II, Madrid, 1918, páginas 243 y sgs.

(27) SALILLAS, *Ob. cit.*, pág. 257. Vid. también ANTÓN ONECA, *Historia del Código Penal de 1822*, cit., págs. 270 y sgs.

(28) BENITO GUTIÉRREZ, *Examen histórico del Derecho Penal*, cit., pág. 243. Un exacto extracto de los precedentes se realiza en el trabajo de ANTÓN ONECA, *Historia del Código Penal de 1822*, cit., págs. 264 y sgs.

(29) Cfr. SALILLAS, *Evolución penitenciaria en España*, II, pág. 245. Vid. también ANTÓN ONECA, *Historia del Código Penal de 1822*, pág. 267.

Seguidamente se abrió una información, enviándose ejemplares del Proyecto a toda clase de Corporaciones, entre ellas las Universidades, Tribunales y Colegios de Abogados. Con sus resultados, la Comisión presentó el Proyecto con modificaciones en 1 de noviembre de 1821.

Respondiendo a la invitación hecha, emitieron informes 10 Tribunales, 12 Universidades, ocho Colegios de Abogados y 10 particulares (30). En general, la nación respondió mucho mejor de lo que algunos recelosos esperaban. Los informes desmintieron por de pronto el pronóstico de BENTHAM que había augurado "un coro no interrumpido de elogios", mentís que el propio autor reconocería más tarde al decir "el coro no ha sido de elogios, sino de censuras, y que esto redundaba en favor de un pueblo a quien ha dado tantas pruebas de aprecio y estimación" (31).

No obstante la calidad de los dictámenes recibidos no fue de mucha altura, VIZMAMOS y ALVAREZ MARTÍNEZ escriben al referirse a ellos: "*Si no temiéramos manchar la memoria de ciertas corporaciones científicas y tribunales, copiaríamos aquí algunas de las observaciones que hicieron sobre el Proyecto del Código de 1822, como muestra de las precauciones y de los errores, que a la sazón dominaban, aun en personas que debían hallarse a mayor altura de la ilustración que el común del pueblo*" (32). En defensa de los informantes podría alegarse el escaso tiempo que se les concedió, extremo apuntado por Bentham en una de sus cartas al Conde de Toreno, al pergeñar sus críticas más acerbas al Proyecto. Calcula el autor inglés que sólo quedaban dos meses y nueve días desde la presentación del Proyecto y el término de recepción de observaciones, en el cual había además que enviarlo e imprimirlo, lo que, con razón, estima plazo muy breve para opinar sobre "una obra que contiene 268 páginas en cuarto"

IV

Respondiendo a la invitación hecha por el gobierno, la Universidad de Granada redactó un informe que fue presentado para su aprobación a la Sesión que el Claustro celebró el día 16 de agosto de 1821, en la cual fue aceptado en general, haciéndose algunas observaciones de poca monta, por lo que se aprobó y acordó que fuera remitido a las Cortes por el Jefe Universitario. En esta Sesión, el Dr. LUQUE, manifestó que en el Código había graves omisiones, entre las que hizo notar que no señala penas al incestuoso, al suicida ni al convencido de bestialidad, estimando que a estos hechos debía asignárseles una pena. Interesa

(30) ANTÓN ONECA advierte que en ellos se dan las dos corrientes contrarias, cuyo choque es significativo de la época: la conservadora y la progresista (*Historia del Código Penal de 1822*, cit., pág. 268).

(31) Cfr. SALILLAS, *Ob cit.*, II, págs. 324 y sgs.

(32) V. VIZMANOS y C. ALVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Madrid, 1856, pág. XXXIV.

hacer notar que esta opinión del Dr. Luque coincidió con las manifestadas por otras muchas objeciones que se hicieron al proyecto, contestando a ellas el Sr. Calatrava, principal defensor del mismo, que "la Comisión ha creído que todos ellos pertenecen exclusivamente al reglamento general de policía o a las leyes particulares" (33).

El informe está firmado por JOAQUÍN DE LUQUE, JOSÉ M.^a RUANO, JOSÉ VICENTE ALONSO y AGUSTÍN JOSÉ GARCÍA, que lo datan en Granada a 15 de agosto de 1821. Sobre su presencia académica en la Universidad granadina no existen allí datos. Un aparatoso incendio ocurrido en el pasado siglo nos ha privado de fuentes de muy crecido interés (34).

No obstante puede afirmarse que ninguno de ellos era especialista en la materia sobre que informaban. Como es sabido en la época en que se produce no hay Cátedras de Derecho penal. El Decreto de 5 de agosto de 1802, al promulgar el plan de estudios, dispuso que en todas las Universidades la Cátedra de prima se destinase a explicar durante dos años las "Instituciones de Castilla", y que se enseñase la Recopilación así como las leyes de Toro y la Curia filípica, pero no establecía enseñanza de Derecho penal. En el plan de 1807 no se hacía tampoco referencia alguna a Derecho penal, y tampoco se hace esta en el de 1821. Nuestras leyes de carácter penal se enseñaban al tratar de la legislación patria, y sin duda eran explicadas por algunos de los redactores del informe. Que conocían la nueva orientación del pensamiento penal se deduce del análisis que más adelante hacemos.

El contenido del informe, según la aludida transcripción de MONTELS y NADAL, es el siguiente:

"Señor: Las Cortes generales y ordinarias de la Nación Española, que han tenido la gloriosa valentía de promover y combinar casi todos los elementos de la prosperidad pública, también han realzado su nombre y su memoria con la empresa más ardua y con el problema más complicado de la Legislación. El vasto proyecto de medir la culpabilidad de las acciones humanas, llevando en cuenta las incalculables circunstancias que la agravan y la disminuyen, de indemnizar los perjuicios y calamitosos estragos del crimen, aterrarlas, enfrenar su inquietud y ligarle sin ofender al hombre en sus sagrados e imprescindibles derechos; es tan superior a todo esfuerzo, que aún los mismos portentos de la legislación criminal, los Códigos más refinados y el lujo del entendimiento humano en esta materia, se resienten de una imperfección que parece la marca esencial característica de cualquier Código Penal.

(33) SALILLAS, *Ob. cit.*, pág. 336.

(34) Sobre el particular, vid. E. LAPRESA, *El archivo de la Universidad de Granada a través de sus inventarios*, en "Boletín de la Universidad de Granada", 1954.

Las Cortes, sin embargo, arrobadas del amor de patria más sublime, han mejorado dando muestras tristes y degradada condición; y siguiendo el ejemplo de esas gloriosas asociaciones, donde parece soterrado el crimen y entronada la virtud, donde la masa de los buenos contrapesa muy mucho a la de los malvados, han trazado un proyecto de Código Penal que va a discutirse a la faz del mundo, y están citados para hablar en defensa del hombre, y para fijar el imperio de la virtud entre nosotros todas las luces que puedan estallar del gabinete de los sabios particulares y del seno de las Corporaciones literarias. Esta Universidad, excitada por el Gobierno, como todas, para contribuir a tan importante objeto, consumiría en valde la vez que se le ha dado, demostrando la imposibilidad en que se halla de informar sobre el tamaño de los delitos del hombre y su pena adecuada, siendo tan manifiesta y palpable la guerra que han sufrido las luces, pero agitada no por el convencimiento de su propia ilustración, que sólo ansía con vehemencia y no puede ostentarla útilmente, sino por el celo ardoroso de la causa pública, ha creído elevar a la consideración de las Cortes las observaciones siguientes, sobre algunos artículos del Código Penal y sobre el Proyecto en su totalidad.

TÍTULO PRELIMINAR.—*Capítulo primero.*—El artículo primero de este capítulo estaría más claro y conciso en estos términos:

“La tentativa de un delito, cuando la consumación de ése haya dejado de tener efecto por una casualidad, o por otra circunstancia independiente de la voluntad del autor, sería castigada con la misma pena que la ley señala al delito intentado, etc.

El art. II del capítulo 2.º dice: Que el extranjero podrá alegar la excepción de ignorancia de Ley, Reglamento u Ordenanza particular de este Reino, si no lleva tres meses de residencia; y que si resultase *cierta o verosímil*, se le castigará con la mitad de la pena señalada al delito o culpa que hubiera cometido. En lo cual hay envuelta precisamente una injusticia; porque es sabido que la Ley sólo obliga en cuanto es conocida; y resultar cierta la ignorancia de la ley es lo mismo que no ser conocida. ¿Y qué razón habrá entonces para castigarle, no digo con la mitad de la pena, sino aún con la más ligera? También se nota que por el artículo se castiga con igual pena al que tiene una ignorancia cierta de la Ley y al que sólo prueba una ignorancia verosímil; a pesar de que en este caso no es acreedor a tanta indulgencia como en el primero, por lo que parece equitativo que se le castigue con la mitad de la pena en caso de ignorancia verosímil, y se le absuelva si probare que tuvo ignorancia cierta de la Ley.

CAPÍTULO III. *De las penas y sus efectos, y del modo de aplicarlas.*—La pena de muerte no está escrita en este proyecto de Código Penal, ni con la pluma de Dracon (ni) con la dilantropía de los criminalistas modernos. Si el pueblo español se hubiese ilustrado completamente en sus deberes, si las fortunas estuviesen mejor niveladas, si los grandes delitos se hallaran prevenidos por la más vigilante policía, si pudiera destruirse en el hombre hasta la voluntad de delinquir, es innegable que ni existirían crímenes horrendos, ni la pena de muerte sería precisa; pero las fieras que salen de sus guaridas llevando la desolación y la ruina a todas partes, deben perecer; y los grandes delincuentes son monstruos que asolarían su especie dejándolos vivir. Mientras haya igual incitación y motivos para el crimen en España, habrá delitos atroces y fieras de nuestra figura, y la pena de muerte será el único remedio para evitar los estragos de su furor: en los pueblos mal gobernados se cometen mayores delitos que entre los caníbales; una legislación injusta y perversa conduce al hombre insensiblemente al crimen, y después le alza patíbulos. ¡Cuántas víctimas y cuánta sangre inocente están pidiendo venganza contra los legisladores de todos los siglos! Permita el Cielo sea abolida alguna vez y para siempre entre nosotros.

La pena de trabajos perpetuos con una marca, la de deportación y la de extrañamiento perpetuo del territorio español, causan una muerte civil a los condenados a ellas, y privan a la sociedad para siempre de estos miembros. El artículo 147 es propiamente un indulto particular, supuesto que éste consiste en una rebaja de pena; los delitos que tienen señalados las penas antedichas, según el artículo 163, jamás se indultan, luego se ha incurrido una contradicción por querer desnaturalizar las penas; si los muertos una vez para la sociedad reviven, hay milagros en el orden político; y la esperanza de la remisión dará mayor osadía a los delincuentes. Sería lo más ridículo que extraordinarios acaso y no la justicia regulasen las acciones humanas; y así los condenados a dichas penas de trabajos perpetuos, extrañamiento y deportación no deben indultarse, si estas penas han de conservar su carácter.

Se ha creído agravar la pena de trabajos perpetuos con la marca, para llenar el gran vacío que se dice existir entre esta pena y la de muerte en la escala progresiva que se forma. Los condenados a trabajos perpetuos y los condenados a muerte, ambos tienen que perecer bajo la cuchilla de la ley. Los unos muriendo a cada instante, los otros muriendo de una vez: aquéllos desfallecen al peso de los trabajos más crueles, esclavos de su misma pena, presa del dolor y del

sufrimiento, afligidos de espíritu, sin más descanso que el preciso, invocando su fin postrero para que se aquiete la seña de la ley; y éstos, por el contrario, de una vez pagan su deuda y no se añade en ellos amargura sobre amargura. ¿Quién preferiría una vida afrentosa, pábulo de tormentose, y de tribulación perpetua, al reposo y silenciosa paz de los sepulcros? Es preciso contrariar la marcha de los legisladores de todos tiempos y los del Cielo mismo, suponiendo que el aniquilamiento es mayor pena que la vida arrastrada en aflicciones interminales. ¿A qué ha sido la eternidad de las penas en la otra vida, cuando sea la destrucción superior a todas ellas? Si antiguamente en los presidios, no obstante la esperanza que todos podrían tener de evadirse por la inseguridad y manejos tan sabidos, hubo ejemplares de algunos desgraciados que se ponían bajo los barrenos para sepultarse en las ruinas y acabar su desventura. ¿Cuánto no se agravará su tormento por la imposibilidad de escaparse y por la certeza de la muerte? La pena de trabajos perpetuos en la escala que se ha formado debería tener el primer lugar; y aun supuesto que la humanidad y buen trato dulcifique los horrores de estos infelices, nunca será mucho menos grave que la pena de muerte; ahora bien, cuando se forma una progresión de penas, cualquier aumento o disminución posibles basta para graduarlos mayores o menores; se hacen injustas y atroces cuando se recargan sobremanera y sin ser necesario para la justa proporción de la escala; por consiguiente, no existiendo ese vacío que se imagina entre la pena de muerte y la de trabajos perpetuos, sería una injusticia atroz marcar a los reos condenados a ésta, haciéndolos de peor condición que los reos de pena capital.

Además de ser injusta la marca en esta clase de delinquentes, es inútil. La ventaja que se pretende sacar de ella no sería el escarmiento de los otros, porque estos reos estarán absolutamente segregados de cualesquiera otros; y, aunque no lo estuviesen, como dicha señal está oculta, no habla expresiva y continuamente el ánimo de los perversos; tampoco es útil para comprobar la identidad de la persona, supuesto que en los desterrados y deportados se comprueba sin necesidad de ella, y supuesto que los establecimientos donde cumplan sus condenas deban ser seguros e inevitables, y bajo la más estrecha responsabilidad de los Jueces; por último, aunque la marca sea un medio eficaz para el propio castigo de las reincidencias criminales, no a todos los reos condenados a trabajos perpetuos debiera sellárseles; y así podrá usarse de ella en otra clase de delinquentes con más conocido provecho de la sociedad; y esto es lo que importa que todos perciban claramente.

La experiencia de todos los pueblos acredita: 1.º Que la crueldad no arredra tanto a los delinquentes como la certeza y pronta aplicación de las penas. 2.º Que en ningunos crímenes debe atajarse tanto la perversidad y malicia como en aquellos que son más frecuentes, más atractivos y escandalosos en una sociedad; y por eso en las leyes de Solón sobre el parricidio, enmudece el legislador suponiendo no está en el orden de los delitos posibles. Asentadas ya estas verdades, puede formarse el raciocinio siguiente: el delito más común y frecuente, más atractivo y preciso, más escandaloso y descarado, ha sido el latrocinio; delito que ha desterrado la seguridad de los caminantes, ha estancado el comercio de las provincias, ha perdido a los infelices trajineros, ha comprometido mil veces la existencia de los hombres públicos yendo a sus destinos, ha burlado la vigilancia de todos los magistrados, ha invadido a todo propietario en el silencio de la noche, en el mediodía, en las calles públicas, en los templos mismos y bajo el mismo techo que nos resguarda a las fieras del campo, se anida un ladrón; delito que nos deshonra con los extraños, nos envilece a la faz del mundo, alimenta la pereza y la holgazanería casi indígenas de este suelo y nos imposibilita todos los goces y derechos que, según la Constitución, serán garantidos, libertad, seguridad y propiedad; delito contra el que está declarada la indignación pública, del que apenas hay un español que no haya sido juguete y muchos víctima; delito, en fin, de que están ocupados todos los tribunales, contra el que en sus primeras sesiones tronaron las elocuentes voces de los diputados, y cuya impunidad va a perpetuar larga serie de males entre nosotros.

No desconoce esta Universidad que, abatida la agricultura, trabado el comercio, perdidas las artes, amontonadas las riquezas y depravadas las costumbres, se pone a muchos en el compromiso de robar o perecer; pero cuando las benéficas y sabias leyes del Congreso vayan abriendo todos los canales de la prosperidad pública, es preciso extinguir la holgazanería y llamar a los hombres al trabajo, tanto más fuertemente cuanto más habitual y pesado se ha hecho el letargo de la pereza; pues en lo sucesivo cualquier ladrón es más criminal, porque teniendo recursos honestos para soportar la vida, se vale de medios injustos. Ya no somos un pueblo regalón que contamos con los tesoros y trabajos de cien provincias; y sólo nuestros propios sudores y fatigas nos han de salvar de la miseria en que yace abatida la nación más poderosa del mundo. Está demostrado que el robo ha sido el delito más frecuente, del que se tienen mayores hábitos, al que propenden, naturalmente, los holgazanes, y el que retarda, sobre todos, el amor al trabajo, principio de todas las virtudes, y,

por consiguiente, no con penas atroces, pero sí prontas y ciertas, es el que más debe atajarse. La certeza de las penas está afianzada en la responsabilidad de los Jueces, y sólo falta que la aplicación de ellas sea pronta para contener y aun abolir un vacío tan ruinoso y detestable. Es innegable que la marca es el medio más veloz de reconocer al reincidente, y que cualquiera que robase en un punto de la Monarquía no podría encubrir su reincidencia en otro; y así debiera marcarse la espalda con una L toda persona convencida de un robo de veinte reales para arriba, imponiéndole, además, la pena de presidio a otra mayor o menor correspondiente a la calificación del delito.

El ladrón será marcado en público la primera vez que delinquiere, condenándole en seguida a una reclusión o a un arresto donde satisfaga e indemnice los perjuicios con el fruto de sus trabajos, a todos los ofendidos; y si otra vez reincidiera sufrirá la pena de muerte. En esta medida se contempla la debilidad humana, se consultan los intereses de los ofendidos cuando sea posible la indemnización de los perjuicios que han sufrido, y se liberta a la sociedad de un malvado insensible a toda pena y a toda vergüenza.

Se dice en el artículo 60 que la pena de reclusión no pasará de quince años, sino para las mujeres y los hombres septuagenarios; y en el artículo 85 se dice que estará en reclusión el que no quiera retractarse hasta que lo haga. Luego habiendo alguno tan tenaz y caprichudo que nunca lo haga, será preciso alzarle la reclusión sin haberlo hecho, o quebrantar el artículo 60; y así debe modificarse y tenerse presente que los ladrones algunas veces estarán en reclusión hasta que satisfagan el robo, o en arresto conforme al artículo 95.

La última cláusula del artículo 96 debe suprimirse, porque sería injusto que el reo, pudiendo resarcir el daño, se libertase de la obligación que tiene a ello y sufriese el perjuicio alguna persona inocente, cuya propiedad debe garantizar las leyes.

CAPÍTULOS VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII Y XIII.— Estos propiamente pertenecen al Código de procedimientos, y así en el Código de instrucción criminal, o de procedimientos, publicado en Francia el año 1808, es donde se hallan los cinco capítulos que tratan de la remisión y entrega de los reos, de las acusaciones, de los contumaces, de la rehabilitación de los delincuentes y de la prescripción de los delitos. Los capítulos X, XI y XIII, que tratan de los indultos, de la indemnización a los inocentes y de los delitos y delincuentes no comprendidos en el Código, son asimismo más bien instrucciones para que los Jueces arreglen sus procedimientos,

que no una declaración de delitos, ni una aplicación de la pena. Todo Código criminal tiene dos partes: en la primera se dan reglas seguras a los Magistrados para averiguar los delitos, conocer a los reos, aplicarles su pena y hacerla ejecutar; y esta parte forma el llamado Código de procedimientos. En la segunda parte declara el legislador los actos que erigen crímenes, delitos o culpas, y señala en seguida penas proporcionadas y no atroces para reprimir estos vicios; y esta parte forma propiamente el Código penal. Todos perciben con claridad la justicia y precisión de estas ideas, y aplicándolas a los ocho capítulos de que se trata, se conocerá de que más bien corresponden al Código de procedimientos, lo que prueba que se está formando en España, y en él podrán incluirse los ocho capítulos referidos.

En el artículo 306, las palabras armas de fuego, acero, hierro, deben ampliarse de este modo: armas de fuego o de... de acero, hierro u otro metal.

En el artículo 368 se previene a los profesores de Medicina, Cirugía, etc., la obligación de dar cuenta a la autoridad de cualquiera violencia material que noten en las personas que asistan. ¿Y por qué no han de dar cuenta de toda violencia moral que adviertan? Es muy sabido que las pasiones sedativas, como la tristeza, pueden compararse a unos venenos que lentamente rebajan las fuerzas vitales y acaban destruyendo al individuo. ¿Cuántos hechos no podrían alegarse de hijos aterrados y abatidos por los tratamientos agrios y duros de padres desnaturalizados? ¿Cuántos de súbditos oprimidos por la crueldad y aspereza de superiores imprudentes? ¿Cuántos de personas de todas clases asociadas por necesidad y fuerza con gentes díscolas e insolentes? ¿Y cuántos, en fin, de hombres inconsiderados que, abusando de sus propias fuerzas, se aniquilan con trabajos insoportables? ¿El siglo que vivimos y las luces que tenemos nos permiten que todavía despreciemos, como en los tiempos bárbaros, el influjo de lo moral sobre lo físico? ¿Cuántos males, curables con facilidad, resisten todos los esfuerzos de la Medicina, y por influjo de estas afecciones se hacen rebeldes hasta causar la muerte sin remedio!

El capítulo 2.º y 3.º del título 4.º propone las presunciones más oportunas para que no se vendan medicamentos perjudiciales a la salud; pero todas ellas no son más eficaces que las leyes vigentes en el día, por las que se prohíbe a los Boticarios despachar cardenillo, y en los almacenes se vende por libras. El recurso único para impedir los males de esta clase sería que ninguna persona, sin estar recibida de Farmacéuticos, despachase estas medicinas, ni simples ni compuestas, y para hacerlo habrá de ser en virtud de receta, firmada

precisamente por médico o cirujano, en la que se declaren la hora, día, mes y año y persona a quien se deba; y en vista de ella el Boticario la copiaría y pondría su rúbrica en vez de la del Facultativo; y la persona que fuese con dicha receta recogería la copia que había hecho y rubricado el Boticario. De este modo se evita: 1. Que ninguno despache, sino los farmacéuticos. 2. Que si otro lo hiciese se le aprehenda y convenza de su dañada intención. 3. Que no se venda un *quid pro quo* ni medicinas desvirtuadas; pues si el médico reconociese el fraude dará cuenta a las autoridades, y será castigado el que así aventure y exponga la salud de los hombres. Los artistas y veterinarios, dejando recibido, podrán sacar los simples o compuestos que necesiten para su industria.

El artículo 381 no determina todavía las penas de los que introdujesen o propagasen enfermedades y efectos contagiosos, y quebrantasen sus cuarentenas y cordones de Sanidad, y evadieren sus lazaretos, lo cual es una falta muy notable en un Código penal; y aunque deban variarse los Reglamentos según las circunstancias y provincias a quienes se dan, es indispensable fijar las bases generales de una ley sanitaria penal. En ella se señalarán las penas de los que propagan el contagio, de los que hospedan y reciben personas procedentes de pueblos o lugar denunciados, de las que permiten la entrada y dan el pan por descuido o manejos sordidos, y de los que contravengan a las órdenes o edictos de la Policía o Junta Suprema de Sanidad de la Provincia. Por último, la pena de muerte para los que reciben personas o efectos entredichos, y un premio de cien duros al que descubra cualquiera fraude en esta materia, serían muy oportunos para prevenir los horrosos estragos de la peste de un pueblo.

El art. 431 dice, que el que no pruebe completamente su acusación, será condenado no solamente en las costas, daños y perjuicios, sino a tanto tiempo de prisión como el que haya sufrido el acusado. Si probar completamente es hacer prueba plena y esta no puede hacerse con facilidad, la admisión de este artículo equivaldría a que ningún delito produjese acción popular; y mejor sería adoptar por ahora este medio supuesto que para acusar, movidos por el bien de la Patria, se requiera grandeza de alma, espíritu público eminente, virtud incontrastable y pureza de costumbres, que son el fruto de muchos años de perfección, y ahora empezamos.

El art. 468, en el segundo caso da al Poder Ejecutivo una salvaguardia completa para eludir el artículo anterior, porque si cualquiera funcionario público puede diferir la ejecución de una orden y representar contra ella, cuando haya algún motivo de dudar prudentemente sobre su autenticidad,

a ningún funcionario le faltarán motivos de ódardar si tiene interés en eludir por el pronto la orden.

El art. 512 impone a los Jueces Eclesiásticos privación de empleo de seis a dieciocho meses, una multa de veinte a cincuenta ducados, y el pago de costas y perjuicios, si se declara que han hecho fuerza de cualquier modo en el desempeño de sus funciones; y luego en el art. 515 se dice: que el Juez Letrado que falte contra Ley expresa, o proceda contra ella por ignorancia o descuido, será suspendido de seis meses a un año y se le apercibirá; aquí está palpable la injusticia y el rigorismo hacia los jueces Eclesiásticos; si el Juez Eclesiástico y Secular juzgaren a sabiendas contra ley expresa serían prevaricadores, y por lo mismo responsables a las penas de la prevaricación; cuando el Juez Eclesiástico por ignorancia o descuido hace fuerza, está en el caso del Juez secular que por ignorancia o descuido faltase a la Ley expresa; al primero se le suspende hasta dieciocho meses, al segundo hasta doce cuanto más; al primero se multa hasta cincuenta duros y al segundo en nada se le multa, pero se le apercibe, es decir, se le advierte lo que sabe, que ha delinquido y se le previene lo que debe tener todo reincidente, que se le castigará otra vez con mayor rigor al primero, se le condena al pago de todas las costas y perjuicios; al segundo, por más daño que cause su atolondramiento y su impericia, no es obligado a la reparación. ¿Son los Jueces Eclesiásticos menos acreedores o más disimulables los vicios del Juez secular?

En el art. 585, en vez de las palabras *sin causa legítima que se lo impida*, debieran sustituirse estas otras; sin estar impedido por enfermedad que se lo obste, y abonándole su honorario si no estuviese igualado; pues las primeras darían lugar a mil contestaciones sobre la legitimidad de la causa, y el Facultativo creído en que tiene justos motivos para no asistir al reconocimiento a que se le cita, y temiendo se le oprima la libertad de su profesión, dejaría de concurrir sacrificando los tiernos afectos de la piedad, con perjuicio de la humanidad doliente y de la Administración de Justicia.

No todos los pueblos de la monarquía tienen Médico, Cirujano o Boticario, ni todos pagan esta clase benemérita encargada de la salud pública: cuatro curanderos y charlatanes hacen sus veces, y el español honrado que habita las campiñas para fomentar los frutos de la tierra y la subsistencia del hombre, muere como bestia sin recibir los socorros del arte; mas no por eso el Gobierno ha precavido estos males y se ha querido forzar a los Profesores y Farmacéuticos, los unos a que asistan de largas distancias, con detrimento de su salud, con violación de los pactos que han celebrado, con desampa-

ro de los enfermos que tratan, con opresión de su libre ejercicio, con dispendio de sus propios intereses, y con ultraje de todos sus derechos; y a los otros con extorsión de su propiedad, de su comercio y de su industria, a que cumplan con unos deberes que sólo ha podido consagrar la fuerza, y de los que no debe abusarse por más tiempo. Si la justicia ha de ser en lo sucesivo la regla del Legislador, dótense de los fondos de los pueblos a estos funcionarios, pero no se viole por más tiempo una profesión abatida y desmejorada entre nosotros, porque nunca se ha protegido, y merezca en el Código civil una declaración lisonjera del favor que hay en las leyes.

El capítulo 1 y 2 de la 2.^a parte presentan delitos los más horrorosos y los más frecuentes en la sociedad en que vivimos; casi todos se evitarán si ninguno llevase armas prohibidas: el ciudadano pacífico no debe ir provocando a sangre y muerte.

Los edictos que hasta aquí se han publicado han sido ineficaces, a pesar de su mayor rigorismo para impedir el que se lleven armas prohibidas y ahora se pretende en el art. 365 que la aprehensión de ellas, y un arresto de cuatro días o dos meses, baste para arredrar a los delincuentes. Las armas prohibidas prestan un descaro al hombre cruel, animan a los rateros y villanos, alientan para el robo y favorecen todos los crímenes; rebeldías, sediciones, tumultos, motines, homicidios de todas clases, heridas, etc., son los frutos amargos de esa tolerancia de las armas prohibidas. Si a todo el que la llevase, fabricase o introdujese, al día siguiente de haberlo aprehendido se le condenase a dos a seis años a obras públicas por la primera vez, en el mismo pueblo donde se le aprehendió y se le impusiese la pena de muerte al que reincidiera, se puede asegurar que la costumbre de llevar tales armas y los excesos que de ellas resultan desaparecerían de entre nosotros.

El art. 607, enumera los estímulos que destruyen o disipan en el homicidio la cualidad de voluntario y premeditado; y si se admite el segundo no habrá homicida que no pruebe que tenía fundamento, peligro, ultraje o deshonra grave para sí o para personas allegadas a él, y sólo se trataría de embozar, como hasta aquí, el saludable rigor de la Ley: la excepción de los otros estímulos trae un servicio a la Patria, y el primero contempla el corazón humano; pero el segundo, la única ventaja que podrá traer sería el que se escape un bribón de la pena justamente merecida.

Hasta aquí, Señor, se han expresado los artículos, cuya aprobación presenta dificultades de algún momento, y atendibles en el concepto de la Comisión nombrada por esta Univer-

sidad; ahora sólo resta hacer ciertas observaciones sobre la totalidad del proyecto, que también son considerables a juicio de la misma.

Leídas las mejores teorías de Legislación criminal, se deduce de todas ellas que la moralidad de las acciones humanas no puede medirse sino por el grado de utilidad o perjuicio que producen en la sociedad de que se trata; clavar un puñal en la res que está en el matadero es un movimiento idéntico al de clavarle en el pecho de un hombre; pero examinados los derechos del hombre y los perjuicios que de su muerte experimenta la sociedad, la obligación que tiene el delincuente de indemnizarlos, y la urgencia del escarmiento para contener a otros, se hace precisa la aplicación de las penas, si han de repararse los males que nacen de un delito. Para graduarle no hay más que averiguar la suma de males causados, y para remediarle no hay más recurso que otro mal: como que un sólo acto criminal ataca de un golpe muchos derechos en el hombre, y cada derecho ofendido es un delito, el complejo de los delitos que puede un hombre cometer, por ejemplo robando forma lo que se llama circunstancias agravantes del robo; luego para graduar los delitos debiera formarse una tabla o serie, en la que estuviesen colocados por su gravedad respectiva, y en proporción aritmética, todos los actos erigidos en delito, y la culpabilidad del delincuente se mediría por la mayor o menor suma de delitos simultáneos. Para graduar las penas, que es el mayor conflicto, y en cuya parte es arbitraria más o menos todas la legislación criminal, debemos contemplar que las acciones tienen resultados indefectibles que influyen en nuestra felicidad siempre que son conformes a las relaciones de nuestra naturaleza, y en nuestra desgracia, por el contrario, si no lo son: si en el hecho mismo de quebrantar las leyes políticas sintiésemos los males de nuestra consideración, como nos sucede cuando quebrantamos las leyes naturales, no serían precisas más penas; pero no sucede así porque están en contradicción por lo común la sanción política y natural: luego es preciso una pena que sea consecuencia necesaria del delito, por la acción del Magistrado; y como que ya están clasificados justamente los delitos, sabida la pena correspondiente al menor de ellos, graduándola en la misma proporción se tendrá la escala de las penas; y como que estas son distintas entre sí, deben expresarse sus valores iguales en la especie ínfima y entonces habrá un Código penal completo en el orden posible. Sería de desear que se invitase por más tiempo a los sabios para la formación de esta obra, pues el proyecto que se ha leído, aunque mejora extraordinariamente nuestra legislación criminal, es susceptible de mucha perfección en su totalidad.

En el Código Penal se suponen los jueces de hecho; vistas las razones que tuvieron las Cortes extraordinarias para introducir por entonces esta novedad, manifestadas en el discurso preliminar de la Consitución, y no habiendo desaparecido los obstáculos que había, por más laudable y ventajosa que sea esta novedad, parece debiéramos antes de instituir-la, prepararla por la ilustración y arreglo de las costumbres.

La necesidad y la justicia reclaman que se prevengan los delitos: el padre celoso impide los extravíos de su familia y cierra los caminos que la lleva a su perdición: el que es bárbaro, indolente y cruel deja abierta la entrada a los males, y después castiga atrocemente una falta de que ha sido autor y cómplice. Los delitos no están prevenidos entre nosotros, las costumbres no suplen la somnolencia y apatía de los funcionarios públicos; los acos que preparan los delitos amenazan la tranquilidad y turban todos los goces sociales, se ejecutan con la misma serenidad y confianza que las acciones útiles; la policía no se conoce, y a pesar de su importancia todavía se descuida; ni se forman los reglamentos que debieran plantearla, ni se crean funcionarios que vigilen rara vez, será invocado a toda hora para castigar los crímenes que no se han impedido: la beneficencia de la policía debiera ir muy delante del rigor de las leyes penales.

Estas observaciones generales, unidas sobre las que se han hecho sobre algunos artículos del Código, forman la opinión de los individuos que suscriben y tuvieron la honra de que este Claustro los nombrase para que informaran sobre el Código penal que se les ha pasado, ni se han podido extender a mayores raciocinios, ni presentáo grandes teorías en la premura y angustia con que se les ha requerido. El Claustro, con mejores luces, podrá hacer de este trabajo el uso correspondiente a su decoro, patriotismo y cultura.—Dios guarde a V. S. I. muchos años.—Granada, 15 de agosto de 1821.—*Joaquín de Luque, José María Ruano, José Vicente Alonso, Agustín José García*".

V

1. *Principios orientadores*.—En términos generales el informe recoge los principios que a la sazón estaban vigentes en Europa y en la propia España. Como ya hemos apuntado, la base del pensamiento penal se apoyaba en el principio de utilidad de un lado, y en la idea de prevención general como fin de la pena, de otro. Ambos principios son comunes a todos los reformadores e iniciadores del moderno Derecho Penal. Habían inspirado también las legislaciones europeas ya promulgadas.

En el informe granadino *el principio de utilidad* está manifiesto en muchos parajes. La marca para los condenados a trabajos públicos se rechaza porque "*es inútil*". La ventaja que se pretende sacar de ella, no sería el escarmiento de los otros. Tampoco es útil —se añade— para comprobar la identidad de la persona. Se acepta, sin embargo, para otros condenados, precisamente en méritos de la utilidad que reporta: "*Sí podrá usarse de ella en otra clase de delincuentes con más conocido provecho de la Sociedad, y esto es lo que importa que todos perciban claramente*".

En las observaciones de tipo general que hacen al proyecto, aparece claramente aceptada la utilidad como principio rector: "*Leídas las mejores teorías de Legislación criminal, se deduce de todas ellas que la moralidad de las acciones humanas no pueden medirse sino por el grado de utilidad o perjuicio que producen en la sociedad de que se trata*".

La prevención general como fin de la pena se invoca igualmente en algunos párrafos del informe. Se manifiesta como preocupación preeminente cuando se propugna la prontitud en la aplicación del castigo, porque "*la crueldad no arredra tanto a los delincuentes como la certeza y pronta aplicación de las penas*", cuando se aconseja la dureza para el latrocinio, porque "*en ningunos crímenes debe atajarse tanto la perversidad y malicia como en aquellos que son más frecuentes, más atrativos y escandalosos en una sociedad*" y cuando se objeta la sanción que el Proyecto establece para los que porten armas, porque se estima que tan menguada pena no bastará "*para arredrar a los delincuentes*". En aras de la prevención general se llega a extremos verdaderamente duros al sugerir que a los reincidentes en el porte de armas se les imponga la pena de muerte, pues con esta medida "*se puede asegurar que la costumbre de llevar tales armas y los excesos que de ellas resultan desaparecerían entre nosotros*". Fe ciega en ella se revela cuando se aconseja "*la urgencia en el escarmiento para contener a otros*".

Que la prevención ha inspirado en todo momento a los autores del informe resulta evidente de su párrafo final: "*La necesidad y la justicia reclaman que se prevengan los delitos: el padre celoso impide los extravíos de su familia y cierra los caminos que la llevan a su perdición: el que es bárbaro, indolente y cruel deja abierta la entrada a los males, y después castiga atrocemente una falta de que ha sido autor y cómplice. Los delitos no están prevenidos entre nosotros, las costumbres no suplen la somnolencia y apatía de los funcionarios públicos: los actos que preparan los delitos amenazan la tranquilidad y turban todos los goces sociales, se ejecutan con la misma serenidad y confianza que las que las acciones útiles; la policía no se conoce y a pesar de su importancia todavía se descuida; ni se forman los reglamentos que debieran plantearla, ni se crean funcionarios que vigilen en su observancia, y por lo tanto el Código Penal que debiera abrirse rara vez, será invocado a toda hora para castigar los crímenes que no se*

han impedido: la beneficencia de la policía debiera ir muy delante del rigor de las leyes penales”.

La importancia que se concede a la prevención de los delitos se manifiesta, por último, en las alusiones que se hacen a las estructuras sociales patrias (indigencia, falta de ilustración, acumulación de riquezas, etc.) y a su reforma como medio de prevención de la criminalidad. Al hablar del latrocinio, se dice que “no desconoce esta Universidad que abatida la agricultura, trabado el comercio, perdidas las artes, amontonadas las riquezas y depravadas las costumbres, se pone a muchos en el compromiso de robar o perecer; pero cuando las benéficas y sabias leyes del Congreso vayan abriendo todos los canales de la prosperidad pública, es preciso extinguir la holgazanería, y llamar a los hombres al trabajo, tanto más fuertemente cuanto más habitual y pesado se ha hecho el letargo de la pereza; pues en lo sucesivo cualquier ladrón es más criminal, porque teniendo recursos honestos para soportar la vida se vale de medios injustos”. En este párrafo se advierte la influencia de la “Práctica Criminal” de José Marcos Gutiérrez que los redactores del informe debían conocer pues, como ya hemos dicho, estuvo de texto en muchas Universidades. Este autor había escrito: “Los delitos cometidos por la necesidad son los más excusables, y ¡cuánto no lo es el desgraciado padre que sin pan para sí, y su mujer e hijos se resuelve después de un largo y doloroso combate a exigir por fuerza unos alimentos, sin los cuales van todos a perecer! La indigencia es una de las causas más ordinarias del crimen” (35).

Por lo que llevamos dicho, resulta fácil deducir, aunque el informe no hace cita alguna, cuáles fueron las lecturas que inspiraron a los redactores del informe que estudiamos. La huella de Beccaria, Bentham y Filangieri, de los que ya había traducciones castellanas, es evidente entre los extranjeros. Entre los españoles, Lardizábal y José Marcos Gutiérrez. El acertado trabajo que DORADO MONTERO hizo del pensamiento de este último autor, y la lectura de su obra, nos da pie para opinar que no sería aventurado pensar que las ideas nuevas en el informe granadino entraron precisamente a través del conocimiento de la obra de José Marcos Gutiérrez, pues en su pensamiento se encuentran firmes y expuestos con claridad la idea de prevención general, el principio de utilidad y cuanto de novedoso circulaba por el mundo en materia penal, y es que, como dice DORADO, “era hombre de muchísima lectura, que había asimilado las doctrinas reformistas de la época y las había incorporado a su trabajo” (36).

No es sin embargo todo innovador y reformista en el contenido del informe. Las más arraigadas concepciones conservadoras orientan algunos de sus párrafos. A este respecto es muy de tener en cuenta la observación del Dr. LUQUE, en la Sesión del Claustro en que fue

(35) JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica Criminal*, cit., vol. III, pág. 83.

(36) DORADO MONTERO, *El Derecho Protector*, cit., pág. 503.

aprobado (37). Entre las omisiones que reprochó al Proyecto citaba el no señalarse apenas al incestuoso, al suicida y al convencido de bestialidad. En la misma línea de pensamiento está la lanza que se rompe en favor de los jueces eclesiásticos, al censurar los arts. 512 y 515, donde se dice "está palpable la injusticia y el rigorismo hacia los jueces eclesiásticos", preguntando, después de destacar la diferencia de trato que el texto legislativo sancionaba: "¿Son los jueces eclesiásticos menos acreedores, o más disimulables los vicios del Juez secular? La opinión que se da respecto a la institución del jurado, objeto de polémica por aquellos tiempos y de la que se dice que "por más laudable y ventajosa que sea esta novedad, parece debiéramos antes de instituir la prepararla por la ilustración y arreglo de las costumbres", está inspirada en la tradición de nuestra Patria.

2. *Posiciones respecto a algunos puntos concretos.* — Los tres principios apuntados se advierten en la posición que los redactores del informe adoptan respecto a algunos puntos concretos del Proyecto.

a) Respecto a la *pena capital*, la Universidad de Granada propugna su mantenimiento como necesaria ante nuestras estructuras sociales, y como medio de prevenir los delitos, alegando que "mientras haya igual incitación y motivos para el crimen en España, habrá delitos atroces y fieras en nuestra figura, y la pena de muerte será el único remedio para evitar los estragos de su furor". Sólo procedería su abolición, por tanto, cuando los delitos más atroces pueden prevenirse por otros medios, pues "si el pueblo español se hubiese ilustrado completamente en sus deberes, si las fortunas estuviesen mejor niveladas, si los grandes delitos se hallaran prevenidos por la más vigilante policía, si pudiera destruirse en el hombre hasta la voluntad de delinquir, es innegable que ni existirían crímenes horribles, ni la pena de muerte sería precisa".

Coincide en esto el dictamen que analizamos con la opinión mayoritaria a la sazón. FILANGIERI cree que no se puede abolir, aunque estima que debe aplicarse con moderación (38). LARDIZÁBAL escribe que "abolirla enteramente en un Estado sería acaso abrir la puerta a ciertos delitos más atroces y peligrosos que casi no pueden expiarse si ni con sangre" (39), y JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ, aunque confiesa estar dudoso si ha de conservarse o borrarse del todo, abunda en los argumentos antiabolicionistas, manifestando que si se conserva ha de usarse de ella con moderación (40).

Es concorde también el informe con la casi totalidad de las Corpo-

(37) Cfr. MONTELIS, *Historia del origen y fundación de la Universidad de Granada*, cit., pág. 485.

(38) FILANGIERI, *Ciencia de la Legislación* (trad. de J. Ribera), 2.^a edición, Burdeos, 1823, vol. III, págs. 327 y sgs.

(39) LARDIZÁBAL, *Discurso*, cit., págs. 165.

(40) *Práctica Criminal*, vol. 3, pág. 88 del *Discurso*.

raciones que formularon observaciones al Proyecto. Todas fueron favorables a la pena de muerte; "sólo la Universidad de Alcalá parece propender a la abolición" (41). La Comisión Codificadora, al presentar sus primeras ideas, "juzgó que debía no admitirla por efecto de la humanidad y filosofía"; después se vio precisada a revocar su modo de pensar (42).

b) En cuanto a los *trabajos perpetuos*, la Universidad granadina emite una singular opinión. Al comparar esta pena con la de muerte argumenta sobre la mayor gravedad de la primera: "La pena de trabajos perpetuos en la escala que se ha formado debería tener el primer lugar, y aun supuesto que la humanidad y buen trato dulcifiquen los horrores de estos infelices, nunca será mucho menos grave que la pena de muerte." La razón de esta mayor gravedad la sitúan en que, tanto unos como otros, "tienen que perecer bajo la cuchilla de la ley"; pero los condenados a muerte "de una vez pagan su deuda y no se añade a ellos amargura sobre amargura", mientras que los que cumplen la sanción de trabajos perpetuos mueren "a cada instante..., desfallecen al peso de los trabajos más crudos, esclavos de su misma pena, presas del dolor y del sufrimiento, afligidos de espíritu, sin más descanso que el preciso, invocando su fin postrero para que se aquiete la saña de la ley".

La opinión de los autores del informe tiene su antecedente en algunos autores patrios. LARDIZÁBAL, al referirse a los trabajos públicos, dice de los condenados a él que "quedarían reducidos al triste y lastimoso estado de la desesperación, *más cruel que la misma muerte*" (43). El argumento es antiguo. JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ, al estudiar las objeciones hechas a esta especie de pena, examina como uno de los alegados el que aduce que "pueden ser más terribles que la misma muerte, que es instantánea" (44). El mismo propugna la búsqueda de medios que, evitando en los trabajos públicos todos los inconvenientes expresados..., puedan suplir con ventaja la horrenda pena de muerte" (45). Las leyes patrias eran también contrarias al carácter de perpetuidad de las condenas a trabajos en arsenales. LARDIZÁBAL, concededor de ellas como nadie, advierte, en defensa de su propia opinión, que "la misma ley manda justamene que no puedan los tribunales destinar a reclusión perpetua, ni por más tiempo que el de diez años en dichos arsenales, a reo alguno; sino que a los más agravados, y de cuya salida, al tiempo de la sentenecia, se recele algún

(41) SALILLAS, *Evolución penitenciaria*, 2, cit., pág. 373.

(42) Así lo dice el diputado Martel en una de las sesiones de Cortes. Cfr. SALILLAS, *Ob. cit.*, pág. 354.

(43) *Discurso sobre las penas*, cit., pág. 181 (cap. V, par. 2, núm. 17).

(44) JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal*, cit., 3 pág. 112 del *Discurso*.

(45) *Ob. cit.* pág. 113.

grave inconveniente, se les puede añadir la calidad de que no salgan sin licencia" (46).

No era ésta la opinión dominante en Europa. Beccaria, Bentham y Brisot, entre otros, son abiertamente partidarios de esta clase de pena, por lo que no es aventurado afirmar que también en este punto tuvieron en cuenta los redactores del informe principios tradicionales, discordantes con las concepciones foráneas predominantes.

La observación hecha por la Universidad de Granada no fue tomada en cuenta. El Código de 1822 prevé la pena de trabajos perpetuos en el artículo 28, estableciéndola en la escala de penas en segundo lugar, inmediatamente detrás de la de muerte.

c) *La marca* es aceptada por los redactores del informe con un fin puramente utilitario. Se rechaza como pena afflictiva, "para agravar la pena de trabajos perpetuos", porque "sería una injusticia atroz marcar a los reos condenados a ésta, haciéndoles de peor condición que los reos de pena capital", y, además, porque se considera inútil en cuanto no serviría para la prevención general, ni para comprobar las reincidencias, ni para la constatación de la identidad de los condenados. Pero, sin embargo, se acepta, con lujo de detalles, cuando se estima que ha de ser útil a la sociedad: "Es innegable que la marca es el medio más veloz de reconocer al reincidente y que cualquiera que robase en un punto de la Monarquía no podría encubrir su reincidencia en otro; y así debería marcarse en la espalda con una L toda la persona convencida de un robo de veinte reales para arriba".

En este punto el informe granadino coincidía con la posición que en un principio adoptó la Comisión Codificadora, la cual entendía que "es uno de los medios más oportunos para comprobar las reincidencias criminales, y la experiencia ha mostrado los buenos efectos de esta medida", aunque el Proyecto sólo la establecía para los condenados a trabajos perpetuos, que es precisamente para quienes la repudian los informantes granadinos (47).

En Europa, aunque Filangieri, Bentham y Bexon abogan por ella, la mayoría de los reformadores se manifestaban en contra de la marca. La Asamblea Constituyente francesa la hizo desaparecer del Código publicado en 1791, aunque, con importantes modificaciones, se volvió a restablecer en el texto legal de 1810. JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ, exponente, como ya hemos dicho, de las directrices en boga, señala, entre las sanciones "que no deben ocupar ningún lugar en una buena legislación", la marca en la frente, mejilla o mano, ni la impresa en parte oculta del delincuente (48). Tampoco en nuestra patria contaba la marca con apologistas. Al proponer la Comisión ciertas variaciones en el Proyecto, decía que contra ella "está la opinión de casi todos los infor-

(46) LARDIZÁBAL *Ob. cit.*, pág. 201.

(47) Cfr. SALILLAS, *Evolución penitenciaria*, 2, cit., pág. 361.

(48) *Ob. cit.*, págs. 116 y 117 del *Discurso*.

mantes”, por cuya razón, “cediendo más a sus propios sentimientos, desiste gustosa de una medida que, por más fundada que pueda ser, no tiene tanta importancia y utilidad que equivalga al inconveniente de ser mal recibida” (49).

d) Al tratar el informe granadino de la excepción de ignorancia de ley que el Proyecto establecía para el extranjero, toca una cuestión de máxima trascendencia, la relevancia penal de la ignorancia de ley, en la que los informantes adoptan una posición clara, tajante y muy definida: “la ley sólo obliga en cuanto es conocida”. Para ellos, envuelve una injusticia el imponer una sanción a quien ha infringido la ley porque la ignora: “Resultar cierta la ignorancia de ley es lo mismo que no ser conocida, ¿y qué razón habrá entonces para castigarlo, no digo con la mitad de la pena, sino aun con la más ligera?”

En esta posición de los comisionados granadinos está recogida una firme tradición patria a la que no era extraña la Universidad que les encomendó la redacción del dictamen. El P. MONTES, que investigó con minuciosa y acertada atención la doctrina de los antiguos tratadistas españoles acerca de la ignorancia como excusa de la culpabilidad y de la pena (50), pudo afirmar que “todos los moralistas han juzgado siempre incompatible la ignorancia no culpable con la imputabilidad moral de los actos humanos y la criminal de los delitos... y han visto, por tanto, en la ignorancia invencible o inculpable una causa excluyente de la imputabilidad y excusante de la culpa y de la pena propiamente dicha, esto es, de la pena como vindicación o castigo de la culpa” (51). En esta línea pueden anotarse, entre otros, los nombres ilustres de Alfonso de Castro, Suárez, Tomás Sánchez y Martín de Azpilcueta.

El informe que estudiamos sigue en este punto un principio tradicional que se recogía también en nuestras leyes históricas, y defendía, entre los autores coetáneos, JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ, que estimaba no debían reputarse acciones criminales “las que sean hijas de la ignorancia” (52). No era ésta, sin embargo, la opinión dominante en las Sesiones de Cortes donde se discutió el proyecto. La propia Comisión Codificadora mantenía que en lo penal no hay lugar a la ignorancia, y algunos de los diputados se manifestaron decididamente en contra de su eficacia excusante. Vadillo preguntaba, a este respecto: “Quisiera que la Comisión me dijese cuál es la razón porque la ignorancia disculpa a uno que delinque”, y Garelli pide una regla menos equívoca que las que establecían algunas leyes históricas sobre la relevancia de la ignorancia (53). Como resultado de estas intervenciones, el Código de 1822 estableció, en su artículo 10, que “todo español o extranjero que, dentro del territorio de las Españas, comete algún delito o culpa, será cas-

(49) Cfr. SALILLAS, *Evolución penitenciaria*, cit. 2, pág. 361.

(50) JERÓNIMO MONTES, *La ignorancia en el Derecho Penal*, El Escorial, año 1927.

(51) J. MONTES, *Ob. cit.*, pág. 6.

(52) *Práctica Criminal*, cit., 3, pág. 11 del Discurso.

(53) Cfr. SALILLAS, *Evolución penitenciaria*, 2, cit., págs. 289 y 323.

tigado, sin distinción alguna, con arreglo a este Código, *sin que a nadie sirva de disculpa la ignorancia de lo que en él se dispone*: salvas las excepciones estipuladas en los tratados existentes con otras potencias“..

VI

En términos generales, el informe granadino responde a la opinión general mantenida por los que formularon las Corporaciones que respondieron al llamamiento de las Cortes. Se quejan los informadores de “la premura y angustia con que se les ha requerido”, formulan acerbas censuras, apoyadas unas veces en criterios de equidad y justicia (54), y en criterios técnicos otras (55), aprovechando las ocasiones que el Proyecto les brinda para apuntar las deficiencias sociales y económicas que la situación del país presenta (56).

No es, pues, de elogio la tónica de las observaciones de la Universidad de Granada; por el contrario, abundan en críticas al Proyecto, y brindan a veces sugerencias de estimable valor. Manteniendo en algunos puntos criterios tradicionales, se recogen las nuevas orientaciones reformistas que estaban a la sazón en boga. Su orientación responde al pensamiento penal medio de España en la época en que se hace, por lo que su conocimiento constituye un interesante elemento de juicio para el estudio de las ideas jurídico-penales a comienzos del siglo XIX.

(54) Así cuando se repudia la marca para los condenados a trabajos perpetuos “por que sería una injusticia atroz marcar a los reos condenados a ésta, haciéndolos de peor condición que los reos de pena capital”; cuando se aboga por la supresión de la última cláusula del art. 96 “por que sería injusto que el reo, pudiendo resarcir el daño, se libertase de la obligación que tiene a ello y sufriese el perjuicio alguna persona inocente, cuya propiedad deben garantir las Leyes”; y cuando se alude al trato dado a los jueces eclesiásticos en relación con los civiles, a que antes nos hemos referido.

(55) Cuando se comentan los capítulos VI al XIII, señalando que gran parte de las normas que contienen encontrarían su albergue adecuado en el Código de Procedimiento; cuando se corrigen y amplían los tipos referentes al uso de armas; cuando se aboga por la tipificación de la conducta de “los que introdujesen o propagasen enfermedades y efectos contagiosos”, pues no determinar penas para ellos “es una falta muy notable en un Código Penal”; y cuando se refieren a las ventas de determinados productos por los farmacéuticos u objetan lo establecido para los falsos acusadores.

(56) En este punto los informadores abundan en detalles: “No todos los pueblos de la Monarquía tienen Médico, Cirujano y Boticario, ni todos pagan esta clase benemérita encargada de la salud pública; cuatro curanderos y charlatanes hacen sus veces, y el español honrado que habita las campiñas para fomentar los frutos de la tierra y la subsistencia del hombre, muere como bestia sin recibir los socorros del arte; mas no por eso el Gobierno ha precabido estos males y se ha querido forzar a los Profesores y Farmacéuticos los unos a que asistan de largas distancias con detrimento de su salud, con violación de los pactos que han celebrado, con detrimento de los enfermos que tratan, con opresión de su libre ejercicio, con dispendio de sus propios intereses y con ultraje de todos su derecho; y a los otros con extorsión de su propiedad, de su comercio y de su industria, a que cumplan con unos deberes que sólo ha podido consagrar la fuerza y de los que no debe abusarse por más tiempo”.

Cualquier estudio serio de este siglo debe necesariamente tener en cuenta el contenido de los informes que se produjeron con motivo de la promulgación de nuestro primer Código penal, pues ellos son, sin duda, fieles índices de las ideas penales dominantes, y su examen contribuirá a redondear y completar lo que piensan y escriben los especialistas, ofreciendo en algunos puntos una contemplación más ajustada de la realidad que la ofrecida por las obras de estos últimos.

Jeremías Bentham y el Derecho Penal

JOSE SANCHEZ OSES
Secretario del Tribunal Supremo

Si la profusión normativa que en los tiempos presentes puede apreciarse en la mayoría de los países de civilización más arraigada, responde a la complejidad cada día más intensa de la vida, sin duda determinada, a su vez, por el incremento y difusión de los medios de comunicación y de los logros industrializados de las ciencias aplicadas; hemos de convenir en que recobra actualidad un pensamiento enunciado hace ya más de medio siglo, precisamente cuando estos dos últimos fenómenos comenzaban a ser advertidos: “En el terreno de las ciencias naturales sucede con frecuencia que un descubrimiento nuevo ilumina espléndidamente extensas regiones científicas...; pero no es este el caso —concluía el aludido pensamiento— cuando se trata de las ciencias morales”. (KITS: *Willensfreiheit und Strafgesetzbuchreform*, en “Jahresbericht des Gefängnisvereins”, 2.º semestre de 1903 y 1.º de 1904; páginas 27 y siguientes).

Y, en efecto, pese a ir cobrando antigüedad y, con ella, teniendo lugar numerosas y concienzudas observaciones, las ideas que se divulgaron a modo de grandes progresos del conocimiento jurídico, ninguna ha tenido en rigor esa unánime aceptación que, a despecho de sectarismos de cualquier clase, acaba por lograr todo lo evidente e, incluso, pese a cuanto se diga de contrario, ninguna de tales ideas ha pasado de la categoría de meras etapas, jalones o estratos —eso sí innegablemente consistentes como tales—, hacia la consecución tan anhelada de soluciones tangibles.

Verdad es que, concretamente en el ámbito de las ciencias penales, casi todo fue objeto de polémica y muy poco sometido al contraste de la realidad; y si esto tiene aplicación a los principios invocados respectivamente, o a los sistemas que se han venido propugnando a propósito de la catalogación de los delitos y elección de las penas o medidas de otra índole correspondientes, no menos puede referirse tal aserto a los métodos empleados para la formulación de las normas en que dichos principios y sistemas consiguieron verse acogidos, y sin que pueda oponerse a este último respecto la generalidad con que en

todos los países se ha propendido a refundir la legislación penal pues, a pesar de la tan tremolada "codificación", el método en cuestión no supo eludir su carácter formulario y, ya fuese por un equivocado concepto acerca de la iniciativa de las leyes, o por la sistematización "forzada" de los códigos, acaso por la oscuridad y ambigüedad de una y otros, y hasta quizá por esa mera fórmula final con que generalmente suele proceder la norma nueva a la derogación de otras anteriores; prácticamente estamos como en los tiempos en que más acuciante parecía la sistematización de los preceptos cuya razón de ser estriba en la represión de la delincuencia, sin que en muchos casos el inconveniente se atenúe por la desaparición de fueros o jurisdicciones, y menos aún por la coexistencia de leyes especiales, cuyo objeto principal es el que acabo de indicar.

Esta situación, a la que pocos países han podido sustraerse, y que naturalmente la segunda guerra mundial y sus consecuencias han hecho más acuciante por lo que a su solución atañe, es la misma que en alguna otra ocasión (1) ya me hizo considerar aspectos relativos a la "codificación", y ahora, sin pretender negar ni remotamente la oportunidad para reemprender la simplificación sistematizada de las leyes penales —empresa que alcanzó su culmen; pero que requiere renovaciones—, es la que me ha determinado, a título de mera divulgación histórica, a ofreceros en el presente artículo una síntesis, lo más cumplida posible, del método de formulación legislativa acabado de aludir tal como lo expuso uno de sus más acérrimos adalides: JEREMÍAS BENTHAM, en sus célebres "Tratados", antaño no sólo conocido entres los "conspicuos", sino incluso muy "utilizado" en sus propios tiempos, cual ocurrió con nuestro Código penal de 1822, a propósito del cual la Comisión respectiva confesaba "ingenuamente que ha tomado muchas cosas del Código francés, así como de las obras de BENTHAM, de Filangieri, de Bexon, y de los demás que ha tenido a mano; pero suponerse como se hace en esta inculpacón que el Código francés ha sido el modelo del proyecto que la Comisión ha presentado, me recuerda aquellas acusaciones que en otro tiempo se hacían, diciendo que nuestra Constitución había sido una copia de la francesa de 1791" (2).

Como de Bexon ya trataremos otro día y Filangieri ha sido objeto de otro artículo en el precedente número de nuestro ANUARIO, vamos a ocuparnos de BENTHAM, según os prometimos, comenzando por una breve reseña biográfica.

* * *

(1) "Valor del Código como sistema de ordenamiento penal": Comunicación al primer Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino Penal y Penitenciario. Madrid, mayo de 1952.

(2) Contestación del señor Calatrava a los informes emitidos al Proyecto (en "Diario de las Discusiones y Actas de las Cortes extraordinarias de 1821", tres tomos, Imprenta Nacional, 1822: t. I, págs. 210 y 211; Sesión del 23 noviembre 1821).

Nació BENTHAM el 15 de febrero de 1748, en la calle Red Lion, distrito de Houndsditch, Londres, en cuya vecindad tanto su padre como su abuelo ejercían la abogacía.

Su progenitor, hombre recio y saludable, con conocimientos, según su biógrafo Sir Thomas Erskine Holland, por lo menos someros, de griego, francés y de latín, fue casado con la hija de un comerciante de Andover, que se trasladó a vivir en una casa de campo de las cercanías de Reading, donde transcurrieron muchos días plácidos para el aún joven Jeremías.

Contaba este último tan sólo trece años de edad, cuando se le matriculó en el "Queen's College" de Oxford, donde al parecer se llegó a familiarizar plenamente con la Lógica de Sanderson, haciéndose Abogado en 1763, año en el que también ingresó en la famosa "Lincoln's Inn" (una de las cuatro importantes sociedades jurídicas inglesas a las que era preciso pertenecer para el ejercicio de la profesión citada). En el "Queen's Bench" pudo escuchar con éxtasis las decisiones de Lord Mansfield; arreglándoselas asimismo para asistir a las conferencias de Blackstone, en Oxford, si bien pronto advirtió los quiebros lógicos de las frases ampulosas del juez futuro.

Pese a su nativa inclinación a la Curia, en lo que debía ayudarle el ambiente de profesión familiar, BENTHAM pasaba mejor su tiempo dedicado a la realización de experiencias químicas y a teorizar acerca de presuntos abusos legislativos, en vez de dedicarse a leer, por ejemplo, los trabajos de Coke sobre Littleton y los "Reports" (3).

Los primeros frutos que se registran de los estudios e imaginación de BENTHAM son sus "Fragments on Government", que vieron la luz en 1776 y constituyen un ataque magistral contra los elogios tributados por Blackstone al régimen constitucional inglés; aunque se registraron opiniones en sentido de que procedían de Lord Mansfield, de Lord Camden o de Lord Ashburton; pero sin que estas últimas especies sean precisamente las más consistentes.

Lo cierto es que la publicación del trabajo referido tuvo un resultado importante para BENTHAM, toda vez que éste fue llamado, en 1781, por Lord Shelburne y, desde entonces, nuestro autor fue huésped asiduo de Bowood, donde pudo codearse con lo más florido de la sociedad inglesa.

En 1785 marchó BENTHAM, vía Italia y Constantinopla, a visitar a su hermano Samuel, ingeniero naval que, ostentando el grado de coronel, se hallaba prestando servicio en Rusia, siendo en este país donde Jeremías escribió su "Defence of Usury".

Al regresar a Inglaterra, vióse decepcionado en la esperanza que había venido albergando de participar en las tareas legislativas de su patria, y ello acaso debido sólo a un equívoco o indebida interpreta-

(3) En la segunda mitad del siglo xv escribió LITTLETON un monumental trabajo sobre la "Posesión", cuyos comentarios por COKE dieron a éste la inmortalidad. Los "Reports" son la Colección de Jurisprudencia.

ción de ciertas manifestaciones de Lord Landsdowne; pero que le decidieron a consagrarse a la más ardua tarea de inquirir y enseñar los principios sobre los que deberían descansar una legislación acertada, publicándose en 1789 sus "Principles of Morals and Legislation", de lo que, probablemente se derivaría la difusión que de modo rápido fue logrando su fama, hasta el punto de que en 1792 Francia le honraba otorgándole su ciudadanía, y siendo sus opiniones acogidas con el mayor respeto por parte de los legistas más reputados en América y en Europa, con los que hubo de mantener correspondencia asidua.

Más que ambición, constituyó para BENTHAM a modo de obsesión el que se le encomendase la preparación de un código para su país, llegando a ofrecerse a tal respecto a algunos gobiernos extranjeros. Durante un cuarto de siglo anduvo en negociaciones también para llevar a efecto su idea del "Panopticon", o sea, según sus propias palabras: un "Establecimiento para guardar a los reclusos con la mayor seguridad y economía posibles, realizando al propio tiempo su reforma moral, con métodos nuevos para asegurarse igualmente de su buen comportamiento y proveyendo a la subsistencia de los mismos tras su licenciamiento", o puesta en libertad.

Como quiera que tal proyecto, iniciado, llegara a abandonarse, fue retribuido BENTHAM por el mismo con 23.000 libras esterlinas, y, en el año 1823, inicia la publicación de la "Westminster Review" (4).

A los ochenta y cinco años de edad, concretamente el día 6 de junio de 1832, en su residencia paterna de Queen's Square Place, expiró JEREMÍAS BENTHAM y, cumpliendo sus deseos, sus despojos mortales fueron sometidos a disección y su esqueleto llevado al University College de Londres.

Aunque débil, por lo visto, en su juventud, fue fortaleciéndose su constitución al paso de los años, hasta el extremo que pudo enfrascarse de lleno en trabajos notoriamente sedentarios y conservar su temperamento lozano y jovial de la edad adulta hasta sus últimos días; si bien es verdad, por lo que a su meritorio trabajo respecta, que mucho le sirvió una considerable fortuna heredada de sus padres, de su familia paterna principalmente, que le permitió entregarse a sus estudios sin distraerle de ellos la precisión de lograr otro medio de vida, deparándole incluso la posibilidad de poderse valer de secretarios y amanuenses.

En cuanto a sus amistades, también pudo conservar un grupo de incondicionales y discípulos, como los Mill, los Austin y Bowering, con quienes discutía los problemas de turno que le atraían y que prácticamente dieron conformación a libros surgidos de una masa, frágosa, aunque relativamente ordenada, de minutas y borradores, éstos sí elaborados por el propio BENTHAM. Tal es el caso, por ejem-

(4) FREDERICK COPPLESTON, S. J.: *A History of Philosophy*, Londres, Burns and Oates, Ltd., 1966, vol. VIII, p. 6.

plo, de la *Rationale of Judicial Evidence* ("Explicación de las Pruebas"), que publicó John Stuart Mill (5), y del *Book of Fallacies*, de Bingham, aunque más arduos fueron todavía los esfuerzos de Dumont para dar nueva forma y luego traducir al francés las obras del filósofo británico.

La realidad desvirtúa la especie alguna vez lanzada en sentido de que BENTHAM era de temperamento arisco, aunque visionario; lo que, por otra parte, no se halla en pugna con que verdaderamente pudiera estimar que una perspectiva genérica de la sociedad implicaba una pérdida de tiempo, así como que le desagradaba la poesía en cuanto ésta implicase una ficción; pero nada de ello le impedía disfrutar intensamente de las tertulias, hasta el extremo de ser frecuente ofreciese banquetes con tal objeto, y que se deleitase con la música, con los panoramas campestres, procurando, desde luego, y con magnanimidad, la felicidad del prójimo.

Estos últimos aspectos de la personalidad de BENTHAM se han puesto de relieve gracias a las manifestaciones hechas por el ministro norteamericano Mr. Rusch, aunque se contraigan a una tarde pasada con aquél en el verano de 1818. Así se expresaba el aludido interlocutor: Si el carácter del señor BENTHAM es muy personal, también lo es el emplazamiento de su residencia, especie de avenida umbrosa que concluye en un pequeño, aunque limpio, patio. Aquí mismo se yergue la casa de BENTHAM..., cual oasis en el desierto y que tiene por nombre "La Ermita". El señor BENTHAM me recibió con la sencillez de un filósofo. Yo le hubiera atribuido setenta o más años. El interior de su casa se hallaba en el orden más perfecto. Los muebles parecían no haber sido movidos desde la época de sus padres, pues supe que pertenecían al patrimonio de aquéllos. Un cuarto de estar, una biblioteca y comedor, daban acceso a las habitaciones, en cada una de las cuales existía un piano, muestras abundantes de una de las aficiones del curioso propietario, como recreo fuera de sus horas literarias. Tratábase de una mansión peculiar al par que romántica... Las visitas, compañías, amistades o concurrencia, eran escasas, aunque selectas: Mr. Brougham, Sir Samuel Romilly, Mr. Mill, autor del conocidísimo trabajo acerca de la India; Monsieur Dumont, el culto ginebrino en tiempos asociado a Mirabeau, eran cuantos se hallaban sentados a la mesa. BENTHAM no hablaba mucho, mostrando una benevolencia en sus ademanes muy en consecuencia con la filantropía que le inspiraba su mente. Parecía estar tan sólo pendiente de la comida y satisfacción de sus invitados, y ello no al modo artificioso de Chesterfield o de Madame Genlis, sino por exteriorización de natural modo de ser. Aunque fuesen atrevidas algunas de las opiniones vertidas en sus trabajos, se mostraba abierto a las teorías de cualquier clase, incluso las que no contasen con la

(5) El padre de éste, JAMES, había publicado en 1812 la *Introductory View* de la misma obra, que saca a luz el hijo en 1827.

·aquiescencia de los circunstantes. Al intervenir en la conversación, ·empleaba un lenguaje sencillo que contrastaba con el de sus escritos más recientes, en los que un estilo complejo y el empleo de neologismos o de palabras de uso muy generalizado son más bien inconvenientes para las conjeturas formuladas por un genio profundo y original, si bien con los defectos inherentes a la soledad. Sin embargo, algunas de sus primeras producciones se distinguen por su estilo clásico y rotundo” (6).

BENTHAM, podemos anticipar ahora por cuenta propia, no fue el crítico destructivo que alguien pensaba: se limitó a buscar fundamentos sólidos para la moral y el Derecho; a edificar sobre aquéllos un conjunto armónico donde ni una sola piedra estuviese colocada sin sujeción a la lógica más estricta: “la mayor felicidad del mayor número”.

* * *

Los *Works*, o edición inglesa de las obras de BENTHAM, debida a Sir John Bowring, datan de los años 1838 a 1843, y abarcan: *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, Principles of Penal Law*, ambas partes figurando en el volumen primero (7); *The Rationale of Reward* (o “Fundamentos de las Recompensas”), y *Leading Principles of a Constitutional Code, for any State* (8) (“Principios orientadores de un Código Constitucional para cualquier Estado”), objeto del volumen segundo estas otras dos partes o temas; *Manual of Political Economy* (9), en el tercer volumen; así como *A General View of a Complete Code of Laws* (“Panorama de un Código legal completo”), inserto en el propio volumen tercero, aparte de observaciones a determinados discursos del Secretario Peel en la Cámara de los Comunes (21 de marzo de 1825), otro modelo constitucional, cartas, etc. En resumen, la citada edición inglesa comprende once volúmenes en los que, sin embargo, falta la *Deontología*, que, sujeta a varias correcciones, también editó Bowring en 1834 separadamente, y, por supuesto, multitud de manuscritos inéditos que conservaba el ya citado University College de Londres. Por su parte, Creery editó, también en inglés, algún trabajo suelto como *Church of England and its Catechism* (Londres, 1818); *Draught of a New Plan for the Organisation of the Judicial establishment in France* (1790); *Papers relative to Codification and Public Instruction, including correspondence with the Russian Emperor and divers constituted Authorities in the American United States* (1817); *Plan of Parliamentary Reform* (1818).

Payne publica también en Londres, el año 1791, una edición del célebre *Panopticon: Containing a Plan of Management for a Peni-*

(6) RICHARD RUSCH: *Mi misión cerca de la Corte de Londres*, p. 286.

(7) Su aparición data de 1789.

(8) Publicados en 1823.

(9) Escrito en 1793.

tentiary House; Wilson, en 1819, un *Radical reform Bill with extract from the reason*; Hunter, un tomo titulado *Swear not at all* (“No jurar en modo alguno”), *Containing an exposure of the needlessness and mischievousness, as well as antichristianity of the Ceremony of an Oath* (1817); y Pickering: *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1823).

Francia traduce a su idioma los Tratados de legislación Civil y Penal que había logrado compilar Esteban Dumont (ginebrino), valiéndose de los manuscritos que le había confiado el propio BENTHAM, publicándose esta obra en París por la Casa Bossange, Masson y Besson, el año 1802; y en la propia capital francesa la editorial Cosson publica en dos tomos, el año 1818, la *Teoría de las Penas y Recomendaciones*, igualmente debida a trabajo análogo de Dumont.

De una colección de las obras principales de BENTHAM editó también Dumont un ejemplar en Bruselas el año 1829, y otro más completo en la propia capital belga el año 1840; pero que no llega a la cantidad de trabajos que abarca la edición inglesa debida a Bowring, la cual data de diez años después de la muerte del autor.

Por lo que a nuestra patria respecta, el catedrático de Salamanca Toribio Núñez, autor también de un concienzudo proyecto de Instrucción pública, que suscribe el Informe (si es que no lo redacta incluso) de aquella Universidad sobre el “Proyecto de Código penal que han de discutir las Cortes extraordinarias de 1821” (10), publica, en suma, en la propia ciudad salmantina, su *Sistema de la Ciencia Social*, en cuya Introducción muestra tal entusiasmo por los empeños de reforma legislativa, o más bien del método de formular las leyes propugnado por BENTHAM, que da con razón motivo a que, muy posteriormente, puesto que aquella obra se publicó en 1820, don Luis Silvela pueda titular su discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas con el epígrafe siguiente: “Bentham y su expositor español Toribio Núñez” (Madrid, 1894).

Y con cuanto precede, que he considerado obligado insertar pensando, sobre todo, en quienes de BENTHAM no conserven, como de sus trabajos, más que la idea culminante en él, y que, por ejemplo, Paul Hazard expresaba diciendo: “La felicidad y, con ella, la gestión de los negocios públicos, de la que aquélla depende en gran parte, y a la que, desde entonces (!), no se considerará como la prerrogativa de una minoría selecta. Todos tienen derecho a ser felices” (11); ha llegado el momento de proceder a la exposición de los criterios sustentados por el para nosotros “viejo Jeremías” a propósito de los “Principios del Código penal”, tema fundamental de este trabajo (12).

Ciñéndome a los extractos del inglés realizados por Esteban Du-

(10) Salamanca, 1.º de diciembre de 1821.

(11) *La Pensée européenne au XVIIIe. siècle: de Montesquieu à Lessing*, primera edición, París, 1946.

(12) El P. COPLESTON alude a edición total por R. DOANE, en 1841, y a la española de ANDUAGA Y ESPINOSA, Madrid, 1841 a 1843.

mont, y conforme a la edición segunda de la *Teoría de las Penas y Recompensas*, que se publicó en Londres y París en 1818 a cargo de Bossange y Masson, dividía BENTHAM su sistema penal en cinco libros, de los que, a su vez, el libro primero distribuye su contenido en once capítulos, los cuales versan, sucesivamente, sobre: "Definiciones y distinciones" de diversos conceptos jurídicos, y es así como en dicha parte de la obra encontramos efectivamente unas matizaciones y diferencias entre "el castigo", cual acto por el que se inflige un mal al prójimo con un propósito directo, y en razón al nexo existente entre ese mal y algún acto al parecer realizado u omitido; y las "penas legales", que, naturalmente, a tenor del principio de utilidad, se describen como "males infligidos", ateniéndose a formas jurídicas, a las personas convictas de cualquier acto perjudicial, prohibido por la ley, y con objeto de *prevenir* hechos semejantes (págs. 2 y 8 del primer tomo).

Sigue el capítulo segundo con la "clasificación", tanto de los *delitos*, que pueden ser contra la persona o la propiedad, la fama o reputación, o contra la condición, cualidad o estado; como de las *penas* que, con igual criterio, por cuanto no se puede castigar a un individuo más que en cualquiera de los indicados "atributos", se distinguen en afflictivas (simples o compuestas), restrictivas, activas (o de trabajo) y capitales; si bien todas estas categorías se pueden resumir bajo la rúbrica de *penas corporales*, que, en unión de las que atañen al atributo "propiedad", o sea, las privativas (también llamadas de "merma"), constituyen la división más simplista posible dentro del esquema punitivo esbozado por BENTHAM y configurado por su expositor ginebrino Dumont, algo propenso en esta parte de sus obras precisamente al confusionismo, a fuer de ser minucioso, ya que, por ejemplo, y tal como él interpretó los borradores que logró obtener del morador de "La Ermita", una pena pecuniaria ostenta también los caracteres de "personal" y "privativa" (pág. 13 del volumen antes citado).

Los capítulos tercero y siguientes del primer libro tratan, respectivamente: del *objeto de las penas*, o sea, tanto de la "prevención", bien particular, ya general, como de la "reparación" posible del daño causado; ocupándose asimismo del "gasto de las penas", o sea, del criterio económico de pérdida o beneficio a conjugar con el daño que el delito penable implique, siendo ese último concepto elegido (a pesar de su impropiedad aparente), al rechazarse los de "rigor" o "suavidad" de las penas, y todo ello para concluir abogando por las "adecuadas"; o tratando de la "medida de las penas" a base de los principios siguientes: el mal del castigo habrá de rebasar el provecho del delito; cuando éste revele, además, habitualidad, la entidad de la pena tendrá que abarcar posibles hechos impunes análogos y anteriores del mismo agente; la pena ha de rebasar el provecho delictivo hasta compensar lo que a la misma falte de certeza o de oportunidad en su imposición.

Caso de concurrencia de delitos ha de aplicarse al más dañino una pena más severa, por aquello de que cuanto más perjudicial sea el delito, más grave ha de ser la pena, con vistas a la prevención anteriormente referida. No se ha de aplicar siempre la misma pena a delitos iguales, sino que deberán tenerse en cuenta las circunstancias que influyen en la “sensibilidad”.

A propósito de los caracteres o *requisitos de las penas*, éstas habrán de reunir los de “divisibilidad”, “acierto” o adecuación, ahora entendido este concepto en el sentido de “eficacia”; “graduación”, “congruencia” con el delito que se trata de sancionar, “ejemplaridad”, “economía” (concepto complejo este último por cuanto entraña las ideas de congruencia con la gravedad, la susceptibilidad de revocación caso de aconsejarlo ciertas circunstancias, la de aptitud para impedir al reo sucesiva perpetración), la de que revistan una tendencia moral e impliquen también la de resarcimiento; que sea sencilla su enunciación en el correspondiente precepto legislativo y que sean “populares”.

Se insiste también aquí en la “analogía” entre pena y delito como daño; se trata del “talion”, calificado de “impropio” por su carencia absoluta de flexibilidad; del eco popular que debe hallar el Código penal en lo atinente a la libertad, a la decencia, a la religión y al humanitarismo. Se diserta igualmente sobre las penas denominadas “impropias” por ausencia de fundamento o por ineficacia, su carácter supérfluo, y de las excesivamente costosas; del arbitrio judicial, propugnando al respecto BENTHAM una discrecionalidad sólo condicionada a que la resolución respectiva sea “fundada”, y sin perjuicio, naturalmente, de lo que al respecto venga dispuesto en el Código penal y en esas diversas modalidades que puede emplear el propio legislador para expresar su propósito a los tribunales.

Refiérese el libro segundo a las *penas corporales* y, en sus quince capítulos, se ocupa de las “aflictivas simples” como contrapuestas a las “permanentes” e interpretando el vocablo en exégesis estrictamente latinista: *aegrimonia cum vexatione corporis*; penas a las que BENTHAM atribuía como principal ventaja acaso su espectacularidad. De las “aflictivas compuestas”, caracterizadas por la mayor duración, permanencia incluso de sus efectos (es el caso de la mutilación y en algunos países de ciertas modalidades de inhabilitación). De las penas “restrictivas”, que, a su vez, pueden ser de índole *moral* (a modo de coacciones “legales”), o *física*, cual el confinamiento, el cual abarca desde la prisión al destierro.

Refiriéndose a la de prisión, la reputa pena eficaz por el impedimento material que causa para que pueda repetirse el daño, aunque también la considera “antieconómica” y poco equitativa. Explica esto último poniendo de relieve que dicha pena no es tan grave para los sujetos robustos aunque míseros, como para los valetudinarios opulentos, si bien ofrece en cambio la posibilidad de gradación; la considera también poco ejemplar aunque susceptible de causar intimidación.

ción ("por el siniestro aspecto de las prisiones"). Sobre este particular era también BENTHAM de los que opinaban que las prisiones eran escuelas de perversión, sobre todo para los que delinquen por vez primera, o "tentados" por la indigencia, o guiados de un mal ejemplo; pero no endurecidos todavía.

Censura ese sistema por el que los reclusos han de sufragar los gastos de mantenimiento penitenciario, toda vez que a su modo de ver es la colectividad entera la que se beneficia de la reclusión, por lo que abundaba en la tesis de que aquellos gastos habían también de ser con cargo a fondos públicos.

En el capítulo séptimo del propio libro segundo, prosigue BENTHAM con un *plan general de prisiones* que, según él, debían estar divididas en tres clases, atendiendo a los respectivos grados de severidad prescrita para el período de internamiento; y, en tal sentido habla de las propias para deudores insolventes, temerarios o pródigos; para los malhechores condenados a reclusión temporal; y para los que lo fueren a perpetuidad.

En el capítulo octavo del mismo libro se ocupa de las diferencias entre el confinamiento, la deportación y el extrañamiento. Las que denomina "penas activas", o trabajos forzados, constituyen el tema del capítulo décimo, también del segundo libro y, a tal propósito, establece un distingo entre trabajos "públicos", que el jurista inglés reputa "poco recomendables" por cuanto, al habituar aquéllos, o al sumir más bien, en la situación o estado de "infamia", arraiga a los penados en el crimen. Por lo que a las labores sedentarias atañe, estimaba, por el contrario, que, con tal de que no fuesen tampoco excesivamente rudas o impropias a las facultades o condiciones del sujeto, entrañaban todas las ventajas que el trabajo reporta (13).

Después de un capítulo undécimo, dedicado a la "deportación" y en el que formula una serie de consideraciones deducidas de la situación de los "convictos" transportados a las Colonias americanas y a los establecimientos de "Botany-Bay" en Nueva Gales del Sur (Australia), se aborda en la obra la descripción, como sistema sustitutivo, del ya dos veces aludido "Panopticon", con más detalle expuesto en el volumen tercero de los "Tratados de Legislación" de nuestro autor: establecimiento carcelario celular, ya circular o en forma de polígono, con central de vigilancia.

Considerando la pena "capital", o de muerte, en la que también llega a apreciar una matización por el carácter "simple" o "aflictivo" que pueda revestir, según su ejecución se realice expeditivamente o prolongando los sufrimientos del reo (14); llega a la conclusión de

(13) En Inglaterra el régimen de "transportation" fue adoptado en 1597; traído a Australia desde 1786 a 1867 (MITCHEL, JOHN: *Jail Journal*, Dublin, Corrigan, 1864, p. 264). Por lo que a Francia respecta, véase: D'HANSSONVILLE: *Les établissements pénitent, en France aux colonies*, p. 525 y ss.

(14) LEÓN RADZINOWICZ: *A History of English Criminal Law and its Administration from 1750*, Londres, Stevens & Sons, Ltd., 1936; THORSTEN

que aquella es pena carente de atributo reparador, además de antieconómica, desigual y muy incierta en sus efectos preventivos, sumamente débiles estos, sobre todo tratándose de reos empedernidos; impopular, en suma, pues estima igualmente BENTHAM que tal impopularidad se manifiesta en una aversión hacia la denuncia que pueda culminar en la imposición de una pena de esa magnitud, aversión de la que lógicamente participan los testigos de cargo y concluye este tema opinando que, por el contrario, provoca más bien la misericordia hacia el reo (15).

Concluye el libro segundo con capítulo décimo-quinto, dedicado a las "*penas subsidiarias*", y en él se propugna que, a fin de que la efectividad de la Ley no quede en entredicho, especialmente cuando aquella impone sanciones que prescriben al individuo la realización de un acto, o una abstención, es preciso añadir la amenaza de una pena secundaria atemperada a las reglas siguientes: no ha de ser superior, ni tampoco inferior, en relación con la primordial a la que reemplaza; si la inaplicación de ésta obedece a la voluntad del reo, entonces ha de ser la supletoria de entidad superior, no debiendo ser este incremento excesivo si el caso es de los en que no ha podido acreditarse si el incumplimiento de la pena originariamente precedente responde a imposibilidad o a causas extrañas a la voluntad del reo.

Por el contrario, la pena supletoria ha de ser más severa cuando al delincuente resulte más fácil sustraerse a la primera con impunidad para el mismo. Repútase la prisión como la pena más indicada en concepto de supletoria cuando la principal o directa estriba en sanción pecuniaria, ofreciendo al respecto nuestro autor un sistema de cómputo para la determinación del período de privación de libertad, en defecto de la multa, por no haberse satisfecho la misma; sistema que, en principio, responde al razonamiento consistente en que, siendo más considerable los gastos habituales de un individuo de posición elevada, mayor ha de ser la parte de "deuda" a satisfacer en un plazo determinado de prisión (16).

El libro tercero se consagra a las penas denominadas "*privativas*", cuyas modalidades sustancialmente estriban en pérdidas, confiscaciones y destituciones o inhabilitaciones.

Partiendo de la clasificación de la propiedad en "sustancial" o "incorpórea", dentro de cuya última clase se incluyen las dignidades y los oficios y derechos; comprendiendo dentro de la primera categoría, es decir, de las "corpóreas", los bienes pecuniarios o "casi-

SELLIN: *The Philadelphia Gibbet-Iron*, en "Journ. Crim. Law, Criminology and Police Science", Chicago, 1955, núm. 1, p. 633 ss.

(15) JAMES B. CHRISTOPH: *Capital Punishment and British Politics*, Allen and Unwin, Ltd., Londres, 1962.

(16) Este criterio lo ha sabido interpretar con gran sentido práctico el reciente Código Penal de Suecia. Ver IVAR STRAHL: *Code pénal Suédois*, Stockholm, 1965, p. 13 y 75. Dicho Código adopta un sistema que elude la modificación legislativa basada en las alteraciones que puedan experimentar los valores monetarios.

pecuniarios” y teniendo en cuenta que todos esos bienes o “facultades” o “posibles”, pueden también agruparse bajo la rúbrica de “condiciones” o “atributos”, vuelve a dividirlos conforme al criterio de la “índole” natural o adquirida a que puedan corresponder, admitiendo que si los del primer orden, como los lazos de familia, no pueden perderse, sí en cambio los derechos que de tales lazos dimanar. Por otra parte, las condiciones o atributos adquiridos pueden ser “políticos” o “religiosos”; los políticos a su vez “domésticos” o “civiles”, y concluye afirmando, en suma, que a cada una de dichas condiciones corresponde una modalidad particular de decaimiento, merma o inhabilitación.

Hay también para BENTHAM, además de todas esas condiciones “comunes”, otras de carácter *especial*, integradas por grupos formados en razón a la profesión u oficio respectivos, o por privilegios de clase, cuerpo o corporación.

En los capítulos que siguen de este mismo libro tercero, se trata de las penas que acarrear sanción moral, caracterizadas por su “indeterminación” (desprecio, censura, deshonor, vergüenza, ignominia, repulsa, etc.); haciéndose lo propio de las que versan sobre el honor en concreto y que van desde la represión a la infamia. Estas a modo de capitulaciones pueden irrogarse mediante la publicación del delito, la advertencia judicial o por el método especial, incluso para la aplicación de penas de otra índole que llevan aparejada ignominia indudablemente. Otro tanto ocurre con la “degradación” y la pérdida del “prestigio” en general.

Se indica asimismo en la obra que nos ocupa la conveniencia de que el legislador trate de reformar ciertos criterios impropios de la *opinión pública*, poniendo como ejemplos la indiferencia de las gentes hacia los actos de contrabando o el menosprecio del público para los delatores, a los que se considera como “colaboradores” de la justicia.

Trátase del distinguo de las penas propiamente pecuniarias con relación a las que consisten en la mengua o privación incluso de bienes que, sin ser dinero, son de índole comercial o susceptibles de intercambio por metales amonedados (“cuasi-pecuniarias”).

Entre las privaciones de bienes “afectivos” o “espirituales” (para BENTHAM los que afectan a la condición o estado de las personas), se examinan: la pérdida de la patria potestad, de la autoridad marital, sin distinguir al respecto en cómo fueron adquiridas tales situaciones; las inhabilitaciones en sentido estricto, la privación de derechos de ciudadanía o políticos; la “Outlawry” (17) inglesa.

(17) Esta sanción o pronunciamiento de “Outlawry” (“fuera del amparo legal”), tan popularizada a partir de la guerra de secesión norteamericana, procede de la conocida declaración romana de “sacer”, y acarrea la incapacidad de impetrar justicia, la privación de derechos personales, del de pedir los frutos de los bienes materiales, y la reclusión perpetua. HUMBERT: *Des conséquences des condamnations pénales relativement à la capacité des personnes* (en “Rev. crit.”, 1957, p. 79).

Con el calificativo de “desplazadas” o “exorbitantes” se epigrafió el libro (el cuarto) que trata de las penas que rebasan o trascienden a personas distintas del culpable o responsable al que se imponen; pero en ello se establece también un distingo entre los casos en que la responsabilidad se exige a quienes no son los autores del delito penado (caso de la responsabilidad de padres, tutores, amos o encargados), y los en que el mal de la pena alcanza a personas completamente inocentes, aunque en ello no haya el menor propósito por parte del legislador. Es el supuesto de los males que denomina “inevitables”: sanciones pecuniarias que afectan a la economía familiar, penas infamantes que acarrearán también el menosprecio para los hijos del culpable.

Al lado de estos conceptos, se considera el de las penas denominadas “substitutorias”, de las que pone como ejemplos: en el orden político interno, la confiscación de los bienes del suicida y, en el internacional, las represalias. Igualmente se citan los supuestos de “penas colectivas” de las que ofrece muestra el propio Derecho inglés con la pérdida o detrimento experimentados por una “Corporation” a consecuencia de faltas de sus administradores; pena esta que BENTHAM califica de innecesaria e inconveniente, por la sola razón de que los culpables son, o pueden ser, identificados y, por tanto, individualizada la sanción; bien es verdad que con ello se desatiende el también posible aspecto de que sea la propia entidad la que se haya beneficiado del hecho delictivo, y sin que pueda invocarse de adverso la imposibilidad de hacer efectiva la sanción, como revela el Derecho de Sociedades (18).

Finalmente, el libro quinto y último de esta obra de BENTHAM se contrae, en su parte primera, a las llamadas “penas complejas”, entre las que aquél incluía diversas inhabilitaciones especiales; mientras que, en la segunda parte, examina con perspectiva crítico-etimológica dos conceptos jurídico-penales británicos: los delitos denominados “felones”, y el “benefit of clergy”, definitivamente abolido en 1827, según puede verse, así como su influjo en ciertas formulaciones de “common law”, en la obra fundamental de Stephen: “History of Criminal Law”, volumen 3.º, página 78 (19).

* * *

En sus “Tratados de legislación”, y ateniéndome por supuesto a la de orden penal, he de comenzar recordando se trata de la misma en la segunda mitad del tomo segundo y en los comienzos del tercero; si bien, por lo que a la división de los delitos respecta, se hace obli-

(18) KENNETH SMITH y DENIS J. KEENAN: *Company Law*, Londres, Pitman & Sons, Ltd., 1966.

(19) En este mismo *Amario*, 1948, núm. 2, p. 259 y ss., puede encontrarse la explicación de la terminología peculiar de las instituciones penales inglesas, en el artículo titulado “Criminal Justice Act, 1948”.

gada la remisión también a las páginas 172 y siguientes del primer tomo (20).

Bajo el título de “Principios del Código Penal” se agrupan cuatro partes, divididas a su vez en capítulos: catorce la parte primera, dieciocho la siguiente; diez la tercera, y veintidós la cuarta.

La parte primera se ocupa de los delitos, y tiene por objeto “dar a conocerlos, clasificarlos y descubrir las circunstancias que los agravan o atenúan. Es el tratado de las enfermedades (sic), que ha de preceder al de los remedios”.

Tildase por BENTHAM de “vulgar, incompleta y propicia al equívoco” la nomenclatura hasta entonces empleada en las legislaciones penales: ¿Qué es un delito? La respuesta depende del aspecto que se contemple. ¿Se trata de un sistema legal en vigor? Entonces será delito todo lo que ha prohibido el legislador. ¿Es acaso una encuesta para dar con las leyes mejores conforme al *Principio de la Utilidad*? En este supuesto será delito “cualquier acto que se considere ha de ser prohibido en cuanto determinante de algún mal, o incluso *propicio* a causarlo”. Esta es la única acepción del vocablo “delito” para BENTHAM.

En sus “Tratados de Legislación”, se clasifican los delitos, en atención al bienestar individual a que atentan, en *privados*, cuando perjudican a determinado sujeto; en “reflexivos”, que sólo dañan al mismo agente y, de hacerlo también a otros, es como mera y natural consecuencia del daño infligido a sí mismo; “semi-públicos” si afectan a una parte de la comunidad (entidad, asociación, gremio) inferior en ámbito al del Estado; pero, en todo caso, el mal que causen ha de ser “futuro”, no a persona o sujeto actualmente determinable.

Delitos “públicos” son los que irrogan un peligro común a todos los miembros del Estado.

En esta clasificación, que el propio autor califica de “ideal” (21), se adoptan las siguientes subdivisiones: los delitos *privados* pueden serlo contra la persona, la propiedad, la reputación, la condición o estado o cualidad (padre, hijo, consortes, patrón, dependiente, ciudadano o magistrado, etc.).

Advierte BENTHAM que los delitos que causan daño en varios de los aspectos citados son susceptibles de designación compuesta: “contra la persona y la propiedad, etc.”. Considera que los delitos “reflexivos” son más bien vicios o imprudencias, dando a entender que la especificación de los mismos sería más bien para sugerir al legislador que actos tales son de los menos indicados a ingresar en la esfera de su competencia.

Los “semi-públicos” estriban sobre todo en la vulneración de leyes protectoras frente a casos de calamidades públicas (enfermedades contagiosas), o de obras del indicado carácter, como ciques y carre-

(20) *Traité de législation civile et pénale*, París, Bossange, Masson et Besson, año X, 1802.

(21) *Traité*s, citados precedentemente, t. III, p. 241, nota.

teras; o preventivas de carestías o penurias; pudiendo consistir también en delitos contra un grupo determinado, de modalidad calumniosa o difamatoria para el honor de un cuerpo, o injuriosos para cualquier objeto de la Religión; en el robo perpetrado contra una entidad; la destrucción de ornamentos de una ciudad. Ambas subdivisiones se fundan en la *calamidad* producida, o en la simple *malicia*.

A los delitos “públicos” se adscriben naturalmente los que atentan a la seguridad exterior, o van contra la Administración de justicia o la Policía, destacando BENTHAM en esta última Institución su carácter eminentemente “preventivo”, no sólo de delitos, sino también de calamidades, asignándole consecuentemente la misión previsora de males y el proveer a las necesidades (22).

Siguen los delitos contra las fuerzas armadas o Ejército: los que atentan al Erario público: disminución de la renta nacional, malversación o distracción de caudales públicos; delitos “contra la población” son en el criterio de BENTHAM los que “tienden a disminuir el número de los miembros de una comunidad política”; los atentatorios a la “riqueza nacional” son los que disminuyen la cantidad o valor de las cosas que integran “la propiedad individual de los miembros de la comunidad”. El delito contra la “Soberanía”, es de problemática definición para nuestro autor, por cuanto se trata de determinar o precisar más bien dónde radica dicho poder supremo (23); pero, en definitiva, ahora se trata de los delitos que tienden a la desobediencia o a desvirtuar las funciones del soberano, “lo que no puede ocurrir —añade BENTHAM— sin afectar de igual modo a la actuación del resto del gobierno”.

Respecto a los delitos contra la Religión, al atribuirle la misión de conservar y fortalecer entre los humanos el temor hacia el Juez Supremo, BENTHAM llega a la conclusión de que “disminuir o pervertir en igual proporción los beneficios que de tales sentimientos obtiene el Estado con vistas a reprimir el delito y promover la virtud”, es en lo que estriban dichos últimos delitos: caracterizados por contrariar o enajenar los efectos de tal “potencia”.

Un capítulo tercero de esta primera parte habla de los delitos “complejos” por oposición a los “simples”; de los “principales” y “accesorios”, que se dan para BENTHAM, por ejemplo, en el caso de “monederos falsos”, en los que realizan la falsificación, revistiendo el carácter de principal el hecho perpetrado por el que entrega en pago moneda de tal procedencia. Registra también los delitos “positivos” y “negativos”, que se corresponden con los de “acción” y “omisión”, respectivamente.

En el capítulo siguiente trata de la “alarma general” como “mal de segundo orden”; es de mayor o menor proporción según la mag-

(22) En la terminología británica, “Policy” no sólo tiene por acepción la nuestra de “Policía”, sino también la de “medidas administrativas o de buen gobierno en cualquier ramo”.

(23) N. PÉREZ SERRANO: *El concepto clásico de Soberanía*, Madrid, 1933.

itud del mal fundamental o de “primer orden” (del que se ocupa seguidamente), según la buena fe del delincuente en el caso en cuestión, la situación que le ha proporcionado la ocasión de perpetrar el hecho, su motivación, la facilidad o dificultad de su frustración, o de ocultarlo o sustraerse a la pena; la cualidad que el delincuente ha revelado al realizar el hecho, la condición del perjudicado, que hará que los de situación análoga puedan o no experimentar la sensación del temor.

Reputaba BENTHAM que en el examen de las circunstancias precedentemente enunciadas se encontraba la solución de los problemas más interesantes de la Jurisprudencia penal.

Para ponderar el “mal de primer orden” (objeto del capítulo quinto), sugiere aquél las siguientes normas: el mal de un delito complejo será mayor que el de los delitos simples en que pueda descomponerse el primero; el perjurio determinante de la condena de un inocente es causa de mal mayor que el que provoca la absolución de un reo del propio delito; el mal de un delito “semi-público” o “público” que se propaga será mayor que el “privado” de la propia nomenclatura: de ahí la razón de que la tendencia a propagarse haga del incendio o de la inundación hechos calamitosos. Por el contrario, el mal de un delito semi-público o público que, en vez de multiplicarse, se divide o disgrega, es menor que el del delito privado de la misma denominación. Los delitos contra la propiedad son los únicos apreciados como susceptibles de tal “reparto”. El mal total de un delito es mayor si acarrea un mal consecuente sobre el propio sujeto (si por causa de una reclusión o de una herida, fracasa un empleo o un matrimonio o un asunto lucrativo, es evidente que estas “pérdidas” incrementan la entidad del mal primitivo); cual si, a causa de una torpeza del sujeto, su esposa o sus hijos llegan a carecer de lo preciso, se produce también el incremento de la entidad citada.

Además de las pautas precedentemente resumidas, ofrece BENTHAM una lista “completa” de las “agravantes”, es decir, de las “circunstancias particulares que incrementan el que llama mal de primer orden”: aumento de la pena física o dolor de la propia índole; del terror; del oprobio; la irreparabilidad del daño; los “sufrimientos agravados” (reveladores de una sensibilidad extraordinaria por parte del perjudicado).

El “mal de *segundo* orden” no es más que “el reflejo del mal de primer orden” impreso en la imaginación particular.

A propósito de la *mala fe*, objeto del capítulo sexto, nos explica la obra de BENTHAM que, así como quien ha cometido el mal con *intención y conocimiento* es reputado por perverso y *peligroso*; el que, al contrario, lo ha hecho sin intención, o sin conocimiento, todo el *temor* que puede inspirar no ha de ser más que el dimanante de su ignorancia o falta de advertencia. Por lo que atañe al entendimiento, puede hallarse a estos efectos en cualquiera de los tres estados o situaciones siguientes: “Conocimiento”, “Ignorancia”, “Falsa opinión”,

ejemplarizados por BENTHAM en el caso del veneno: se ha podido saber que es tal una bebida determinada, o bien ignorarlo; se ha podido creer que sólo causaría un daño leve, o que, en ciertos casos, constituiría una medicina. Con cuanto precede, como “preliminares” para caracterizar la mala fe, pasa BENTHAM, en los siete capítulos sucesivos, a examinar las distintas circunstancias que a su juicio pueden influir sobre la “alarma” que el delito produce.

En tal sentido trata de la situación del delincuente, parangonando los casos del ratero con el supuesto de peculado; la extorsión con el bandolerismo; los casos de seducción y adulterio, generalmente no posibles tratándose de mujeres recién conocidas; de los homicidios para lograr una herencia, con los que se producen en actos vandálicos. Empero observa BENTHAM que, no obstante lo anterior, aun en los casos de alarma menor, ésta será más reducida en razón directa a la escasez de individuos en la misma situación, tratándose de quebrantamientos de depósito, abusos de confianza o exceso de atribuciones públicas o privadas; y, por el propio argumento, si el reo ocupa una posición preeminente la inquietud, o alarma general, pueden llegar a su máxima expresión, aunque, añade, también es cierto que tales nocivos efectos pueden hacerse cesar de un golpe mediante la simple destitución.

La debilidad oprimida, el peligro o debilidad agravados, falta de respeto hacia los superiores, crueldades innecesarias, la premeditación, la conspiración, la falsedad y el abuso de confianza, son circunstancias que, según concurren por parte de la víctima o del delincuente, deben tenerse en cuenta como “agravantes” de la alarma.

Por el contrario, son “atenuantes” la ausencia de mala fe, la propia conservación o de quien nos es querido, existencia de provocación (a cuyo respeto propone BENTHAM como línea de demarcación entre la natural reacción y la premeditación, que no haya pasado o, por el contrario, haya transcurrido una noche: pág. 277 del tomo II); excederse en la defensa el contrario; sometimiento a las amenazas o la autoridad; embriaguez, siempre que no sepa el sujeto que la misma le hace peligroso, y el estado de “infancia”, que no debe rebasar la fase de madurez que le permite salir de la tutela. concretamente, no la mayoría romana de los veinticinco años, sino la inglesa, de veintituno, puesto que —dice al respecto BENTHAM— aun antes de esta edad “ya había conquistado Pompeyo las Provincias, y defendido Plinio el Joven ante la Curia los intereses de sus conciudadanos”.

Tratando de casos en que la “alarma” según él es “nula”, habla también BENTHAM del INFANTICIDIO (concepto que parece circunscribir al del recién nacido) y, aunque poco propicio a que tal clase de hechos sean castigados con la sanción de “delitos principales” (en razón a la susodicha carencia de alarma en sus efectos), concluye, sin embargo, este aspecto abogando por su castigo, *en lui attachant quelque flétissure* (asignándole algún oprobio) (24).

Tras un capítulo decimotercero, en el que considera casos en que

la proporción entre la alarma y el peligro no es exacta; casos de delitos mixtos que entrañan un mal particular y un peligro peculiar a su carácter de delitos también públicos; capítulo éste en que muestra su preocupación por evitar casos que la Historia registra, en los que fue hasta peligroso prestar servicio a la justicia (se refiere a casos, por ejemplo, de la venganza dirigida hacia testigos que depusieron contra malhechores, en los que, naturalmente, la "alarma" es débil, ya que depende la exposición de la voluntad del interesado; más con el consiguiente aumento del peligro); concluye la parte primera con los *Medios de Justificación*: consentimiento, repulsa de mal mayor, práctica médica, defensa propia y autoridades política y paterna.

Sobre esto último, por recobrar actualidad, permítasenos detenernos en dos puntos brevemente:

En cuanto al CONSENTIMIENTO de la víctima: que no pasa por alto que es el propio BENTHAM quien, pese a llegar a decir que *le consentement ôte l'injure*, por cuanto nadie es mejor juez de su propio interés que uno mismo; concluye "admitiendo varias excepciones a la regla: que no haya constreñimiento ilícito, fraude, insinuación ilícita, consentimiento caduco o revocado, demencia, embriaguez, menor edad".

Respecto a la POTESTAD POLITICA Y LA PATERNA, que es impropia la equiparación de ambas. Precisamente en la época de BENTHAM se reconocen las máximas garantías para los individuos frente a los poderes públicos y, por tal fundamento, las resoluciones judiciales se ven mediatizados por la concurrencia del jurado, en un sentido, y por la posibilidad de recursos en otro. ¿Se concedía, en cambio, trato análogo para el poder paterno, omnímodo como en los tiempos de Roma, exento de publicidad por aquello del respeto al domicilio?

En la parte segunda, que trata de los "remedios políticos contra el mal de los delitos", con un criterio analógico se enuncian en una introducción o capítulo primero, como tales remedios, los "preventivos", los "supresivos" (frustrativos más bien, dada la idea del autor), los "satisfactorios" (reparaciones e indemnizaciones), y los propiamente penales, que tienen por objeto la prevención, incluso cuando una víctima ha sido compensada, por el propio autor o por otra persona.

Para lograrlo, ve dos procedimientos BENTHAM: "corregir la voluntad" y "suprimir la posibilidad de hacer daño". Añade que se influye sobre la voluntad mediante el temor; y que el perjuicio se evita mediante un acto físico. Suprimir la voluntad nociva del delincuente, es reformarle; impedirle el daño, es incapacitarle. Un remedio que actúe mediante el temor se denomina "pena". Mas, el mismo inquiere: "¿Tiene este último o no aptitud para incapacitar?" Estima que la respuesta depende de la índole de la pena que se elija. Esta parte trata de los remedios "*preventivos directos*", entre los que

(24) BENTHAM: *Traité de Législation*, t. II, p. 281.

figura la “amonestación” (de carácter “paternal”); la “conminación”, que ya va acompañada de amenaza legal “que intimida mediante un lenguaje severo del Magistrado”; la “promesa de abstenerse de acudir a sitio determinado”, método que recomienda particularmente para las pendencias personales y los manejos sediciosos; la “proscripción” o “destierro”; “caución” mediante fiadores que se obligan al pago de una multa caso de quebrantarse la medida precedente; el establecimiento o asignación de “guardia” que proteja las personas o cosas amenazadas; “secuestro” de armas o instrumentos para perpetrar delito.

En los capítulos sucesivos de esta segunda parte se trata de los “Delitos crónicos” (“*ex actu continuo*”); de los “remedios supresivos” para los mismos; de los medios particulares para prevenir o suprimir la detención o deportación ilegales; de la llamada “Ley marcial”, a cuyo respecto propugnaba la sustitución de la arenga previa, o intimación a los sublevados o sediciosos, un mero toque de atención y que, el que por fin se dirija a los amotinados, lo haga en nombre de la justicia en vez de invocar el del soberano.

Se ocupa seguidamente de la “restitución”, de su naturaleza y fundamento. De sus clases: pecuniaria, en especie, mediante testimonio o manifestación (para rectificar determinados extremos en aras a la veracidad); “honoraria” (para restablecer la honra que el delito haya podido mermar); “vindicativa” (para desagaviar, mediante el placer de la venganza, al perjudicado); y “sustitutoria” (equivalente a la responsabilidad civil subsidiaria).

El capítulo noveno trata de la cantidad de la restitución, ateniéndose a las repercusiones del mal delictivo y, caso de duda, inclinándose en pro del que padeció la ofensa; y se prosigue con la “seguridad de la restitución”, que no se extinguirá, como obligación, por la muerte del culpable; cuantía de tal medida, con propuesta de que entre los delincuentes se distribuya su importe en proporción a sus fortunas respectivas, salvo que exijan lo contrario los diversos grados del delito; pero teniendo siempre en cuenta la iniquidad que implicaría la imposición de cuantías iguales a sujetos de diversas posibilidades económicas.

Después del examen detallado de la restitución en especie, y de la adverbatoria, y que se reputa de gran idoneidad para los casos de haber difundido especies terroríficas a sujetos crédulos, o en los delitos contra la reputación, sin olvidar la suplantación y el plagio; las adquisiciones fraudulentas difundiendo especies equívocas que fomentan el agio o influyan sobre la cotización artificiosa de acciones negociables; perturbaciones del estado civil legítimamente adquirido y, tras, un detenido estudio de las “restituciones honorarias”, con especial consideración del duelo, aboca la obra en el capítulo décimoquinto, dedicado a los “remedios para los delitos contra el honor” (ultrajes verbales, ofensas corporales, amenazas insultantes) que exigen la correspondencia de penas que impliquen satisfacción al ofendido como

la simple amonestación, el ponerse arrodillado ante el mismo el culpable, palabras de humillación, atuendos alusivos, máscaras de la propia clase ("con cabeza de sierpe para los casos de mala fe y de loro para los de temeridad"; páginas 352 y siguientes del tomo 2.^o); con vocatoria de los testigos del agravio para que lo sean amisimo de la reparación; asistencia a la ejecución del fallo de las personas cuya estimación afecta al reo; publicidad de la sentencia mediante selección del lugar en que se publique atendiendo a la concurrencia, o por impresos, carteles, etc.

El extrañamiento, de duración más o menos larga, del lugar donde radica la parte perjudicada o sus amistades. Caso de insultos proferidos en lugares públicos, como iglesias, mercados, teatros, prohibición de acceso a tales sitios. Si se trata de atentado corporal, régimen del talión, a imponer por el verdugo, o por una mujer si se trata de víctima del propio sexo.

Tendía BENTHAM a justificar estos métodos, que califica de "nuevos" basado, por una parte, en la insuficiencia mostrada por los sistemas precedentes y, de otro lado, por entender que los que él proponía "se hallan más adaptados a su fin y encaminados, por su analogía, a revertir sobre el culpable insolente el menosprecio que infligió al inocente ofendido". Llega BENTHAM a afirmar que, de haber establecido los legisladores el sistema reparador por él esbozado, se hubiese evitado incluso llegase a surgir el duelo.

Concluida la segunda parte con sendos capítulos dedicados a la restitución "vindicativa", a la "fiduciaria" y a la "subsidiaria, a cargo del Tesoro Público (caps. XVI a XVIII); la parte tercera se consagra a las "penas" en su diez capítulos, glosando los conceptos de las penas inadecuadas. la proporcionalidad en las de toda clase; ocupándose de la prescripción de las mismas, de los fiadores personales garantes de la conducta del sospechoso hasta el punto de que, si llegare el último a incidir en delito, sufrirían aquéllos, en su defecto, la pena impuesta al mismo.

Trata también esta tercera parte de la "selección" de las penas, de su división, justificando la variedad de las que se proponen y, después del capítulo noveno, relativo a algunas en uso entonces, como la flagelación (cuya "intensidad depende del que las aplica y son por ello propensas a la corrupción), o las que dejan señales "indelebles", entre las que consigna no sólo la pena de "marca", sino también las "mutilaciones" todas las que dejan "estigmas" en suma, y de las que opinan que acolecen de dos inconvenientes: ser dispendiosas si el Estado pecha con la carga de los así mutilados, induciendo en otro caso a la desesperación del penado; aparte la iniquidad de confundir al criminal con la víctima de cualquier accidente, incluso en defensa de la patria. ¡"Nada de penas infamantes!" —añade—, sean o no indelebles", por cuanto descartan toda regeneración posible.

Cierra dicha tercera parte un capítulo acerca de la prerrogativa de "indulto", que se halla en pugna, para BENTHAM, con aquel principio

suyo de reforzamiento de la certidumbre del cumplimiento de las penas, a fin de que las mismas no pierdan la virtualidad, que es una de las razones de que vengán legalmente dispuestas (pg. 432 del t. 2.º).

El sentir de nuestro autor a tal respecto se resume en el propuesta de que “se hagan leyes buenas”, sin crear al paso una especie de “varita mágica” (“baguette”) con aptitud para dejarlas sin efecto. Si la pena es necesaria, no se debe reducir siquiera; de no serlo, mejor no establecerla” (pág. 434).

Finalmente, a través de los veintidós capítulos integrantes de la parte cuarta de sus Tratados de Legislación, BENTHAM sugiere métodos *indirectos* para prevenir los delitos: anulando el poder o aptitud física de hacer daño (a cuyo efecto distinguía entre el poder “interior”, el que depende de las facultades del individuo, “del que apenas es posible privar a ningún humano anticipadamente”; y el poder “externo”, el que se halla a expensas de personas y cosas exteriores con relación a aquel, y de las que se precisa para poder obrar); impidiendo la adquisición de conocimientos de los que pueda hacerse un uso nocivo; previniendo el propósito o voluntad de delinquir; desviando los deseos peligrosos y orientando la imaginación hacia las distracciones más conformes con el interés público; actuando de modo tal que un deseo determinado pueda satisfacerse sin perjuicio, o con el menor posible; evitar se proporcionen estímulos al delito; aumentanço la responsabilidad a medida que las personas se acercan más a la tentación de perjudicar; disminuyendo la “sensibilidad” a dicha tentación, poniendo por ejemplo a este respecto los casos de retribución proporcionada a las dignidades conferidas y otros similiares (25); por medio del fortalecimiento de la impresión que produzcan las penas en la imaginación; facilitando el conocimiento del cuerpo del delito; brindando interés a quienes contribuyan en la prevención delictiva; intensificando los medios de reconocer y dar con los delincuentes; o las dificultades de evadirse; reducir la incertidumbre de los procedimientos y de las penas; prohibir aquellos actos, indiferentes en sí, pero que, con otros, determinan la realización de hechos delictivos; fomento de la benevolencia; empleo del recurso del honor, o sea, de la sanción “popular”; hacer lo propio con el estímulo religioso, considerado —prosigue BENTHAM— “únicamente en relación con el bien de la sociedad política” (26).

“La mejor manera de instruir estriba simplemente en publicar los hechos; mas, a veces, conviene ayudar al público a que forme su opinión sobre tales hechos... La experiencia ha demostrado que, contra lo que era de esperar, las publicaciones oficiales (“papiers publics”) son unos de los mejores medios de dirigir la opinión... En ellos, la instrucción puede descender del gobierno al pueblo, o viceversa; ...para comprender toda su utilidad, remontémonos a los tiempos en que tales medios no existían, y podremos considerar las imposturas ... que

(25) MILLOT, ABBÉ: *Histoire de France*, t. I, reinado de Enrique I.

(26) Página 134 del t. III de los *Traitées*, París, Bossange, etc., 1802.

lograron prevalecer donde el pueblo era analfabeto... La principal instrucción debe contraerse al conocimiento de las leyes... El legislador podrá influir sobre la opinión pública mandando componer un cuerpo de Moral política, análogo a los legales y distribuido en igual forma... Las cuestiones más delicadas atinentes a cada profesión podrán ser esclarecidas. No será preciso limitarse a lecciones áridas: mezclando trozos históricos bien escogidos, se obtendrá un manual ameno para las personas de cualquier edad... La composición de tales Códigos equivaldrá, por así decir, a dictar, a exponer las apreciaciones que debe formar la pública opinión sobre las diversas cuestiones de política y de moral. Con método análogo se podrá añadir a tales Códigos, una colección de prejuicios populares, con las consideraciones que les puedan servir de antídoto..." (págs. 148 a 152).

Con lo precedente, más unos capítulos relativos al "provecho que puede sacarse de la solución", a las "precauciones generales contra el abuso de autoridad", y a las "medidas que deben adoptarse para restringir los efectos del delito ya perpetrado", concluye la exposición de los referidos "métodos indirectos" para prevención de la delincuencia, y con ello también da fin el "Tratado de Legislación Penal", de BENTHAM.

Mas nosotros no lo haremos, sin antes recoger otra sugerencia del filósofo utilitario, sin duda hoy superada, pero que, en sus días, tenía el mérito de la ocurrencia, que, no por carecer de peculiaridad, deja de proporcionar observación curiosa e interesante. Se trata de los "seguros privados" en defecto de unos "fondos de compensación" nutridos por los propios delincuentes.

Y, a tal propósito se ponderan las ventajas de los seguros, institución ingeniosa en la "que el asegurador se halla dispuesto a soportar la pérdida, habiendo considerado la prima que recibe como el equivalente o compensación del riesgo que corre". Mas es fácil comprender el inconveniente que esto último implica para los efectos perseguidos, ya que "siempre hay que pagar dicha prima, que es una pérdida cierta, para prevenir una pérdida posible, pero incierta". Ello hace tornar su vista al autor hacia los "seguros públicos", a cargo de entidades oficiales, donde también encuentra los reparos de considerarlos "más expuestos al fraude y a la prodigalidad"; y ello por albergar BENTHAM la creencia en este caso de que "las pérdidas que recaen sobre los individuos, proporcionan toda la fuerza posible a los incentivos de la vigilancia y de la economía".

* * *

Creo no debe finalizar esta exposición sin poner de relieve primeramente la personalidad filosófica de autor de tal enjundia como JEREMÍAS BENTHAM, y sin que para ello sea preciso reiterar lo manifestado por otros que le han estudiado desde tal perspectiva: ya sabíamos que su doctrina descansa en un "hedonismo psicológico" (27), si

(27) P. F. COPLESTON: *Ob. cit.*, p. 8 del vol. XVIII.

bien yo me permitiría calificarlo mejor de “dialéctico”, y no por mero afán de matización sistemática, ni por lo que la formulación de aquel tiene de doctrinaria: un doctrinarismo muy propio de su época todavía y de quienes en ella, como él, pretendieron recuperar retrasos en el diapason de las corrientes progresivas valiéndose tan sólo de la instrumentación lógica; una lógica que a veces nos acercaría a la hilaridad si esta no implicase, sobre todo en este caso, incomprensión de ciertos tiempos y costumbres. Por otra parte, a BENTHAM es muy fácil comprender, aunque mucho se deba a Dumont por la ordenación y traducción de sus notas, luego paradójicamente vertidas al inglés.

La envergadura de los trabajos de BENTHAM obliga a pensar y, por tanto, es propicia a la meditación, merced a la cual he podido corroborar lo dicho por Paul Hazard a propósito de los tiempos e ideología del autor inglés: por entonces “comenzó a tomar forma una teoría sobre la Moral conforme a las nociones *lógicas* de los filósofos de la Escuela de la ilustración...” (28).

En el aspecto filosófico el único reparo que se puede oponer a BENTHAM (aunque no sólo a él entre sus coetáneos), es el de haberse encasquillado en sus razonamientos cuando, por los antes aludidos avances de su época podía haber utilizado para sus obras las sugerencias que le debían proporcionar los ya sorprendentes resultados de la técnica y el estudio de las ciencias naturales, unidos a su talento inegable y no exento de intuición en muchos casos.

Acaso por estos últimos “atributos”, cual él diría, es en el campo jurídico donde sus obras han logrado mayor supervivencia, sin que las filosóficas dejasen de formar su “estrato”, pues el influjo de aquellas en el Derecho de muchos países es evidente, aunque no total, acaso por no haberse querido percatar que no puede lograr permanencia, ni general aceptación un ideario que, en definitiva, descansa en criterios “cuantitativos”, muy conformes con las proclamas de la revolución francesa; pero que parecen olvidar que en el Derecho hay también algo mutable, que evoluciona al compás del ritmo de la sociedad que ha de regir, si no es incluso esta última la que lo forma o formula.

Lástima que aquella su intuición no previera la proximidad, casi inminente, de una consideración auténticamente científica del delito, que tanto le hubiese auxiliado en su bien orientada idea de la “prevención”: esas concretas aplicaciones de la psicología al individuo y a la sociedad, así cual otros aspectos de la criminología, que aún hoy se consideran “acuciantes”; pese a lo mucho que se lleva trabajado sobre el particular, pero sin sistema de conjunto, que eso sí lo hubiese ofrecido BENTHAM (29).

(28) *Ob. cit.*, Ed. inglesa por Hollis y Carter, 1954, p. 364.

(29) JULIUS GRANT: *Science for the Prosecution*, Londres, Chapman and Hall, Ltd., 1941; L. RADZINOWICZ: *The Need for Criminology*, Londres, Heinemann, 1965.

Requiem para un amigo . . .

VALENTIN SILVA MELERO

Catedrático de Derecho procesal y Magistrado del Tribunal Supremo

Creo que fue EMIL LUDWIG, en su "Autobiografía de un biógrafo", quien calificó a la amistad como algo sagrado, y también excepcional, naturalmente con referencia a la auténtica y verdadera, y no a la que se reconduce a meras fórmulas epistolares.

Pienso que es verdad también, que la expresión "amigo" no debería ser empleada más que en raras ocasiones, pero se me permitirá sin embargo, que en esa coyuntura, me atreva a decir, que con la muerte del profesor Quintano Ripollés yo he perdido un amigo, y si me atengo a la valoración aludida, fácil será deducir lo que ello ha representado para mí.

Por eso al corresponder al honor que me dispensa la Dirección del Anuario, de incluirme entre los prestigiosos colegas, que rinden en este fascículo homenaje al que fue ilustre Maestro de la Universidad de Madrid, es lógico que no pueda sustraerme a la actualización de recuerdos, acontecimientos, vivencias y añoranzas, ya que dados los vínculos que nos unieron a lo largo de casi cincuenta años de una amistad sin eclipses, predomine en mi memoria mucho más el hombre que la obra

* * *

Las noticias que he podido reunir sobre el abolengo de la familia Quintano se remontan al siglo XIV, según resulta de Expedientes de Ordenes Militares que se instruyeron a vástagos de este linaje y los antecedentes sobre el origen del apellido y los blasones nos retrotraen a los tiempos de la Reconquista. El lugar de procedencia se localiza en Quintanamace, antigua aldea de Medina de Pomar, en la provincia de Burgos, y en el primer Escudo familiar aparece ya un león, signo, sin duda, de la bravura demostrada en la pelea.

Después, a lo largo de los siglos, los sucesores, aparecen en las páginas de la Historia española como Alcaldes, Capitanes de los Tercios de Italia, Caballeros de Calatrava o Santiago, Almirantes, Maestros de Campo, Procuradores en Cortes o Regidores. Añadimos un Cardenal, don Pedro de Quevedo y Quintano. Un Rector de la Universidad de Bolonia y hasta un Inquisidor General, don Manuel

Quintano Bonifaz, Confesor de Fernando VI, y que hubo de pechar en los días de Carlos III con los vientos de la Ilustración, sin que falten Promotores Fiscales, Arcedianos, Consultores, Magistrados y otros Juristas que alcanzaron gran prestigio. Progenie ilustre de la que podía sentirse orgulloso nuestro extinto colega, pero acerca de la cual no hablaba nunca, o sólo con carácter excepcional, cuando se suscitaba algún acontecimiento histórico que ocasionalmente se relacionara con alguno de sus antepasados.

* * *

Nació el Profesor Quintano Ripollés en Burgos, el 26 de julio de 1905, y parece que durante su infancia fue tan inquieto como travieso, lo que le proporcionó los consiguientes castigos y correcciones, y sin que se observara en él, precoz inclinación al estudio, en el que fatigosamente ascendía gracias al "estímulo" de algún palmetazo y no pocos coscorriones.

Cuando yo le conocí en Oviedo, allá por los años veinte, me pareció inicialmente un muchacho más bien extraño, que vestía de forma un tanto atrabiliaria; pantalones más cortos que los que entonces se usaban, chalina, botines, zapatos y guantes amarillos. Se envolvía en una capa española que parecía de la época de Esquilache, probablemente anterior al famoso motín, y no abandonaba nunca una pipa de espuma de mar, a la que daba incesantes chupadas. El conjunto, como puede suponerse, no era el más a propósito para aventurar pronósticos favorables sobre aquel universitario novel.

* * *

Sin embargo, ya cuando entré por primera vez en su casa, a los pocos días de nuestro ingreso en la Universidad, pude darme cuenta de que estaba equivocado, y que la "fachada" nada tenía que ver con la realidad. Aquel joven de dieciséis años, poseía ya una biblioteca selectísima que evidenciaba aquella pasión por los libros que no le abandonó nunca. La "joya" era una de las primeras ediciones del Quijote, que a sus amigos siempre nos estuvo vedado tocar para no "contaminarla" con las que calificaba festivamente de "manos impuras".

Por entonces, la capital del viejo Principado de Asturias, podía mirar ya mil años atrás, desde sus piedras venerables, donde el Arte y la Historia se abrazaban como las águilas bicéfalas de viejos blasones. Ciudad eminentemente universitaria, porque el legado del Arzobispo Valdés Salas, que fundó la Escuela Ovetense, imprimió carácter a la vida local, irradiando a toda la provincia el abrazo del Alma Mater, y aunque la conmoción de la primera Guerra Mundial comenzaba a sacudir el inmovilismo secular, Oviedo era todavía una constante apelación al espíritu, en sus Ermitas, Monasterios, Iglesias

y Palacios, patinados por el tiempo, y en cuyos muros se reflejaban en la noche las sombras de las luces mortecinas de los faroles de gas.

Ciudad, pues, para meditar y replegarse sobre la propia conciencia, que certificaba en piedra una historia imponente, cargada de trascendencias, y para nosotros, que comenzábamos los estudios superiores, la impresión inolvidable de los ecos de una época gloriosa de la vieja Universidad, y con la constante evocación y recuerdo de nombres estelares, y la presencia permanente de Feijoó, de Jovellanos y de Clarín.

* * *

Así fue nuestro mundo circundante inmediato de aquella época, con la influencia que es de suponer y a la que no cabía evadirse, marco, por lo demás, muy a propósito para cautivar a quien como Antonio, perdóneseme la familiaridad, gustaba deambular por los viejos rincones de la ciudad, entre dinteles, soportales y arcos, parándose ante un Escudo, o acariciando una columna, tratando de desentrañar una inscripción, o revolviendo libros viejos y, muchas veces, paseándose por el Claustro de la Catedral mientras su mirada águilina se perdía en un sarcófago, un capitel, una imagen, un cuadro o una gárgola.

Aunque en aquel tiempo la Universidad ovetense había perdido su resonancia de antaño, contaba, sin embargo, con una pléyade de eminentes Maestros, que tuvimos la fortuna singular que nos dirigieran, orientaran y formaran. De ellos guardamos, todos los que fuimos sus discípulos, un recuerdo imborrable, y pienso que la huella que en nosotros dejaron fue decisiva en nuestra ulterior dedicación.

Quintano Ripollés, no fue oficialmente un estudiante excepcional ni mucho menos, superaba las pruebas de exámenes con facilidad, pero no parecía sentir la menor vocación por los estudios jurídicos, y hasta tal punto es esto exacto que, al terminar la licenciatura en Derecho, pensó seriamente en convertirse en marino, proyecto del que desistió en seguida.

Y puesto en el trance de tener que enfrentarse con el porvenir, preparó, pienso que con desgana, las Oposiciones a la carrera Fiscal, en la que ingresó siendo destinado a la Audiencia de Oviedo.

* * *

Pero como la vida de Antonio, puede escindirse en etapas perfectamente diferenciadas, conviene detenerse todavía en aquellos años de la Universidad que fueron los que moldearon, sin duda, su carácter.

Diré, además, que no resultaba fácil captar su personalidad: de apariencia frívolo y superficial, en la realidad, complicada y trascendental, facetas temperamentales que alternan en mis recuerdos, con el riesgo de que la semblanza no se acomode a la realidad, pero no

creo arriesgar mucho, si digo que sentía avidez por buscar el secreto de las cosas, que poseía una extraordinaria sensibilidad para captar la belleza, un anhelo irreprimible de libertad, y una proyección incansable hacia lo desconocido y lejano, así como una reverencial devoción hacia todos los llamados valores culturales.

La verdad es que Quintano fue un viajero incansable desde la adolescencia. Desde que muy joven visitara París por primera vez, su presencia en la capital de Francia era casi todos los años como una obligación. Personalmente pude comprobar, cómo conocía todos los rincones y, por supuesto, todos aquellos lugares que fueron testigos mudos de acontecimientos de relevancia histórica y cuyas sombras van creando la atmósfera real de una ciudad. Yo creo que le gustaba París por aquello que decía Carlos V en 1539: "Las otras ciudades son ciudades... París es un mundo...".

Aún en aquellos años de estudiante universitario a los que me estoy refiriendo, tuvo ocasión de conocer Italia, que recorrió de Norte a Sur. Marchó por las viejas calzadas romanas, buscando las huellas de un pasado que colmaba su espíritu, llenándolo con las transparencias de la latinidad. Sentía pasión por el Renacimiento, probablemente por aquello del "retorno a lo antiguo" o, quizás, por el culto a la belleza, que dado su temperamento artístico, le entraba a raudales por los ojos, colmando su espíritu con las luces deslumbrantes del Mediterráneo. Después, hasta su muerte, todos los años se ausentaba de España para realizar algún viaje, en un caminar incesante y casi increíble por sus dimensiones espaciales.

* * *

Allá por el año 1933 llegó Antonio a Viena camino de Rusia. El país que cambió el curso de la Historia del mundo con su Revolución, atraía su curiosidad implacable. Unos años antes había estado yo en la capital de Austria, y cuando regresé hablamos mucho de aquella ciudad que, pese al traumatismo de la primera Guerra Mundial, todavía vivía, pensaba y sentía musicalmente. El se reía de mi "romanticismo" que efectivamente rezumaba vales, Archiducos y pistolazos, pero..., ironías de la vida, él tan "clásico", fue precisamente en Viena donde conoció a la que después fue su esposa, la Doctora Juana Heilpern.

Cuando regresó de Rusia traía una tremenda decepción. Solía decirme que vio claramente lo que querían ocultarle. Palabras que daban la medida de su penetración y sentido crítico, que hacía posible que situara siempre cualquier problema en su exacta, específica y concreta dimensión. Naturalmente me habló de aquella vienesa que había conocido, con tal entusiasmo, que comprendí que estaba anemorado...

* * *

Pero un día hubo de cambiar el rumbo de su andar incansable. Debía trasladarse a Alemania. Le habían designado Magistrado del Tribunal Internacional del Plebiscito del Sarre. Lo encontré ocasionalmente en Bonn, hoy capital de la Alemania Federal como es sabido, entonces una ciudad universitaria tranquila y pulcra, asomada al Rhin caudaloso y paternal, con sus mitos, leyendas y romances. Comentamos, como era lógico, la música wagneriana, los amores de Goethe, la tragedia de Beethoven, las leyendas mefistofélicas o los romances de Heine, y también la nueva orientación de Alemania después de el advenimiento del Nacional Socialismo, y cuando Antonio regresó a España contrajo matrimonio, el 8 de junio de 1936, precisamente en el Monasterio del Escorial, con licencia especial.

Desde aquel momento pude observar que se había producido una mutación de trascendencia en el modo de ser de Quintano, aquel hombre que parecía desinteresado de los problemas jurídicos fuera de lo que concretamente le imponía su dedicación oficial, comenzó a sorprendernos con las primeras publicaciones: "Problemas jurídicos de la cuestión del Sarre" y la "Introducción al Derecho público alemán". A partir de entonces van apareciendo una serie de trabajos sobre Filosofía del Derecho, Derecho Penal, o Derecho Internacional, y sucesivamente toda esa obra ingente que nos ha legado, que lo elevó a la cima que alcanzaron los más preclaros juristas contemporáneos. Un centenar de publicaciones por lo menos, constituye la ingente aportación que ha enriquecido la cultura jurídica mundial y que han quedado como pedestal roquero de su paso por la vida y como monumento perenne de sus constantes desvelos.

* * *

No trato de enumerar, comentar o detallar la obra del Maestro. Destaco, sin embargo, que en ella trasciende la lealtad a la vocación docente e investigadora, presentándose siempre como intelectual puro, rindiendo culto a la mayor honestidad científica sin concesiones a la propaganda o a la publicidad, con la mayor naturalidad, modestamente y sin jactancia ni soberbia.

Al llegar a este punto tengo que insistir en la sorpresa que me produjo el derrotero de esta vida, tan asendereada, en su segunda mitad. Me lo explico porque, cuando llegó a la investigación sobre temas jurídicos, poseía ya un bagaje cultural extraordinario, pues conocía bien la Historia, la Filosofía, la Literatura y el Arte, dominando varios idiomas, y el Derecho se le reveló pura y simplemente como un valor de la cultura, por eso, quizás, tituló así el discurso de Ingreso que el 26 de febrero de 1966 leyó en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, y precisamente porque desde la adolescencia se había sentido atraído por todo lo que significara finura de espíritu, y conocía bien el mundo y la vida, pudo superar dogmatismos cerrados, produciéndose respetuosamente con la opinión ajena,

y también con tolerancia comprensiva para cualquier punto de vista doctrinal o ideológico, siempre que fuera correctamente expuesto y razonablemente planteado. Naturalmente, no fue fácil lograrlo, era la consecuencia de una voluntad férrea que dominó un temperamento impetuoso y apasionado y cualquiera que fuera el tono de la controversia o el calor de la discusión, una sonrisa comprensiva, unas palmadas afectuosas o un apretón de manos, eludía posibles derivaciones, discrepancias, o estridencias.

* * *

En el mes de septiembre del pasado año me informaron que Quintano estaba enfermo, y sin saber por qué, ya que la noticia no era concreta, tuve el presentimiento de que se trataba de una dolencia grave; fue, sin duda, una triste y misteriosa corazonada.

Cuando desgraciadamente se confirmaron mis aprehensiones, ya que desde el primer momento en que lo visité tuve la sensación de lo irremediable, experimenté una tremenda conmoción. Durante meses luchó con la enfermedad sin perder la serenidad, o quien sabe si tan poco la esperanza. Su esposa, admirable, que sabía lo inexorable de la dolencia, lo animaba con una entereza verdaderamente ejemplar. Aun en aquellos días superándose a sí mismo, trabajó en el cuarto tomo de su magnífico "Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal" y orientaba a su hijo Juan Antonio en sus estudios, mientras yo trataba de minimizar los síntomas, aparentando un optimismo en el que no creíamos ninguno de los dos. Afrontó el tránsito con ejemplar resignación y murió cristianamente el 9 de enero del presente año.

* * *

Víctor de la Serna recordaba un día el verso del poeta del *Mio Cid*: "*Mas a gran onrra tornaremos a Castilla*".

Son las palabras del Caballero de la barba vellida al abandonar Burgos camino del destierra. Se las dijo a sus leales: a Marín Antolínez "El burgalés cumplido", a Minaya, Alvar Fáñez.

Yo también, como aquel ilustre escritor, dejo la cita temblando como cuerda de arpa o grímpola de navío. También Antonio volvió a Burgos, con la mayor honra, un día de invierno, cuando las tierras de pan llevar soñaban recuerdos de trigo y amapolas, bajo la nieve que caía incesantemente, en el momento en que el cuerpo sin vida del que fue Ilustre Magistrado del Tribunal Supremo, descendía a las entrañas del panteón familiar, sito en el pueblecito burgalés de Salas de Bureba, donde radica la casa solar vieja ya de tres centurias. En aquel instante quién sabe si la gloriosa legión de antepasados, presenciaba desde el más allá, cómo el vástago de tan ilustre linaje, había sabido también entrar en la Historia por la puerta grande de la Inmortalidad.

El juez de ejecución de penas en Francia

DOMINGO TERUEL CARRALERO
Magistrado

SUMARIO: Dedicación.—I. *Antecedentes e historia*.—II. *Nombramiento y número*.—III. *Auxiliares*. a) Agentes de Prueba. b) Asistentes Sociales. c) Otros funcionarios.—IV. *Sus funciones*. A) En establecimientos penitenciarios en general. a) Poder de decisión. b) Deber de informar. c) En materia disciplinaria. d) Como poder de control. e) Visitas. B) En prisiones centrales y para relegados. C) En medio abierto. a) En materia de condena o libertad condicional. b) En la medida de destierro. c) En función de ayuda post carcelaria. d) Respecto a los vagabundos. e) Especiales del de París.—V. *Su funcionamiento*. a) Instalación y personal. b) En medio, abierto. c) En medio cerrado.—VI. *Conclusión*.—VII. *Bibliografía*.

“La creación de Jueces, especialmente dedicados a la ejecución de penas, como existen en las vecinas naciones de Francia y Portugal, deberían serlo también en España, donde la intervención judicial presente no pasa de ser un formulismo de problemática eficacia.” Estas palabras escritas por Quintano en la última de sus obras (Comentarios al Código penal, 2.^a edición, pág. 396) las lei como una consagración de los esfuerzos que en esta dirección había yo realizado. Ahora, al buscar tema que desarrollar para el trabajo en su memoria y homenaje, se me presentan, como un mandato, del que, cuando era superior en todo, no dio órdenes, sino formuló sugerencias y estimuló curiosidades y realizaciones.

I. *Antecedentes e historia*.

I. La vigilancia de la ejecución de las penas atribuidas tradicional y unánimemente al Juez en el antiguo régimen, desaparece con la legislación revolucionaria y napoleónica en los sitios donde

ejerció influencia, sin que pueda decir, después de haberlo buscado concienzudamente, cuál es el fundamento doctrinal de este abandono de funciones en la Administración, que no justifica la división de poderes que atribuye al Ejecutivo el cumplimiento de lo legislado, no así el de lo juzgado que no se discute doctrinalmente que no sea función judicial, así nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial establece en su artículo 2.º, que corresponde a los Jueces y Tribunales juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado.

La vuelta al sistema de intervención judicial, más o menos directa, se presenta como una liberación del que cada vez aparece más arcaico sistema napoleónico, de abandonar a la Administración la ejecución de las penas impuestas por los Tribunales. La precede una larga elaboración doctrinal basada: en una ampliación del principio de legalidad a la ejecución de las penas de los neoclásicos y escuelas intermedias (Cuello Calón); se estima que el juez que pronuncia la sentencia fija también un cuadro general de ejecución (Falch); la sanción no ha de ser punitiva sino correccional, la sentencia no puede contener pronunciamientos definitivos (Dorado Montero); surge la idea en positivistas y neopositivistas de aplicar medidas de seguridad revisables periódicamente; según la nueva defensa social el proceso empieza con la comisión del delito y no termina más que con el cumplimiento de la pena en su concepción más amplia (Marc Ancel).

Este proceso se refleja legislativamente en diversas leyes de diversos países. El Código de procedimiento italiano de 1913 da intervención al Juez en la ejecución de las penas y ya en el 1930, el de Rocco crea el Juez de vigilancia. Brasil imita el sistema italiano y establece el Juez de ejecución de penas en 1940, y Portugal lo establece en 1954, los Países Bajos en 1953 crea una Comisión de Vigilancia presidida por el Juez, sistema de comisión que se establece en Bélgica en 1964.

A esto corre paralela una modernización de las leyes de procedimiento que regulan la ejecución de las penas. Sólo el nacionalsocialismo es contrario al funcionamiento de estos jueces (Casabianca).

En Francia la promulgación del Código de Procedimiento Penal que entra en vigor en 1959, ha sido un acontecimiento notable. Dedicó su libro V y último, a los procedimientos de ejecución, resolviendo así el lugar que las normas para ello han de tener en la legislación y reforzando al hacerla sistemática y en sus normas más permanentes que las de las disposiciones administrativas, la garantía penitenciaria está más asegurada, ninguna pena puede ser ejecutada de manera distinta a la establecida en las leyes.

La gran novedad de esta legislación es la aceptación y regulación de dos instituciones que en cierto modo funcionaban ya parcialmente, la "sursis avec mise a l'épreuve" y el juez de ejecución de penas. Su originalidad es confiar en un Magistrado, el Juez de ejecución de penas, la dirección de la prueba de conducta, en lo que en

España es la condena y libertad condicional y la ayuda, por un Comité que preside, a los excarcelados.

Debido a la manera de cómo la institución de la sursis o probación fue admitido en Francia, al origen pretorio en aquel país en el que existía un comité de ayuda postcarcelaria presidido por un juez y en el que empezó a retrasarse la orden de ingreso en prisión para cumplimiento de las penas cortas de privación de libertad, mientras el condenado observase buena conducta, pidiéndose el informe de ella al presidente del comité, el que empleaba para ello sus asistentes sociales y no daba la orden de cumplimiento de la pena mientras la conducta observada fuese buena, pasados cinco años desde que la pena se impuso se declaraba prescrita y por lo tanto no se cumplía. No tiene nada de particular que cuando se admite en el Código de procedimiento la sursis y se crea el Juez de Ejecución de Penas para este cargo se designe al Presidente del Comité de Ayuda postcarcelaria que ejerce así una doble función o la misma función en un doble aspecto.

Esto en cuanto a su actuación en medio abierto. En medio cerrado, dentro del interior de las prisiones se le encomienda también, como veremos, funciones que no son sólo la visita de cárceles que los Reyes Católicos ordenaron a sus Justicias, que recuerda Marc Ancel, cuando explica su funcionamiento, sin otros cuyo detalle se expondrá.

Con estos antecedentes creo que es ya hora de dibujar esta figura en el cuadro de la legislación francesa, según los preceptos legales que regulan su nombramiento, auxiliares y funcionamiento determinándolos para una posible facilitación del trabajo del que quisiese una comprobación, concreción o ampliación de lo aquí expuesto para un primer conocimiento, valiéndonos para ello de las publicaciones de la Administración penitenciaria que divulgaron su creación y del Code de Procedure Pénale, editado en 1961 por el Journal Officiel de la République Française, citándose sus preceptos y los de los Reglamentos y Disposiciones adicionales, que lo complementan en busca de una mayor autenticidad.

II. *Nombramiento y número.*

Estos Magistrados se nombran por Decreto, por tres años renovables por acuerdo del Ministerio, previo informe del Consejo Superior de la Magistratura. Pueden cesar en sus funciones por acuerdo tomado en la misma forma. En caso de ausencia o enfermedad son sustituidos por otro Magistrado del Tribunal de que dependen (721 C. P. P.).

Son actualmente 140 en el territorio metropolitano (D. 115).

Auxiliares.

Son ayudados en su misión por:

a) *Agentes de prueba* que pertenecen al Cuerpo de educadores de la Administración Penitenciaria (D. 548), nombrados por el Ministerio de Justicia, para la prueba de conducta de los que disfrutan de condena o libertad condicionales (R. 54), a los que deben visitar e informarse de su conducta y de sus medios de existencia (R. 26) estando obligados a guardar el secreto profesional (D. 562).

b) *Asistentes sociales* tanto benévolos o no profesionales de buena voluntad y antecedentes, que no cobra sueldo alguno, como profesionales. Uno y otros son nombrados por el ministro los profesionales entre los de los servicios exteriores de la Administración Penitenciaria (D. 550). Están obligados a guardar secreto profesional (D. 462) y encargados de ayuácar a los agentes de prueba en las diligencias necesarias para asegurar a los condenados y sus familiares la ayuda material y moral que requiera su situación (D. 560) y de suministrar a la Autoridad Judicial y Penitenciaria toda la información necesaria para la clasificación de los penados y su tratamiento penal y post penal (Decreto 462).

c) *Otros funcionarios* auxilian también al Juez de Ejecución de penas como Delegados que obran en su nombre, miembros activos encargados de las funciones de secretaría y miembros de honor y benefactores en los comités de condena condicional (D. 547). Los delegados son admitidos por el Ministro a propuesta del Juez en las condiciones fijadas en la orden de nombramiento, no perciben retribución alguna y pueden ser destituidos por el Ministro, y en caso de urgencia suspendidos por el Juez o por el Procurador de la República (D. 551). Los miembros activos son designados por el juez como Presidente del Comité y elegidos entre personas especialmente calificadas para aportar una colaboración útil al Comité (D. 552). Entre estos miembros la cualidad de benefactor es conferida por el Presidente a ciertas personas en razón a su concurso material o financiero y de miembros de honor a ciertas personalidades en razón de sus funciones y del interés que llevan al Comité (D. 553).

IV. *Sus funciones.*

Las expondremos con alguna mayor amplitud que el esquema publicado por la Administración Penitenciaria para un mejor conocimiento de ellas, pero siguiéndole para una mayor claridad en la exposición.

A) *En establecimientos penitenciarios en general.*

En términos generales debe asegurarse la individualización de la ejecución de la sentencia judicial orientando y controlando las con-

diciones de su aplicación sin poder sustituir a la autoridad penitenciaria (D. 116).

a) *Decide sobre:*

La colocación en el exterior de un condenado en vista de su empleo en trabajos controlados por la Administración (D. 119 y D. 121, D. 126 a D. 135).

La admisión a un régimen de semilibertad (D. 119 y D. 136 a D. 141); acordando reglas especiales para respetar las horas de salida y regreso según la particular condición del empleo y la personalidad del condenado (D. 139).

Determinar la cantidad que ha de entregar al Director del establecimiento del producto de su trabajo (D. 140).

Las condiciones de buena conducta que ha de observar para continuar en régimen de semilibertad (D. 138) y sobre el permiso de salida en circunstancias especiales (D. 119 y D. 142 a D. 147).

Determina los informes que han de emitir los jefes de establecimientos que estime útiles (D. 119).

b) *Informar sobre:*

Cada reglamento que se forme en cada prisión (D. 255):

Las solicitudes al Ministro de Justicia de nombramiento de Visitador de prisiones (D. 473).

Las solicitudes de los penados para ser admitidos a un régimen especial (D. 491).

Las propuestas de admisión a libertad condicional (art. 730 Código Procedimiento Penal 528).

c) *En materia de disciplina:*

Aunque en principio no puede inmiscuirse en esta materia, puede, sin embargo:

Variar a título de castigo y dejar sin efecto alguna medida benéfica que hubiese acordado (D. 249) pudiendo acordar, por el contrario, a título de recompensa algún beneficio de su competencia principalmente un cambio de régimen (D. 252).

Proponer su traslado de establecimiento o mejora de grado sobre todo como consecuencia de algún acto de valor o de sacrificio (Decreto 252).

Tomar la iniciativa de formar un expediente de liberación condicional (art. 722 C. P. P.).

d) *Como poder de control:*

Lo ejerce, en general, sobre las modalidades del régimen de los condenados:

Recibe a título de información un ejemplar de toda circular destinada a los servicios exteriores de la Administración penitenciaria

y una copia de las memorias del Director Regional de los servicios penitenciarios (D. 201).

Debe recibir noticias de togo incidente grave referente al orden a la disciplina o a la seguridad de la prisión si concierne a un condenado (D. 280).

e) *Debe visitar:*

Al menos una vez al mes, los establecimientos penitenciarios (artículo 727 C. P. P., D. 176), para comprobar sobre todo:

El registro de entradas (D. 149), que firmarán cada visita (C. 862).

El registro de salidas a trabajar en régimen de semilibertad o por circunstancias extraordinarias (art. 722 C. P. P., D. 152).

El de proposición de libertad condicional (D. 527), oír a los reclusos que lo hayan pedido (D. 259), hacer las eventuales observaciones a las autoridades para que den curso peticiones (D. 176).

B) *En las prisiones centrales y para relegados.*

Aun tiene funciones especiales en estos establecimientos como:

Decidir en cada uno de ellos las modificaciones más importantes que se pueden aplicar al régimen de cada detenido teniendo en cuenta las condiciones de éste, su función de trabajo y su enmienda (D. 95).

Presidir donde la haya la Junta de clasificación (D. 95 y D. 96), y donde existan los Centros de observación (D. 72 y 498).

Tomar las decisiones destinadas a individualizar el régimen de los relegados (D. 498), y

Sobre todo designar los que pueden ser admitidos a un régimen de semilibertad (D. 137).

C) *En medio abierto.*

a) *Respecto a los que disfrutan de la condena o libertad condicional:*

Se explica por el origen las atribuciones que se le encomiendan como Presidente del Comité encargado de realizar las medidas concernientes a los libertados condicionados (art. 731 C. P. P., D. 538).

Vigilando la realización de las medidas de asistencia y control destinadas a facilitar y comprobar la readaptación del liberto (art. 731 C. P. P. y D. 534).

Comprueba la observación por el liberado de las obligaciones que se le puedan imponer sobre residencia obligatoria, concurrir a sus llamamientos y recibir e informar a sus agentes sobre sus medios de existencia (D. 533).

Autorizar el cambio de residencia después de consultar al Juez de aplicación de penas y al prefecto de la residencia elegida (D. 534).

Autorizar igualmente todo desplazamiento al extranjero superior a ocho días (C. 934).

Proponer el cambio de las condiciones con las que la libertad con-

dicional se concedió (art. 732 C. P. P.), y aun la revocación de dicha concesión o emitir informes sobre ella (art. 733 C. P. P.) y la detención provisional (art. 733 C. P. P.) hasta que en el plazo de tres días resuelva el Tribunal (art. 742 C. P. P.).

Pedir al Tribunal, cuando lo merezca el comportamiento del vigilado que se tenga por no puesta la pena (art. 743 C. P. P.), pudiendo proponer la variación de las medidas tomadas respecto al liberado o beneficiario de la condena condicional (732 C. P. P.).

b) *En la medida de destierro* o interdiction de sejour :

Interviene proponiéndolo al Ministerio del Interior, el Comité ejerce sobre ellos las funciones de patronazgo (D. 542).

c) *En función de ayuda post carcelaria* :

Coordinar las sociedades privadas que se ocupan de la readaptación de antiguos delincuentes (D. 540, núm. 1.º).

Visitar cada año los hogares, centros, o establecimientos de recepción de asilo destinados a los liberados dependientes del Comité y emitir un informe para el Ministerio sobre el funcionamiento de estas Instituciones (D. 540, 2.º).

Emitir informe sobre las peticiones de aprobación de ayuda a las obras de albergue de los liberados (D. 541).

Asegurar el Patronato de los desterrados, procurándoles medidas de asistencia con modalidades de intervención idéntica a la de los liberados condicionales (D. 512).

d) *Respecto a los vagabundos* :

Presidir la Comisión de asistencia a los vagabundos, instituída en la sede del Comité de Probation; informar al Procurador de la República antes de que éste persiga a los arrestados por vagabundaje y deberá colocar a los vagabundos según el Decreto del Ministerio de Sanidad dictado en desarrollo del artículo 185 del Código de la Familia.

e) *El Juez de ejecución de penas del Tribunal Gran Instancia del Sena (París)* :

Tiene, además, las atribuciones particulares siguientes :

Ser miembro de derecho del Consejo Superior de la Administración Penitenciaria (D. 237).

Ser miembro titular del Comité Consultivo de la liberación condicional (D. 520).

Ser miembro del Comité Consultivo de la interdiction sejour en el Ministerio del Interior (R. 4 de C. P.).

V. *Su funcionamiento.*

Es hora ya de hablar del funcionamiento del Juez de ejecución o cumplimiento de penas de la manera de cómo desarrolla su actividad,

para ello lo mejor es decir, por haberlo visto, cómo funciona uno de ellos, el de París, o sea, el del Tribunal de Gran Instancia del Sena, cuya actividad seguí durante dos períodos de un mes.

a) *Instalación y personal.*

Está instalado en la cuarta planta del Palacio de Justicia, con puerta independiente sobre el Quai des Orfèvres, aunque tenga comunicación con las demás dependencias del edificio, de tal manera que, sin romper esta relación los que han de visitarlo, puedan hacerlo sin despertar la curiosidad, de los que asisten a los actos celebrados en el Palacio y que por estar su entrada en la calle, cuya otra acera es el río, dificulta la vigilancia o curiosidad que cualquiera pudiera ejercer o tener respecto a un determinado visitante.

Está constituido por varios despachos que tienen la necesaria amplitud, cuyos muebles limpios, sólidos y decorosos fueron comprados por el Ministerio de Justicia y por la Prefectura del Sena, corriendo su entretenimiento a cargo de aquel Organismo en algunos aspectos.

El personal lo forman el Juez, un Juez adjunto, ocho delegados permanentes profesionales, que son educadores de prisiones, de los que seis son hombres y dos mujeres, y un número variable de delegados de buena voluntad, no profesionales, que desempeñan gratuitamente su función y son elegidos por el Ministerio después de una investigación sobre su conducta y antecedentes, son actualmente unos 87, de los cuales una tercera parte son mujeres, tres asistentes sociales y el personal necesario para desempeñar la Secretaría y el Archivo.

El problema de si los Jueces han de pertenecer al Tribunal cuyas sentencias ejecutan, ha sido resuelto afirmativamente, aunque esta pertenencia por el gran trabajo que pesa sobre ellos se puede decir que sea simbólica. El Juez es Presidente de Sala o Sección de Tribunal del Sena a cuyas secciones asiste una vez por semana. El juez adjunto está abscrito al Tribunal de Corrección a cuyas sesiones asiste dos veces por semana.

Descritos así los elementos, personal y material del organismo, hemos de ver su desarrollo, su actuación en los diversos cometidos que el Código de Procedimiento penal y las disposiciones que a este respecto le desarrollan, le han asignado debiendo distinguirse la realizada sobre individuos en libertad o medio abierto de la verificada en medio cerrado, es decir, en las prisiones.

b) *En medio abierto.*

Concedida la suspensión de la pena con sometimiento a prueba o libertad condicional y comunicada al Juez de aplicación de penas junto con el acuerdo de concederla, noticia individual con los datos concernientes al estado civil de condenado, su profesión, su situación familiar, sus medios de existencia, su grado de instrucción, su conducta habitual y sus antecedentes (D. 158 desarrollado en las circu-

lares 17-2-61 y 17-5-61) junto con el informe de los exámenes médicos, psiquiátricos o médico-psicológicos en los casos en que se han prestado por decisión judicial (Circular 17 mayo 1961) empieza propiamente, su actuación.

Cita al interesado comunicándole su situación ante el Comité, en el que se le ha designado Asistente social y Delegado que le hace saber las condiciones que ha de cumplir para seguir disfrutando de libertad vigilada, hasta que por cumplimiento del plazo de la prueba o de la condicionalidad deje esta situación. Estas son: acudir a los llamamientos del Juez, del Delegado y del Asistente social, recibir las visitas de Delegado y Asistente a los que demostrará sus medios de existencia y justificará los motivos de todo cambio de empleo o residencia, así como las ausencias de más de ocho días, que deben ser autorizadas por el Juez, así como toda salida al extranjero.

Entonces empieza realmente respecto a ellos la función de vigilancia y tutela. Esta recae, sobre todo, sobre los libertados condicionales y alcanza hasta busca de albergue en instituciones no oficiales, pero conexas con el Comité, búsqueda de ocupación o trabajo adecuado que se hace por gestión personal del asistente o a través del Servicio Social del Ministerio de Trabajo, préstamos en metálico en casos tan justificados que los pocos realizados han sido reembolsados, donaciones de pequeñas cantidades de dinero, también en casos muy justificados de necesidad extrema o para pago de billetes de ferrocarril, entrega de vestuario a quien lo haya menester, etcétera.

La de vigilancia se realizará mediante comparecencia periódica de los vigilados en el despacho del Comité exponiendo o justificando ante el Delegado o Asistente Social, su colocación, ingreso, tenor de vida, cumplimiento de cargas familiares, etc. exigiéndose respecto a los beneficiarios de pensiones de este tipo a cargo del vigilado que justifiquen el empleo dado a la cantidad recibida, o mediante visitas domiciliarias realizadas, sobre todo, por los Asistentes Sociales para un mejor conocimiento del ambiente en que se desenvuelve y necesidades que no puede satisfacer el asistido.

Tanto las entrevistas en la sede del Juzgado, de las que presencié más de un centenar, como las domiciliarias a las que acompañé a más de una docena, se desenvuelven en el ambiente de una cariñosa comprensión que hace nacer la confianza del vigilado en sus asistentes, sea éste, pues el tono es igual, profesional o benévolo, evitándose en las visitas domiciliarias el aspecto de inspección oficial, sobre todo respecto a los vecinos, habiéndolos realizado en ambientes tan distintos como los barrios extremadamente pobres o de casas baratas de reciente construcción de los alrededores de París o de insospechada sordidez, tras la rutilante brillantez de bulevar Clichy o de sus extremos universalmente conocidos, a las que acompañé a los asistentes tanto profesionales como benévolos.

La actuación de unos y otros está inspirada en unas instruccio-

nes dadas por el Presidente del Comité, o Juez de cumplimiento de Penas, modelo de tacto y buen sentido.

c) *Medio cerrado.*

Respecto a determinar en cada condenado las principales modalidades de su tratamiento penitenciario, principalmente su colocación al exterior, concesión de semilibertad y concesión de permisos de salida, que le atribuye el párrafo segundo del artículo 722 del C. P. P., completados por los Decretos 95, 115, 138, 425 y Circular 17 de febrero de 1961 aun no se había empezado a ejercitar en septiembre-octubre de 1964 en que presencié por segunda vez el funcionamiento de este Organismo, como tampoco la emisión de informe sobre la elaboración de reglamento interior de cada establecimiento (D. 255) ni sobre la concesión de algún recluso de un régimen especial.

Respecto a la información y poder de control de que es base la visita mensual del Juez de cumplimiento de pena a los establecimientos penitenciarios establecida en el artículo 727 C. P. P. a los fines de inspección del registro de entrada reglamentario (D. 149) de salida al exterior (art. 733 C. P. P.) (D. 152), de propuesta de libertad condicional (D. 527, C. 862) como esta visita se ha realizado por primera vez en la primera decena de octubre del año 1964 en París, no ha podido tener efectividad, ignorando la manera real que se realizó por haberseme negado el permiso para asistir a ella por estimarlo un servicio de carácter confidencial al que no pueden asistir extraños, sólo pude conjeturar, dado que la Prisión era la Santé, que en ella según la memoria de la Administración Penitenciaria de 1963, había 4.000 detenidos y que sólo se dedicó 2 días, que sólo tuvo en su iniciación un carácter formulario o simbólico.

Por este motivo de no intervención real en la vida de las prisiones, es de conjeturar que tampoco ha de haber tenido gran eficacia la presidencia de la junta de clasificación de las prisiones centrales que le atribuye la legislación actual (D. 95 y 96), que ha de pronunciarse sobre la conveniencia de la liberación condicional (C. 881) y sobre el pase de un grado a otro en las que está establecido el régimen progresivo (D. 97 y 250) ni las que se le atribuyen en relación con los Centros de Observación de relegués.

VI. *Conclusión.*

Creo que exponiendo lo que leí y vi de la organización y funcionamiento del Juez de ejecución de penas en Francia, uno de los dos países que Quintano menciona en la cita con que se encabeza este artículo, al honrar su memoria desarrollando su idea, he contribuido a la comparación de la legislación francesa con la española en esta materia, pues no he olvidado la dedicación y grandes frutos que del comparativismo obtuvo el físicamente desaparecido guía y amigo en el que estoy pensando al escribir este trabajo.

BIBLIOGRAFIA

- ALTAVILLA, ENRICO: *Criminología*. Novísimo Digesto Italiano, 3.^a ed., Unione Tipográfica Editrice Torinese.
- *Il delinquente*. 1943, Nápoles.
- *La dinámica del delito*. Turín, 1953. Unione Tipográfica Editrice Torinese.
- ANGEL, MARC: *La difesa sociale e il trattamento psichiatrico del delinquenti*. "Quaderni di Criminologia Clínica". Abril-junio 1960.
- *La participation du juge á l'exécution de la sentence penale*. *Estudes Penitentiaires*. Número 3, julio 1960.
- *Tendencias actuales de la individualización de la pena*. Traducción de Angel Torio. Prólogo de Juan del Rosal. Publicación del Seminario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid.
- *La defense sociale nouvelle*. París, 1954.
- BADONELL, DRA.: *Effets produit par l'incarcerations sur le delinquant*. *Revue Penitenciare et de Droit Penal*. Julio-septiembre 1961.
- BIBOT, PIERRE: *Quelques considerations pratiques sur la liberation des detenus et sur leur tutelle*. "Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique". Número 4, 1961.
- CANNAT, PIERRE: *Realizaciones y proyectos en Rebbibia*. "Revue Penitenciare et de Droit Penal". Julio-septiembre 1958.
- *La liberte en tant que facteur de reeducation penale*. "Boletín de Administracao Penitenciaria e dos Institutos de Criminologia". Julio 1958.
- *As relacoes entre o pessoal de vigilancia e os detenidos*. "Boletín de Administracao Penitenciaria e dos Institutos de Criminologia". Febrero 1958.
- *Le Droit Penal et politique penitenciaire au Portugal*. París, 1949.
- DI TUULIYO, BENIGNO: *Criminologia Clínica y Psiquiatría Forense*. Traducción de Domingo Teruel, Aguilar, 1966.
- EXNER, FRANZ: *Criminología*. Traducción al italiano por V. Kalmar-Fischer. Prólogo de Crispignie. Milán, 1963.
- EXNER, F.; y MEZGER, E.: *Biología Criminal*. Traducción y notas por Juan del Rosal. Boch. Barcelona, 1946.
- FAURE, ALBERT: *Les juges de l'application des peines et l'interdiction de sejour*. "Etudes Penitentiaires". 1960.
- FERRACUTI, FRANCO: *Appunti di Psicologia Giudiziaria*. Tipografía della Scuola Ufficiale Carabinieri. Roma, 1959.
- *Il contributo dei test psicologici alla teorìa criminologiche ed alla diagnosi del criminali mentalmente anormali*. "Quaderni di Criminologia Clínica". Octubre-diciembre 1960.
- *La personalita dell' omicida*. "Quaderni di Criminologia Clínica". Octubre-diciembre 1961.
- FERRACUTI, FRANCO y RIZZO, G.: *Impiego del test di Rorcharch in Criminologia clinica*. Resegna di Studi Penitenziari, fasc. L, 1959.
- FERRACUTI, FRANCO y WOLFGANG, MARVINE: *La subcultura de violencia. Un análisis interpretativo del homicidio*. "Revista de Ciencias Sociales". 1961.
- GALLARDO RUEDA, ALBERTO: *El nuevo Código de Procedimiento Penal Francés*. "Información Jurídica". Enero-febrero 1959.

- GLUECK, SHELDON: *Criminogenèse: Teoria a fatti*. "Quaderni di Criminologia Clinica". Enero-marzo 1960.
- GRAMÁTICA, FILIPPO: *Criminologia e difesa penale*. "Revista di Difesa Sociales", año IV, núm. 34, 1950.
- GRAVEN, JEAN: *La personnalité del delinquant nel Codice penale svizzero*. "La Scoula Positiva", fasc. 4, 1960.
- *Le problème des nouvelles techniques d'investigation au process pénal*. "Revue de Science Criminelle et Droit Penale Comparé". 1960.
- *Le système suisse du sursis conditionnel*. Ginebra, 1952. *Les instructuons générales du Code Penal Suisse sur l'accomplissement des peines privées de liberté*. Ginebra.
- *Las ideas de la Criminología moderna en la legislación positiva*. "Anuario de Derecho penal y Ciencias penales", tomo XI, fasc. III, 1958.
- NICEFORO, ALFREDO; PENDE, NICOLA y ELORION, EUGENIO: *Dizionario di Criminologia*. Milán, 1943.
- ORVAIN, PIERRE: *Le sursis avec mise a l'épreuve et son application*. Etudes et documentation de la dirección de l'administration pénitentiaire. París, 1951.
- PENDRIAU, ANDRÉ: *Les récents réformes législatives en matière pénitentiaire*. "Revue Penitentiaire et de Droit Penal". Enero-marzo 1959.
- PÉREZ DE PETINTO Y BERTOMEU: *Contribución de la Psiquiatría a la profilaxis del delito*. Madrid, 1950.
- PIGA SÁNCHEZ-MORATE, ANTONIO: *Psicología y Psiquiatría en el Procedimiento Penal*. Madrid, 1953.
- PINATEL, JEAN: *Les perspectives offertes par le nouveau Code de Procédure pénale dans le domaine du traitement des délinquants*. "Etudes Penitentiaires". Julio 1960.
- *Criminología e filosofia penale. Reflexione sulla Scoula*. D'Utrecht. "La Scoula Positiva". Tercer trimestre, 1960.
- *Criminología y Derecho penal*. "Anuario de Derecho penal y Ciencias penales". Tomo XII, fasc. I, 1959.
- *La criminologie. Sociologie d'aujourd'hui*. París, 1960.
- *La criminologie clinique. Son passe, son présent son avenir*. "Quaderni di Criminologia Clinica". Abril-junio 1959.
- PINATEL, J. y HENVER, G.: *L'examen médico psicológico et social des délinquants*. París, 1953.
- PICCA, GEORGES: *Le juge de l'application des peines*. Etudes et documentation de la dirección de l'administration pénitentiaires. París, 1961.
- PONS, LOUIS: *Le sursis avec mise a l'épreuve et les problèmes que souleve son application*. "Etudes Penitentiaires". París, 1960.
- *Les debuts de la probation en france*. (Premier resultat de sursis avec mise a l'épreuve.) Etudes et documentation de la dirección de l'administration pénitentiaire. París 1961.
- VIENNE, ROGER: *Le problème des vagabonds*. "Etudes Penitentiaires. Número 3, julio 1960.

Aspectos de la omisión especial de socorro

(Art. 7, Ley 122-62)

ANGEL TORIO

Profesor adjunto de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid

1. El presente trabajo se proyecta sobre algunos aspectos de las figuras de omisión de socorro contenidas en la ley sobre uso y circulación de vehículos de motor que suscitan particulares dificultades interpretativas. Dicha disposición ha ampliado el círculo del comportamiento punible que describía en su artículo 5 la ley de 9 de mayo de 1950. Además de la omisión del deber de socorrer del sujeto a la víctima por él causada, se tipifican en el artículo 7 de la Ley citada la omisión de socorro a las víctimas causadas por un comportamiento ajeno; la falta de auxilio cuando medie una solicitud previa y la pasividad del usuario o dueño del vehículo que no ordenase al conductor que le esté subordinado la prestación del socorro debido.

El punto de vista actualmente dominante considera que una conexión incluso ocasional con un accidente de tráfico obliga a los participantes en la circulación al cumplimiento de especiales deberes. En los respectivos preceptos, late la concepción del hecho total de la circulación como una comunidad de peligro (1), de la que brotan, junto a las ventajas que proporciona, obligaciones particulares para sus miembros.

El Derecho español se ha atenido al criterio de la omisión de socorro en este particular terreno, distanciándose del tipo de legislaciones que acentúan el pensamiento de la fuga del participante en un accidente de tráfico (2). Esta preferencia, sin embargo, no autoriza

NOTA.—El presente trabajo se hallaba redactado antes de la vigente reforma del Código Penal. Dada su conexión con los problemas generales de la omisión de socorro, juzgamos preferible su publicación sin modificar la redacción original.

(1) V. MAURACH, *Tratado de Derecho penal* (traducción de J. Córdoba Roda), Barcelona, 1962, p. 288. Sobre los aspectos jurídicos del tráfico; WELZEL, *Fahrlässigkeit im Verkehrsdelikte*, Karlsruhe, 1961.

(2) V. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, Barcelona 1958, páginas 579 y ss. Referencias de derecho comparado en *Materialien zur Strafrechtsreform*, 2 bd., *Rechtsvergleichende Arbeiten*, II bes. teil, págs. 473 y ss.

a prescindir absolutamente de este punto de vista, ya que entre fuga y omisión de socorro existe un paralelismo material, como lo demuestra el hecho de que en las decisiones de los Tribunales se aluda con frecuencia a aquélla como un fenómeno que proporciona la base para la intelección de ésta (3). Al mismo tiempo, ocurre que la fuga y la omisión de socorro se hallan en contacto con el principio del autoencubrimiento como acto impune, hasta el punto de que pueda contemplarse entre esas tres realidades una cierta interdependencia conceptual. En un trabajo como el que aquí se presenta, parece conveniente analizar los contactos perceptibles al respecto.

2. Al examinar el delito de omisión de socorro o el de fuga, en las legislaciones que lo sancionan, suele aludirse a la idea de que los tipos correlativos captan supuestos de autoencubrimiento, elevados a la categoría de delito independiente (4). Se afirma, por ejemplo, que el sujeto de esas conductas no podría alegar en favor suyo que mediante el comportamiento contrario se expondría a las consecuencias de un proceso penal. En el Derecho español, el problema suscitado se plantea en relación con la omisión de socorro del conductor de un vehículo de motor a la víctima por él mismo causada, ya que en los demás casos previstos en el artículo 7 de la Ley, e incluso en relación con el artículo 489 bis. del Código penal, se presupone que el autor de la omisión no haya participado precedentemente en la producción de la situación de peligro que se halla en la base de las respectivas normas. Las consideraciones que siguen tienen, por lo tanto, este punto de partida.

La idea de que el autofavorecimiento personal constituye una conducta impune tiene como excepción que el propio derecho no lo tipifique como delito (5). La situación descrita en el párrafo 2 del artículo 7 de la Ley corresponde justamente a este punto de vista. La concepción tradicional vio en el autoencubrimiento impune la concreción de la inexistencia de un deber jurídico positivo del autor en orden a someterse al enjuiciamiento penal. Con arreglo a este criterio, se excluía el delito, según CARRARA, cuando la conducta del reo para evitar la pena correspondiente tuviese tan sólo carácter *negativo*, como sucede en la propia ocultación y en la fuga, en las que ha de verse la concreción de un impulso natural e incoercible hacia la libertad que no es portador de ningún ataque directo a la sociedad civil (6).

A través de las alusiones anteriores, puede percibirse la conyenencia de despejar la idea del autofavorecimiento personal frente a

(3) Sentencias 23-III-62 (no detener el vehículo) y 7-XII 64 (parar el vehículo y auxiliar a la víctima, como deberes).

(4) V. WEIGELT, *Verkehrsunfallsflucht und unterlassene Hilfeleistung*, Berlín, 1960, pág. 11; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*, v. II, pág. 316.

(5) V. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 10 ed., pág. 987.

(6) V. CARRARA, *Programma del corso di diritto Criminale*, Lucca, 1881, volumen V, pág. 548 y ss.

la omisión de socorro a la persona puesta en peligro por una acción anterior del sujeto. Al prohibirse el alejamiento del lugar del accidente, como en el parágrafo 142 del STGb., o al imponerse el deber de socorrer, el agente se ve obligado indirectamente a someterse al proceso por su comportamiento precedente, creándose así una situación contraria a la implicada en el pensamiento de que el autofavorecimiento está exento de pena.

No deja de ser paradójico que, mientras en los casos de delito doloso precedente, el autor no esté gravado por el deber de auxiliar, se pretenda de él un comportamiento positivo de socorro en los casos de una anterior realización culposa. RODRÍGUEZ DEVESA da razón de esta aparente paradoja apelando al criterio de la consunción del acto posterior (omisión de socorro), en el desvalor del comportamiento doloso *previo* (7). Por el contrario, mediante el acontecer culposo previo, la tipificación de la omisión de socorro o de la fuga suele explicarse como un supuesto excepcional de punibilidad del autofavorecimiento. Pero como se verá seguidamente esta afirmación también está necesitada de algunas precisiones.

Con independencia de su fundamento teórico, la impunidad del autoencubrimiento se delimita en el Derecho español a través de los artículos 17 y 18 del Código penal (8). El artículo 17 exige que el encubridor no haya participado en el hecho punible precedente como autor ni como cómplice. En caso contrario, los actos de ocultación o fuga, aludidos en el número 3.º no resultarían en ningún caso punibles, aun en el supuesto de que se diesen las circunstancias previstas en el mismo. El principio de la no exigibilidad concretado en el artículo 18, comprende por vía interpretativa no sólo el encubrimiento entre parientes, sino el del propio autor. Todo esto es demasiado obvio para que hiciera falta insistir en ello, si no fuese porque el obligarse a prestar socorro a la víctima causada por el propio conductor, mediante una acción culposa previa, surge un contraste excepcional que conviene justificar. Si la tesis del autoencubrimiento impune se mantuviera en su pureza para todo el ámbito del ordenamiento penal, habría de llegarse a la consecuencia de que la fuga y la omisión de socorro sólo serían punibles cuando la acción precedente fuese inculpable. Evidentemente no es este el sentido de la Ley. Además de los supuestos de producción fortuita de la víctima el deber de socorrer grava igualmente el autor de una acción culposa previa. Al respecto no ha existido nunca duda alguna en la práctica. Sin embargo, la justificación teórica ha de buscarse en el seno mismo del derecho positivo, puesto que las razones lógicas postulan en contra de esa afirmación. Lógicamente, la idea de que el deber de socorrer incumbe a quien ha producido la situación de peligro de forma fortuita se desarrolla sin contradicciones, puesto que la tesis del autoencu-

(7) V. *Derecho penal español*, p. esp., I, Valladolid, 1964, pág. 96.

(8) V. RODRÍGUEZ DEVESA, *Encubrimiento*, en NEJS, v. IX, pág. 462.

brimiento impune (inexistencia de un delito anterior) no juega al respecto ningún papel. El antagonismo lógico surge precisamente en el contraste entre la admisión del principio de la impunidad del autoencubrimiento y la punibilidad de la omisión de socorro subsiguiente a una acción culposa previa. Solo una justificación material, es decir, de derecho positivo, puede salvar esa contradicción, en el sentido de la doctrina alemana cuando ve en el autofavorecimiento personal un comportamiento impune, a no ser que aparezca excepcionalmente tipificado por una norma concreta.

Planteado el problema en estos términos, la solución ha de buscarse en el seno del artículo 7, párrafo 2, de la Ley. Conforme a la norma, la punibilidad de la omisión depende de que la víctima haya sido *causada* por el propio conductor. La interpretación ha de orientarse en dos direcciones. Desde el punto de vista de la estructura del precepto, la referencia a un proceso simple de *causación* hace que se comprendan en él tanto los casos de acción previa culpable como inculpable: la pura causación material de la víctima determina el concreto deber de actuar del agente. Esta situación jurídica positiva no puede ser desvirtuada con arreglo a los principios generales expuestos, porque el sentido de ella es específicamente agravatorio.

De cuanto queda dicho, se deduce que la afirmación relativa a que el artículo 7, párrafo 2 de la Ley contiene un caso de autoencubrimiento elevado a la categoría de delito independiente está necesitada, como se afirmaba anteriormente, de algunas precisiones. Al comprender el tipo tanto los supuestos de actuar culpable, como inculpable precedente aquella afirmación solo es parcialmente correcta, puesto que la tesis del autoencubrimiento nada tiene que ver con el comportamiento previo fortuito o inculpable del autor.

3. En torno a la omisión de socorro se halla el pensamiento de la fuga. El sistema español aparece distanciado del mismo, al que se atienen preferentemente los derechos extranjeros. El derecho alemán contempla en el párrafo 142 la fuga del participante de un accidente de tráfico como realización punible (*Verkehrsunfallflucht*), distinta de la omisión de socorro tipificada en el 330 c (*Unterlassene Hilfeleistung*). Un sistema correlativo aparece reflejado en el Code de la Route francés; en su artículo L. 2 se establece la obligación de detenerse, cuya violación para intentar escapar a la responsabilidad penal o civil en que pudiera haberse incurrido, se diferencia de la omisión de socorro tipificada en el párrafo 2 del artículo 63 del Código penal. La ley belga de 15 de abril de 1958 incorpora igualmente el pensamiento de la fuga para escapar a las investigaciones procedentes, y tipifica la omisión de socorro en el artículo 422 bis del Código penal, vigente por Ley de 6 de enero de 1961. En Italia, el Codice della Strada (art. 133), establece como principio general la obligación de paralizar el vehículo y prestar la asistencia necesaria a la persona atropellada; la existencia de una víctima personal condiciona la aplicabilidad de los preceptos en que se desenvuelve esa do-

ble obligación. El punto de vista del *atropello* sustituye al del *accidente*, utilizado por otros ordenamientos. La violación del deber de detención se distingue típicamente de la omisión del deber de socorrer. Por el contrario, el punto de vista de la omisión de socorro aparece incorporado al artículo 128 del Código penal suizo.

La clara separación entre uno y otro delito no impide reconocer sus puntos de contacto. En todos aquellos casos en que la producción de la víctima tiene como causa un automóvil en movimiento, se impone indirectamente al sujeto un deber de detención, puesto que sólo mediante ésta puede procederse a la prestación del auxilio debido: un amplio grupo de casos presenta una típica combinación entre omisión de socorro y fuga. Conviene, por tanto, referirse a las estructuras implicadas en ésta.

Una primera cuestión depende de equipararla con el prohibido alejamiento del lugar del accidente o con la infracción del precepto de permanecer en el mismo. El derecho comparado se atiende a ambos puntos de vista. Puede concebirse la fuga como un hacer comisivo, que se identifica con el alejamiento o separación real del lugar del accidente. Desde esta perspectiva, aparecería la fuga como un propio delito de acción, con lo que se posibilita la tentativa punible cuando el agente ha comenzado a distanciarse dolosamente de aquel. Frente a este criterio, la idea de que la tipificación de la fuga tiene en su base la imposición de un deber de detención, vería en la misma un delito de omisión propia (no parar), consistente en la falta de realización de la acción esperada por el ordenamiento, con lo que la posibilidad de la tentativa habría de negarse. La distinta configuración del delito no deja de tener, por lo tanto, significación práctica. Con referencia a un código como el español, en el que resulta difícilmente concebible la tentativa, incluso en los delitos de comisión por omisión, el problema posee un subido interés con vista sobre todo a una posible reforma de la Ley de 24 de diciembre de 1962.

Desde una perspectiva sustancial, interesa destacar que la fuga se distingue de la omisión de socorro por estar orientada a la protección de un bien jurídico diverso. La doctrina alemana considera la fuga como un ataque a la administración de justicia (eliminación de datos históricos necesarios para la pureza de la prueba) (9) o como un delito de peligro para las pretensiones o intereses económicos de los participantes en el accidente (10). El delito de fuga se separa desde el punto de vista del bien jurídico de la omisión de socorro, en la que ha de verse una ofensa a la seguridad pública (11), la humanidad o la solidaridad humana (12), lo que determina la posibilidad de

(9) V. MAURACH, *Deutsche Strafrecht*, 9 ed. Karlsruhe, 1959, pág. 626.

(10) V. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 9.ª ed., Berlín, 1965, pág. 418; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *cit.*, pág. 620; WEIGELT, *cit.*, págs. 10 y 11.

(11) V. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, *cit.*, pág. 424.

(12) V. MAURACH, *Deutsche Strafrecht*, *cit.*, pág. 415.

un concurso entre ambos. Es interesante destacar que en virtud de esa situación, las legislaciones que optan por tal sistema dualista incorporan criterios más rigurosos que el Derecho español. Además de ello, como se verá posteriormente, cubre el tipo de la fuga fenómenos que quedan al margen de la omisión de socorro, o que al menos es muy discutible puedan subsumirse en ella, en especial los supuestos en que el auxilio resulte imposible por haber muerto la víctima. La fuga, en ese círculo de supuestos, es atípica en nuestro Derecho.

Contrariamente a la situación actual de éste, parece preferible otorgar la preeminencia a la fuga sobre la omisión de socorro. Se evitan con ello algunos problemas prácticos que ésta presenta: se elude así la relativa duplicación que contiene el artículo 7 respecto al artículo 489 bis; se establece una adecuación firme de la norma a la realidad y se posibilita una correlación más perfecta entre el elemento objetivo y subjetivo del comportamiento.

En el artículo 7, párrafo 2 de la Ley, la imagen de la materia regulada es la del causante de un accidente que abandona la víctima del mismo, mediante el alejamiento del lugar en que se produjo. Desde la perspectiva de la fuga sería por lo tanto suficiente la representación de haber participado en un accidente de tráfico para la consumación del delito. El criterio de la omisión del deber de socorrer hace precisa, además de la conciencia del accidente, que la víctima esté necesitada de socorro. Desde el punto de vista subjetivo, la obtención de una representación de esta naturaleza no puede ser fácilmente afirmada. Como se verá seguidamente, el deber de auxiliar no grava al agente que ha producido daños tan sólo, pero la conciencia del resultado del accidente sólo podrá lograrse en numerosos supuestos mediante la detención y el examen correspondiente. La detención aparece implicada, pues, en la prestación de socorro, si se parte de la realidad dinámica de la circulación automovilística. Pero el Derecho español no se satisface con la infracción del deber de detención, y hace depender el injusto de la falta de auxilio.

Se deduce fácilmente de lo expuesto que el pensamiento de la fuga cubre un mayor número de casos y supone un adelantamiento del momento consumativo. Razones político criminales derivadas de la frecuencia de esta clase de comportamientos le hacen preferible. Pero no se trata solamente de esto, sino de que la norma jurídica sea adherente a la realidad que trata de regular, de que entre el precepto y la estructura material del comportamiento exista una congruencia simple y razonable, congruencia que se logra con más sencillez al someter la fuga a una valoración penal. Basta insistir en el carácter dinámico de la circulación automovilística para comprender que al causante de un accidente le será difícil saber en la mayoría de los casos el verdadero alcance del mismo. Las consecuencias dependen en una gran parte del azar. Los casos en apariencia más graves no producen a veces resultado alguno, y situaciones de una aparente simplicidad determinan efectos excepcionales. Esta forma de manifes-

tarse la realidad, dependiente de la peligrosidad aleatoria que la utilización del automóvil comporta, debe ser atendida por la Ley.

En las legislaciones que vinculan la pena a la infracción del deber de detención, o al prohibido alejamiento del lugar del accidente, la existencia del dolo del autor se hace depender tan sólo de la conciencia de haber participado en el acontecimiento, con lo que se prescinde del elemento aleatorio que suele existir en cuanto a los resultados. La omisión de socorro entra en consideración por la vía del concurso de delitos. Si además de la fuga el agente se representa la producción de una situación de peligro, habrá de estarse a la comprobación de su existencia. Si esta comprobación arroja un resultado positivo existirá concurso de delitos. Si del accidente no ha resultado ninguna consecuencia, el concurso se planteará conceptualmente entre delito consumado de fuga y tentativa inidónea de omisión del deber de socorrer.

A lo largo de las presentes páginas podrán comprobarse los inconvenientes prácticos que implica el sistema de la omisión de socorro respecto del criterio de la fuga. Esos inconvenientes justifican la situación actual del Derecho comparado, en el que se observa un predominio del delito de fuga, a cuyo favor postulan tanto razones de política criminal como puntos de vista de seguridad jurídica.

4. La situación básica de las figuras contenidas en el artículo 7 de la Ley es la correspondiente a los delitos de omisión pura. La técnica legislativa de esta clase de figuras consiste normalmente en la descripción típica de un proceso real, cuya presencia funda el deber de acción del sujeto activo del delito. La acción esperada por el ordenamiento jurídico aparece vinculada de un modo lógico objetivo a la situación contemplada por el tipo, en la que se contiene un pronóstico desfavorable para un bien jurídico. La realización de la acción se concibe *abstractamente* como dotada de una aptitud para hacer cesar la situación desfavorable del bien. Los delitos de omisión pura, contenidos en el Código penal corresponden generalmente al esquema propuesto, contemplando un proceso fáctico que acaece actualmente en la realidad y que funda el deber de acción de un determinado sujeto (13).

En las figuras de omisión pura, pueden percibirse, también, las vertientes características de todo hacer punible: el elemento objetivo y subjetivo del delito. La omisión tiene relevancia jurídica en cuanto presente una conexión lógico exterior con la situación en que la acción esperada debe insertarse. El derecho exige un nexo potencial entre la acción esperada y la situación básica contemplada por la norma, de forma tal que aquella posea una idoneidad abstracta para hacer cesar el estado indeseable en que se encuentra un bien jurídico determinado. Esta consideración externa corresponde al enjuiciamiento del elemento objetivo de la figura de que se trate. Parale-

(13) V. MAURACH, *Tratado, cit.*, v. I., pág. 277.

lamente, el aspecto subjetivo presupone el conocimiento de la existencia del proceso real por parte del agente, fundante del deber de actuar, y la violación consciente del deber, su dolo y normalmente su culpabilidad. Un ejemplo aclarará este punto de vista. En la omisión de socorro del artículo 489 bis, es precisamente la existencia de un proceso real, en cuya virtud bienes jurídicos como la vida, la integridad corporal, etcétera, se encuentran sometidos a un pronóstico desfavorable. El socorro se concibe abstractamente como la conducta apropiada para el mejoramiento de la situación existente. Entre la acción esperada y la situación básica del tipo tiene que darse una relación lógica, objetiva, en cuya virtud el peligro pueda cesar mediante el socorro. La existencia de esa conexión se muestra patentemente si se reflexiona en que sin peligro no puede haber socorro, y que el socorro solamente se impone cuando existe la situación de peligro. Aquí se trata solamente de un enjuiciamiento exterior, es decir, de una valoración objetiva del proceso real. El problema de la culpabilidad sólo puede plantearse una vez que se ha establecido la conexión entre omisión y proceso considerado por la norma. La indagación del dolo, conceptualmente ulterior, se dirige a su elemento intelectual, es decir, a determinar si el autor se ha representado la posibilidad de su acción de socorro a la vista del acontecimiento, y al elemento emocional, en orden a si, además, existió una decisión de no socorrer.

Este fenómeno, susceptible de mayores esclarecimientos, puede caracterizarse como la vocación o posibilidad *abstracta* de la acción esperada para la eliminación del peligro o la evitación de la lesión de un bien jurídico determinado. Sólo cuando esta nota está presente puede afirmarse que la omisión del autor es injusta. La determinación de la antijuridicidad del comportamiento está en función del tipo y del proceso base que le sirve de sustrato. En el fondo, los delitos de omisión pura se distinguen entre sí, no a través de la conducta, que se agota en todo caso en un no hacer, sino a través de la conducta en cuanto referida al proceso real descrito por la norma. Puede matizarse este de muy diversas formas, y esta matización es lo que permite en éste campo trazar pautas firmes desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Desde nuestro punto de vista, la separación entre un deber moral y un deber jurídico en el ámbito de la omisión de socorro se consigue al destacar que el punto de vista jurídico implica la trascendencia posible de la omisión al proceso real descrito por la Ley. Por lo tanto, el deber aparece jurídicamente acotado, delimitado por la situación concreta en que ha de encontrarse su posible inserción. Esa situación no es *cualquier* clase de posición desfavorable de un ser humano que clame hacia la solidaridad humana, sino una concreta realidad determinada jurídicamente.

5. Respecto a la omisión del deber de socorrer se ha propuesto por algunos autores como objeto de protección la solidaridad humana. La doctrina española se ha proyectado comunmente en esta direc-

ción (14). La colocación del artículo 489 bis en el sistema no debe inducir erróneamente a pensar que sea la seguridad el objeto de protección (15). Otros autores aluden a un valor ideal de solidaridad, con lo que parece existir algún matiz diferencial entre ésta y las demás posturas (16).

Aunque las presentes páginas se orientan a las figuras de omisión de socorro del artículo 7 de la Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor, es conveniente poner de relieve el propio punto de vista al respecto: entre el delito del artículo 489 bis del Código penal y los tipos del artículo 7 de la Ley se da la relación característica de concurso de leyes, lo que determina que el bien jurídico protegido sea idéntico para las respectivas normas. La existencia del concurso aparente de leyes está condicionada por el hecho de que las normas en concurso están predisuestas para la tutela de un mismo bien jurídico. Por el contrario el concurso de delitos presupone una lesión jurídica plural. En el concurso de leyes, se excluyen las leyes concurrentes en función de la regla *ne bis in idem* y del punto de vista de una concepción sustancial del injusto. Por ello interesa revisar la opinión relativa a que sea la solidaridad humana el objeto de protección en la omisión de socorro, tesis que es rechazada por otro sector de la doctrina (17).

A dicho fin conviene destacar que la Ley no considera la solidaridad humana como una realidad existencial, preexistente a la norma, y que ésta viniera a proteger. El bien (social) de una solidaridad ampliamente extendida está todavía tan distante que aún hay que valerse de la amenaza penal para impulsar al hombre a manifestarse solidario de sus semejantes. Por lo tanto no es la solidaridad, sino justamente la falta de solidaridad, un extendido estado de egoísmo en las relaciones sociales, el motivo del legislador para la tipificación como delito de la omisión de socorro.

La realidad es que la norma se orienta a la promoción de accio-

(14) V. CUELLO CALÓN, *La obligación de socorrer a las personas en peligro en la legislación española*, en *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milán, 1952, volumen I (sentimiento de solidaridad social y humana); QUINTANO RIPOLLÉS, *La omisión de socorro; necesidad de su tipificación penal*, en *Información Jurídica*, 915 y ss. y *Curso de Derecho penal*, cit., pág. 316 (valor ideal de solidaridad); SAÍNZ CANTERO, *El delito de omisión del deber de socorro*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1960, pág. 347 (la solidaridad humana protegida mediante la creación de un deber jurídico de asistencia); NAVARRETE URIETA, *La omisión del deber de socorro (exégesis y comentario del art. 489 bis del Código penal)*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1959, pág. 423 (la solidaridad humana que impone la vida en comunidad); ALAMILLO CANILLAS, *La solidaridad humana en la Ley penal (Ley de 17 de julio 1951)*, Madrid, 1962, pág. 154 (bien jurídico inmaterial de la solidaridad humana).

(15) V. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, cit., pág. 92; NAVARRETE URIETA, cit., pág. 422.

(16) V. *Curso*, cit., v. II, pág. 316.

(17) V. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, cit., págs. 91 y ss.

nes conformes con la solidaridad entendida no como *factum*, sino por el contrario, como valor. La omisión del deber de socorrer tiene como objeto de ataque un *valor ideal de solidaridad*, una realidad axiológica, no existencial: La norma se orienta programáticamente a la consolidación de nuevas categorías ético-sociales en el seno de la comunidad. El punto de vista de una jurisprudencia de valores, desmaterializada y alejada de la noción utilitaria del bien jurídico, se pone aquí especialmente de manifiesto (18).

La afirmación de que todo delito es portador de un ataque a un bien jurídico (19) sólo puede sostenerse desde la perspectiva de una dogmática valorativa, con lo que se salvan los ataques dirigidos a la teoría del bien jurídico, acusándola de monopolizadora e inexacta.

Esa concepción axiológica de la solidaridad, salva, por ejemplo, las objeciones dirigidas por ANTOLISEI a la teoría del bien jurídico, utilizando como punto de apoyo, entre otros, la figura de delito a que nos referimos (20). Según este autor, al orden jurídico no le corresponde tan sólo la conservación de un museo estático de bienes, de forma tal que ejerza totalitariamente una función conservadora y no propulsiva. Al lado de los tipos que deben comprenderse sustancialmente como ataque u ofensa a un bien determinado, existirían otros caracterizados por la violación pura de un deber. En determinados casos, la norma penal acentuaría decisivamente el quebrantamiento del deber impuesto, sin referencia alguna a un bien jurídico preexistente. La omisión del deber de socorrer pertenecería justamente a esta clase de delitos, en los que se revela un cambio de orientación del pensamiento penal. El legislador del presente, en numerosos órdenes, sobrepasa los límites de un derecho penal conservador y estático. Ejerce una tarea tutelar y pedagógica en diversos sectores sociales, y a través de la pena, pretende la formación de nuevas categorías morales en la sociedad. En la omisión de socorro se manifestaría la misión educativa del Derecho penal, que pretende, sin duda, reforzar el *sentimiento* de la solidaridad humana, hasta elevar en algunos casos el valor a deber cívico (21).

Lo característico de esta tesis es que implica en este campo una desmaterialización del concepto de bien jurídico, idea con la que, al margen de diversos reparos, hay que mostrarse de acuerdo. En esta dirección, aunque con diferencias apreciables, se mueve la afirmación anterior respecto a que sea la solidaridad humana, entendida como valor y no como mero fundamento de un deber, el objeto de protección de las figuras contempladas.

Esta tesis posee un alto valor interpretativo. No se trata, por lo

(18) V. BETTIOL, *Diritto penale*, p. gen., 5.^a ed., Palermo, 1962, 153 y ss.

(19) V. MAURACH, *Tratado*, cit., v. I, pág. 253; BAUMANN, *Strafrecht*, alg. teil., Bielefeld, 1960, pág. 118.

(20) V. ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, en Scritti di diritto penale. Milano, 1955. págs. 97 y ss.

(21) El mismo, *Manuale di diritto penale*, p. esp., Milano, 1960, pág. 100.

tanto, de una afirmación formalista, que posteriormente no juegue ningún papel en la construcción del delito ni en el tratamiento práctico de casos. Por el contrario, *indica que todas aquellas acciones que sean conformes con el valor de solidaridad a cuya promoción se orienta la norma no resultan punibles*: el tipo pretende la realización de acciones conformes con el valor de solidaridad en las circunstancias que describe, de donde se deduce con facilidad que la acción adecuada a la finalidad normativa queda fuera de su ámbito por vía interpretativa. Además de ello, esa concepción obliga a considerar la omisión de socorro como un *delito de lesión*, en contra de la opinión comunmente extendida de que la figura sea un delito de peligro. A este respecto no debe inducir a error el hecho de que el artículo 489 bis mencione la existencia de un peligro como exigencia del tipo. La caracterización de un delito como de peligro o de lesión se logra a través de la materia prohibida: si lo que prohíbe el legislador mediante el tipo es la destrucción o menoscabo de un bien, se estará en presencia de un delito de lesión. Si la materia prohibida es la producción de una situación que tienda con probabilidad a la producción de una lesión, se estará tan sólo en el terreno de un delito de peligro. A nuestro modo de ver, la materia prohibida es precisamente la producción de un menoscabo del valor de solidaridad a cuya tutela se endereza la norma: un detrimento en la pretensión social de solidaridad inherente al precepto, de lo que deriva, si ha de mantenerse el dualismo clasificador aludido, que la omisión del deber de socorrer sea propiamente un delito de lesión.

Desde otro punto de vista ha sostenido RODRÍGUEZ DEVESA la tesis de que la figura constituye un propio delito de peligro contra la vida, la integridad corporal, la honestidad, el honor o la propiedad. Puesto que es la vida el bien jurídico al que corresponde el mejor rango valorativo, esta consideración determinaría su posición sistemática. Este punto de partida produce algunas consecuencias materiales que serán utilizadas en el momento correspondiente. La tesis lógicamente inatacable de que el socorro presupone una situación de peligro para los bienes mencionados, y que la acción de socorro está orientada al mejoramiento de los mismos, se corresponde sin ninguna duda con la estructura del tipo contemplado. La diferencia entre tal punto de vista y el que aquí se mantiene estriba en que el deber impuesto por la ley es, a nuestro juicio, un deber general de auxilio en situaciones especiales. El cumplimiento del deber, si bien presupone el peligro para la vida, la integridad, etcétera, justifica al autor pese a que su acción no mejore la situación existente.

De cuanto llevamos expuesto se desprende que las figuras del artículo 7 de la Ley penal sobre uso y circulación de vehículos de motor se orientan teleológicamente en la misma dirección que el artículo 489 bis. Un mismo bien jurídico pertenece a unos y otros. La diferencia radica en que en la situación básica a que la omisión ha de enlazarse, se determina que las víctimas —es decir, las personas en

peligro— hayan sido producidas con ocasión de la circulación. Trátase de la incorporación de la pretensión de solidaridad antes mencionada a una zona especialmente peligrosa, a fin de fomentar entre los participantes en el tráfico un comportamiento ético social conforme al valor. La cuestión del bien jurídico no aparece afectada, manteniéndose de forma unitaria, incluso para el delito contemplado en el párrafo 3 del artículo 7. La existencia de una comunidad peligrosa entre todos los participantes en la circulación es paralela a su concepción como una comunidad jurídica, en la que surgen deberes especiales entre sus componentes.

6. Las figuras del delito comprendidas en el artículo 7 se caracterizan por tipificar comportamientos puramente negativos. Todas ellas corresponden al sistema de la pura o simple omisión. Puesto que el puro no hacer cobra relevancia jurídica en cuanto significa no hacer lo debido, hay que destacar que la acción esperada consiste en socorrer (tipos de los párrafos 1 y 2) o en ordenar la prestación de socorro a un tercero (tipo del párrafo 3). La diversificación de los tipos primeramente mencionados se logra a través del proceso fáctico descrito en las respectivas normas. En el delito del párrafo 1 se presupone que la víctima no haya sido causada por el sujeto activo del delito, al contrario de lo que sucede en el delito del párrafo 2. La Ley se refiere a uno y otro supuesto con las expresiones “víctima causada con ocasión de la circulación” y “víctima causada” por el conductor de un vehículo de motor. Procede ahora ocuparse del significado de esas menciones típicas.

7. La existencia de víctimas causadas con ocasión de la circulación (artículo 7, párrafo 1) constituye un presupuesto del delito sobre el que la acción esperada ha de proyectarse. Puede verse en el mismo una doble función: negativamente, indica que la víctima no ha de ser causada por el propio conductor; positivamente, que sólo cuando existe una víctima causada con ocasión de la circulación cobra sentido el no hacer a que la norma se refiere.

Es indiferente, por de pronto, que se esté en presencia de uno o de varias víctimas desde el ángulo de la unidad de delito. Existente una pluralidad de víctimas, la omisión no fundamenta una pluralidad de lesiones jurídico-penales, es decir, un concurso de delitos. La teoría que considerase a la víctima como objeto de protección conduciría en un plano teórico a distintas consecuencias. Prácticamente, el problema aparece resuelto para el delito del párrafo 1 al aludir la Ley a las “víctimas causadas” con una referencia plural que aleja toda oscuridad al respecto.

La noción de víctima es eminentemente valorativa. Dada la naturaleza de la circulación, es necesario interrogarse acerca de si resulta suficiente la presencia de un accidente de tráfico, aunque no haya resultado de él consecuencia alguna; si se comprende en la base del tipo la existencia de una lesión insignificante o la producción de daños patrimoniales, y hacia arriba, si es víctima el cadáver. Surge así

lo que podría denominarse problema del límite máximo y mínimo del concepto.

El límite máximo está representado por la muerte de la víctima. La falta de detención y de socorro no será antijurídica en el caso de que la víctima haya fallecido, en relación con la figura del delito (artículo 7, párrafo 1) desde la que se contempla ahora el problema. Como se verá después, el tipo presupone la posibilidad de socorro, y naturalmente que al cadáver no puede prestársele ninguno. Se patentiza así el punto de vista jurídico frente al criterio ético. El deber de acción cede en los casos de fallecimiento de la víctima. Dada la tensión existente entre la noción de socorro y la de víctima, no parece dudoso este punto de vista.

Los problemas que plantea una concepción incorrecta de la realidad (el sujeto cree que la víctima vive cuando en realidad ha fallecido, o al revés) no suscitan en el marco de la Ley del automóvil cuestiones prácticas. El primer supuesto será un caso de tentativa inidónea impune, puesto que al amparo del artículo 3 del Código penal no es posible la admisión en el Derecho español de la tentativa en los propios delitos de omisión. La posibilidad *conceptual* de una tentativa imposible en esta clase de figuras no puede inducir a considerarla punible, dada la impunidad de la tentativa idónea en esa clase de figuras. El supuesto contrario más arriba aludido es un caso de error de tipo, que conceptualmente ha de conducirse al terreno del comportamiento culposo, sin perjuicio de que tampoco resulte punible por las razones que se proporcionarán posteriormente.

El límite mínimo lo constituye la existencia de una lesión corporal, con lo que queda al margen del concepto el sujeto pasivo de un atropello sin resultado o de daños meramente patrimoniales. Centrado así el problema resultará que no existe delito en la omisión de ayudar a evitar la propagación del incendio del automóvil, siempre que no esté presente una lesión corporal. La existencia de ésta se deriva de la interpretación natural del término *víctima* y de la correlación del precepto con el tipo del artículo 489 bis, en que se alude al peligro manifiesto y grave de una *persona* en situación de desamparo.

Como se precisará al tratar de la noción de socorro, que en definitiva es paralela a la de víctima, es necesario que la lesión posea una cierta importancia, de forma tal que haga preciso el socorro. Quedan así fuera del concepto los casos de lesiones insignificantes, como pequeños traumatismos, ligeras hemorragias, etcétera. No basta por lo tanto una lesión muy poco considerable. Es preciso que posea *alguna entidad*.

Por razones de congruencia entre el tipo objetivo y el subjetivo es necesario, además, que la lesión se patentice de alguna forma exterior. Sólo así la situación contemplada por el tipo podrá ser reconocida por el autor. Si no se exige ese reflejo exterior, la culpabilidad dolosa difícilmente podrá fundamentarse, por lo que la práctica tenderá indefectiblemente al establecimiento de criterios presuntivos, des-

graciadamente frecuentes en la aplicación de aquellos tipos de delito que, como el contemplado contrarían gravemente el orden ético. Además de poseer una cierta gravedad, la lesión habrá, por tanto, de ser *manifiesta*.

Igualmente será precisa la necesidad del socorro, como se razonará mejor posteriormente. De ahí deriva que si el socorro ha sido prestado o se está actualizando, la acumulación de otra u otras acciones de auxilio no sea necesaria, sin perjuicio de que incluso pueda llegar en concreto a ser contraproducente. Resulta de ello que, correlativamente al artículo 489 bis, haya de entenderse por víctima la persona desamparada. La intelección de este requisito, sin embargo, no puede ser tan absoluta que si el agente puede socorrer en mejor o mayor medida se piense que su deber de acción cede.

Se deduce de todo lo expuesto que la Ley se refiere sintéticamente con el concepto *víctima* a la persona que padece una lesión corporal manifiesta y se halla en situación de desamparo. Algo completamente correlativo a la descripción que efectúa el artículo 489 bis. En tanto que en esta norma el legislador ha utilizado un procedimiento descriptivo, en el artículo 7 se ha mostrado partidario de un criterio sintético, que permite un más amplio campo a la valoración del Juez, sobre todo en la ponderación de la gravedad de la situación de peligro y en la decisión de si la persona estaba o no desamparada.

7. No basta con la existencia de una víctima para que la omisión del conductor de un vehículo de motor cobre relevancia en el marco del tipo que se considera. Es preciso que la víctima haya sido causada con ocasión de la circulación. La interpretación de esta exigencia típica presenta algunas dificultades.

Al requerirse que la víctima haya sido causada *con ocasión de la circulación* se menciona algo distinto a que la víctima haya sido causada *por la circulación*, es decir, por la acción del conductor de un vehículo de motor cuyo uso y circulación disciplina la Ley. La base típica del delito del párrafo 1 del artículo 7 es distinta a la de párrafo 2, en el que hace referencia a una víctima causada por el propio conductor.

Conforme el sentido del tipo examinado resulta que la circulación puede no ser la causa, sino tan solo la ocasión de la producción de la víctima. Realmente, por causa no podría entenderse nunca la circulación de vehículos de motor. La causa ha de ser siempre una acción humana, en el terreno de la consideración jurídica. La circulación, es decir, el vehículo de motor, no puede entenderse más que como el instrumento o medio peligroso en que se materializa la conducta humana.

En el párrafo 1 del artículo 7 sólo exige la Ley que la circulación sea la ocasión en que la causa actúa. La distinción entre condición y

causa está por lo tanto comprendida en el seno de los tipos, lo que hace preciso referirse brevemente a ella (22).

Si un viandante se apresura para pasar antes que los automóviles que prudentemente se le aproximan, resbala, cae y padece una lesión mortal debida a la fragilidad de su parietal, causa es el complejo de condiciones entre las que se encuentra el pavimento resbaladizo, la caída, el golpe y la preexistencia del defecto físico anotado. En sentido jurídico no es causa la circulación, es decir, la acción de los conductores de los vehículos que se aproximanban al lesionado. La circulación es ahí mera ocasión. En el ejemplo propuesto se estaría en presencia de una víctima causada con ocasión de la circulación, no de una víctima causada por la circulación.

Si un ciclista que camina por la calzada sin que exista ningún automóvil en las inmediaciones, cae de su bicicleta y queda inerte sobre la cinta asfáltica, la circulación no habrá jugado al respecto ningún papel: la omisión de sorroco queéará fuera del tipo del artículo 7, párrafo 1, sin perjuicio de la aplicabilidad eventual del artículo 489 bis.

Es sabido que el Código penal español alude a la ocasión en algunos pasajes fundamentales, distinguiéndola de la causa. Sin detenerse en otros ejemplos, pueden citarse al respecto la disciplina del caso fortuito (artículo 8, 8.º) y del robo con homicidio (artículo 501, 1.º). La distinción entre causa y ocasión es patente según el sentido de la Ley. En el campo de la teología moral, a la que habría de acudir para una determinación exacta del concepto de ocasión, es un tema clásico de la especulación el de la responsabilidad de los ocasionarios, que no realizan el pecado, pero que en virtud de una acción suya son ocasión de él.

Lo que caracteriza a la ocasión es que no es causa, pero que favorece la actuación de esta. Entre la ocasión y la causa existe un ligamen, una vinculación de tal tipo que en virtud de la ocasión, la causa es inclinada a actualizarse en determinadas circunstancias (23).

Aplicando el concepto al tipo considerado resultará que bastará con que la circulación impulse a la actualización de la causa para que el elemento a que nos referimos esté presente. Concretando aún más, será preciso que la víctima, aunque no haya sido producida por un vehículo de motor, guarde en cuanto a su producción una conexión no causal "ocasional" con su concreta presencia. Por el contrario, quedarán al margen del tipo todos aquellos casos en que la existencia de la víctima no guarde relación alguna con un vehículo de motor.

Si esta interpretación fuese correcta, la Ley contendría un contra-

(22) Sobre el problema de la distinción entre condición y causa, vid. BATTAGLINI, *L' interruzione del nesso causale*, Milano, 1954, pág. 37; en sentido distinto y a nuestro entender inaceptable, ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, 1960, pág. 216; en el Derecho español vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal, cit.*, pág. 335.

(23) V. BATTAGLINI, *cit.*, pág. 43.

sentido. Puesto que no hay duda de que todos los elementos constitutivos del presupuesto del delito han de ser captados por el dolo del agente, resultará que la representación del nexo ocasional mencionado será difícil de obtener en numerosos casos. El ejemplo del ciclista a que antes se ha hecho referencia sería uno de ellos. A tal fin hay que destacar que la noción de "circulación" tiene que determinarse de conformidad con la propia ley, solamente aplicable a los vehículos de motor conforme al contenido de su art. 1.º. El automovilista que omite el socorro con motivo de un accidente ferroviario, o de la acción de un vehículo cuya circulación no disciplina la ley, no realiza el tipo, sin perjuicio de la aplicabilidad del art. 489 bis del Código penal. Cuando el conductor no haya presenciado el acontecimiento determinante de la existencia de una víctima, le será difícil representarse directamente si esta ha sido o no causada con ocasión de la circulación o con ocasión de otra serie diversa. Sin embargo, hay que insistir firmemente, por razones de seguridad jurídica y puesto que el tipo del art. 7, pfo. 1 es una figura agravada respecto al art. 489 bis, en que la existencia de tal nexo ocasional pertenece al tipo contemplado.

8. El comportamiento debido consiste en la prestación de socorro. Los problemas surgen aquí en varias direcciones. En el tipo del artículo 7, pfo. 1, se equipara a la presencia de la víctima la solicitud de un tercero. El tipo está concebido alternativamente. La solicitud presupone la falta de presencia, y funda el deber de socorrer.

En la aclaración de la noción de socorro hay que poner de relieve su correlación con la noción de víctima. Víctima y socorro son conceptos convergentes: no hay socorro posible si no hay víctima, ni puede entenderse presente una víctima, en el sentido del tipo, más que cuando se encuentre necesitada de socorro. Este principio debe dominar la construcción del delito y su dimensión práctica. Con ello se pone de relieve el sentido del criterio jurídico frente a un pensamiento puramente ético. En la reciprocidad de ambas nociones se encuentra la clave interpretativa del tipo.

No necesita socorro el sujeto que puede valerse por sí mismo de una forma clara y patente, ni hay un deber de socorrer cuando el accidente no ha tenido prácticamente consecuencias. Si desde el punto de vista moral, en esos casos existe indudablemente un deber de examen de la situación, la infracción del mismo queda fuera del tipo, incluso cuando el agente, por ejemplo, se haya dado a la fuga. Hay que insistir en la necesidad de un pensamiento jurídico que se apoye sobre el terreno firme de la norma, sin recargarla de elementos emocionales ajenos a su contenido. El atropellado que no experimenta lesión alguna, los supuestos de pequeños traumatismos, de insignificantes hemorragias, como anteriormente se apuntaba, no fundan un deber jurídico de acción, sin perjuicio de que la valoración moral exija el cumplimiento de una actuación en beneficio del prójimo. Pues aun-

que el pensamiento de la solidaridad domine la intelección del tipo, el derecho acota para sí los supuestos relevantes socialmente desde el punto de vista del valor de solidaridad a cuya actuación se orienta. Sean cualesquiera las valoraciones éticas del intérprete, la construcción jurídica del delito ha de realizarse desde la base positiva que proporcionan los tipos penales considerados.

Evidentemente no necesita socorro el cadáver. Falta ahí uno de los términos del binomio típico víctima-socorro. Pero al respecto ha de tenerse en cuenta que en los supuestos de una víctima causada por el conductor (art. 7, pfo. 2), surgen situaciones posibles que conviene sean aludidas, precisamente para que no haya lugar para la falsa apreciación de que en los casos en que, conforme a un criterio vulgar, la víctima muere instantáneamente, el deber de acción no existe.

Una distinción ha de hacerse entre el grupo de casos en que el propio conductor causa la víctima y aquellos en que no ha sido causada por el mismo (art. 7, pfos. 2 y 1).

En el marco del art. 7, 1, al encontrar la víctima fallecida no cabe el socorro y por lo tanto no existe un deber de acción que grave el agente. No realizará por lo tanto el tipo quien con absoluta despreocupación para los intereses ajenos, sigue indiferentemente su marcha en el caso de que las víctimas del accidente ajeno hayan muerto.

Los casos en que sea el propio conductor (art. 7, 2) quien haya causado la víctima exigen una solución diversa, correlativa a la estructura material de ese tipo de sucesos. El conductor no podrá justificarse diciendo que al haber muerto la víctima de una forma prácticamente instantánea por la gravedad de las lesiones producidas, su deber de acción carecía de sentido. El momento de realización de la acción esperada es el del accidente. Una muerte instantánea, en un sentido estricto, no se produce nunca, y el delito habrá quedado consumado justamente en el instante en que el agente, comportándose contrariamente al deber de acción que le grava, omite el socorro *todavía* posible, en el sentido del Derecho. En este mismo ámbito, se impone la solución contraria cuando el autor da comienzo a la acción de socorro y la víctima muere. Si el agente detiene su automóvil y después de examinar la situación, comprueba que la víctima ha muerto, el deber de acción cesa. Si el autor se aleja del lugar, no existirá delito; si trasladada la víctima a un centro sanitario, fallece durante el trayecto y es abandonada, el delito estudiado deberá excluirse por las mismas razones. Los ordenamientos que se se atienen al criterio de la fuga llevan a conclusiones distintas.

De la correlación existente entre el concepto de socorro y el de víctima, deriva que aquél consista en una actividad orientada a que la situación desfavorable de ésta se vea mejorada. La ley se refiere a un socorro material, o para mayor precisión, a un comportamiento que se proyecte en la dirección del socorro material. Trátase de la exigencia de una actividad polarizada en el sentido del valor de solidaridad, con independencia de que el socorro no llegue a actualizarse

mediante la consecución de un resultado favorable para la víctima. La ley no grava al agente con el deber de mejorar la salud de la víctima ni con el de evitar su muerte. Esta consideración tiene una gran importancia, mostrándose a través suyo el límite propio de la omisión del deber de socorrer. Si la ley solicitase del autor la efectividad del socorro, es decir, el mejoramiento del estado de cosas existentes o la evitación de su empeoramiento, el problema del límite entre omisión del deber de socorrer y delitos de lesiones u homicidio se plantearía de diversa forma. En cuanto la conducta del agente no hubiese dado un giro más favorable a la situación, le haría responder de las consecuencias más graves producidas. Pero la ley no constituye en garante de la integridad corporal o de la vida de las víctimas al sujeto. Solamente reclama una acción conforme con el valor de solidaridad. Existente la misma desaparece el tipo. Naturalmente que una actuación tan imprudente que empeore decisivamente la situación puede ser valorada desde otros puntos de vista, pero si se halla orientada hacia la concreción del valor de solidaridad en ningún caso puede ser tratada como omisión del deber de socorrer: por ejemplo, la torpeza del médico que presta socorro puede ser contemplada como homicidio o lesiones culposas si se comporta contrariamente a la *lex artis*.

Esta interpretación teleológica de la figura determina que cualquier acción orientada al socorro, con tal de que sea real y seria, haga desaparecer el tipo. Basta una consideración finalista, o el recurso a la idea de la adecuación social, por quienes admitan este criterio, para comprender que si el agente, a la vista de la situación existente, opta por proporcionar un socorro religioso, acudiendo en busca de quien pueda prestarlo, no actúe típicamente: la acción es conforme con la finalidad normativa, y en consecuencia jurídicamente correcta. En esta apreciación se patentiza la virtualidad interpretativa del valor de solidaridad como objeto de protección.

Lo que sí es importante es que el socorro sea conforme al valor. No es suficiente un socorro artificialmente simulado o insuficiente a la vista de las posibilidades del agente (24). La pretensión social de solidaridad contenida en la figura exige todo el socorro que razonablemente pueda ser prestado.

El cumplimiento del deber de acción debe de tener lugar urgentemente (25), pero ha de existir una total certeza respecto a que el agente se propuso contrariarlo.

Frente a las generosas decisiones de quienes se prestan súbitamente a hacer todo lo necesario, habrá de tenerse en cuenta que la presencia del accidente suscita reacciones inesperadas. Esta situación trasciende del terreno de la culpabilidad al de la construcción de la omisión antijurídica, en orden a determinar el momento de acción. Un breve lapso de tiempo, a determinar según las circunstancias, pa-

(24) Como en el caso de la sentencia 17-IV-63.

(25) V. SÁINZ CANTERO, *cit.*, pág. 445.

rece ser necesario para que la omisión aparezca con plena certidumbre y de forma inequívoca.

En los supuestos de pluralidad de víctimas ha de extenderse el socorro a todas ellas. Las restricciones convenientes se obtendrían en el ámbito de la culpabilidad valorando las posibilidades del agente.

Frente al artículo 489 bis, ha de destacarse que la Ley, influida seguramente por el pensamiento de que en esta materia el mejor socorro que puede prestarse es el traslado de la víctima a un centro sanitario, no ha tipificado el supuesto de quien impedido de prestar socorro no demandase con urgencia el auxilio ajeno. Surge así la alternativa de si lo que se ha pretendido es considerar impune esa conducta o equipararla, por el contrario, a la falta de prestación de socorro. Sin perjuicio de la subsidiariedad del artículo 489 bis, el problema debe ser abordado en el marco del propio artículo 7 de la Ley especial.

A favor de la impunidad se encontraría el citado artículo 489 bis. Habiendo partido el legislador de la omisión de socorro del Código penal para la configuración del delito contemplado, el hecho de no mencionar la solicitud de auxilio ajeno como forma equivalente a la falta de prestación personal del mismo, parece indicar que el propósito ha sido declararla impune. Sin embargo, dado el sentido agravatorio de las figuras contenidas en la Ley del automóvil, esa solución parece encontrarse en pugna con el mismo. La idea contraria no constituye, a nuestro modo de ver, un caso de analogía *in malam partem*, ni siquiera de interpretación extensiva permitida, puesto que la solicitud de auxilio ajeno es un supuesto de socorro, y la omisión de ambos tienen un contenido idéntico desde el punto de vista del ataque al bien protegido por el tipo.

9. Los problemas del elemento subjetivo se refieren al ámbito del dolo, la suficiencia del dolo eventual y la posibilidad de una comisión culposa.

El dolo exige en cada caso la representación del tipo objetivo, es decir, la existencia de una víctima causada con ocasión de la circulación o de una víctima causada por el propio autor.

La parte descriptiva del tipo constituye propiamente el objeto del elemento intelectual del dolo. Desde el punto de vista emocional, exigen las respectivas figuras la decisión de no socorrer. Representada la existencia de una víctima, causada con ocasión de la circulación, o por el propio conductor, y decidida la omisión de socorro, el dolo aparece configurado.

En el delito del párrafo 1 del artículo 7 será preciso que el agente se represente que la víctima ha sido causada con ocasión de la circulación, en el sentido anteriormente expuesto. En algunos casos resultará prácticamente imposible obtener con seguridad esa representación. En otros, según la situación existente, habrá de afirmarse la misma sólo como posible.

A nuestro entender basta con que esté presente el dolo eventual.

Una combinación entre dolo directo y dolo eventual, resulta conceptualmente sostenible si el agente se representa con certidumbre la existencia de una víctima y sólo como posible que haya sido causada con ocasión de la circulación. Tal combinación sería suficiente para la apreciación del dolo.

Por el contrario, no parece admisible una combinación entre dolo y culpa, en el sentido de que el agente no se haya representado o no haya admitido ni aun como posible la existencia de una víctima causada precisamente con ocasión de la circulación. En tales casos ha de entenderse que el problema se resuelve en el marco del artículo 489 bis.

La posibilidad de una comisión culposa ha de ser rechazada. Es sabido que un sector de la doctrina española afirma que la omisión de socorro del Código penal puede ser cometida culposamente (26). No es este el momento de terciar en ese problema. A nuestros fines, basta considerar que la ley sobre uso y circulación de vehículos de motor tiene carácter especial para que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 del Código, su artículo 565 no pueda entrar en juego. Esta solución es conforme además con el sentido de la cláusula derogatoria (disposición final tercera) de la Ley considerada.

10. Sobre el tipo de relación entre la omisión de socorro y el resultado más grave sobrevenido ha de aludirse a varios grupos de casos.

En el delito del artículo 7, párrafo 1, se exige por definición que el autor de la omisión de socorro no haya producido la víctima, es decir, no haya creado una situación previa de peligro para una persona. La idea aquí mantenida de que el objeto de protección viene dado por una pretensión social de solidaridad, muestra que el derecho no constituye en garante de la integridad corporal o de la vida al autor. Quien contempla la existencia de la víctima, no está pre-dispuesto legislativamente para la protección de estos bienes; ni se le exige que mejore la situación existente ni que evite su progresión *in peius*, mediante su intervención. Este deber general de socorrer que le grava no tiene más alcance material que el de obligarle a una conducta abstracta de socorro, es decir, a una acción orientada en el sentido de socorro, no a un socorro efectivo, real y que produzca un resultado. Mediante esa apreciación se llega a la consecuencia de que, correlativamente a las soluciones doctrinales del problema en el ámbito del artículo 489 bis, los resultados ulteriores producidos no podrán reconducirse a la omisión de socorro como a su causa en ningún caso. La omisión no es causal respecto a los ulteriores resultados, de conformidad con el sentido de los tipos.

Más problemática es la solución que haya de darse al grupo de

(26) V. NAVARRETE URIETA, *cit.*, pág. 429; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal, cit.*, pág. 94; CUELLO CALON, *Derecho penal*, II, Barcelona, 1961, pág. 679; QUINTANO RIPOLLÉS, *La omisión de socorro, cit.*, pág., 925; SÁINZ CANTERO, *cit.*, distinguiéndolo la omisión imprudente del deber de socorro y el retardo negligente (punible) en la prestación de auxilio.

casos subsumibles en el artículo 7.º, párrafo 2.º. El tipo presupone la existencia de una víctima causada por el propio conductor, que omite ulteriormente la prestación de socorro: un hacer comisivo previo produce la existencia de un menoscabo en la salud o de un peligro para la vida. Habida cuenta de que la causación dolosa de esos resultados queda fuera del ámbito de la ley especial, el comportamiento previo ha de ser culposo o fortuito.

La teoría general establece que la previa producción de un peligro para intereses jurídicamente protegidos, funda el deber del agente en orden a hacerlo desaparecer (27). La omisión de la intervención requerida es causal respecto a los resultados subsiguientes. Conforme a este principio general podría sostenerse que si el agente omite el socorro, causa los resultados en que progresivamente se haya cifrado el peligro antecedente. Si A atropella a B, culposa o fortuitamente, y éste fallece sin haber sido socorrido, estará presente una conducta activa, a la que causalmente se reconducen todos los efectos posteriores, y una omisión, en el sentido de la teoría general, a la que también han de reconducirse esos resultados. Esta construcción artificial resulta inadmisibile, puesto que contiene una duplicación innecesaria de la noción de causa.

Las necesidades prácticas del derecho penal exigen una solución distinta cuando se introduce en el caso un elemento nuevo y explícito, a saber, que la omisión de A se predisponga precisamente para conseguir la muerte de B. En tal caso habría de estimarse precisamente un delito doloso de homicidio cometido por omisión: sólo de esa forma coincidirá el momento de acción (en sentido amplio) con el momento de culpabilidad, dada la inadmisibilidad de una culpabilidad *subsequens*. Pero al razonar así se parte de que la omisión causal respecto a la muerte tiene como fundamento un hacer anterior culposo o inculpable del autor. Se alude, por lo tanto, a la omisión como forma de conducta reconocida por la teoría general, no a la omisión de socorro típica del artículo 7.º, párrafo 2.º, de la ley especial. Señalar esta diferencia resulta la consecuencia lógica de concebir la omisión del deber de socorrer como un ataque a la solidaridad humana. Lo que en el caso propuesto permite imputar la muerte al agente no es la omisión de socorro, sino su dolosa o final inactividad después de haber creado un peligro previo para bienes jurídicos de ajena titularidad. Esta distinción conceptual permite disipar algunos problemas respecto al concurso entre omisión de socorros y omisión (causal) de los resultados ulteriores sobrevenidos. En virtud de la tipificación de la falta de prestación de auxilio el derecho no constituye al sujeto en garante de determinados bienes. La posición de garante surge por un peligroso hacer anterior. La consecuencia que

(27) V. MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, t. I, Madrid, 1955, pág. 312; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, Madrid, 1949, pág. 172; WELZEL, *Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 194.

se deriva de lo expuesto es que el agente no responderá nunca, en virtud de la omisión de socorro, de los resultados más graves subsiguientes.

Por último, ha de destacarse que la conducta causal respecto a la muerte, tal como ha quedado definida en el caso propuesto, consumirá el desvalor de la omisión del deber de socorrer, evitándose así el contrasentido de que el autor sea castigado por la producción dolosa del resultado y por no haber socorrido contemporáneamente a la víctima en el sentido del artículo 7, párrafo 2, de la ley sobre uso y circulación de vehículos de motor.

NOTICIARIO

REUNION DE TRABAJO DE LA UNION INTERNACIONAL DE PROTECCION A LA INFANCIA EN OSLO

Del 24 al 30 de abril último tuvo lugar en Voksenasen, Voksenkollen, en las cercanías de Oslo, la 12 sesión de trabajo de la Unión Internacional de Protección de la Infancia, a la que asistieron una cuarentena de estudiosos interesados en problemas juveniles, de Alemania, Australia, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Italia, Holanda, Noruega, el Reino Unido y Suecia, y de varios organismos internacionales, como la Organización Mundial de la Salud, la Oficina Internacional Católica de la Infancia, la Asociación Internacional de Trabajadores en pro de los Niños Maladaptados y la misma UIPE. El único representante español fue un profesor del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid.

Los diversos participantes: jueces de menores, criminólogos, psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras y representantes de las administraciones nacionales e internacionales encargadas de problemas de menores, se ocuparon, divididos en tres grupos de trabajo, del estudio de los problemas de prevención de la Delincuencia Juvenil, y, en especial, de los de planificación de la prevención, de la coordinación de organismos y personal encargado de la misma, y de la evaluación de programas y resultados. En el curso de los trabajos, además de interesantes y convenientes cambios de impresiones y contraste de criterios entre profesionales de diversos países y disciplinas, se aclararon conceptos básicos como los de prevención primaria, secundaria y terciaria, planificación, coordinación horizontal y vertical, etc. se detallaron los problemas que dificultan la coordinación (falta de confianza entre los organismos a laborar coordinadamente, carencia de conocimientos en las técnicas de coordinación y de las manejadas por otros expertos trabajando en equipo, cuestiones de prestigio entre profesionales, etcétera), y se establecieron bases de deseable aplicación para facilitar la comunicación entre organismos y expertos, y de ambos con el público general e individuos y grupos familiares u otros, llamados a cooperar en el desarrollo de los planes de prevención. Los resultados de los trabajos de los tres grupos se recogieron en sendos informes.

Uno de los días de la reunión se dedicó a la visita de varias instituciones noruegas para menores delincuentes y con problemas de socialización.

El último día de reuniones se celebró una grata reunión de despedida, y en la mañana del domingo 30 de abril la ceremonia de clausura.

INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID

El día 18 de marzo se celebró en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, el acto de clausura del Cursillo de Criminología para Graduados y Asistentes Sociales, y la correspondiente:

entrega de diplomas. El acto fue presidido por el Excmo. Sr. Ministro de Justicia. El discurso de clausura estuvo a cargo del Subdirector del Instituto, profesor doctor Manuel Cobo, quien versó sobre «Problemas actuales de la Criminología».

El día 12 de abril pronunció en el mismo Instituto de Criminología, una conferencia, sobre «Problemas de la Reforma del Derecho penal alemán», el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Munich, profesor doctor Reinhart Maurach. Al acto asistieron, además de los alumnos del Instituto, los profesores del mismo y numerosos magistrados y especialistas en Derecho penal.

INDICE GENERAL DEL TOMO XX

FASCICULOS I Y II Enero-agosto MCMLXVII

	Páginas
<i>Necrología</i> , por Jacques Bernard Herzog	7
<i>Vida y Publicaciones de don Antonio Quintano Ripollés</i>	11
<i>Las teorías penales italianas en la potsguerra</i> , por José Antón Oneca	17
<i>Un Derecho penal conciliador</i> , por Antonio Beristain	45
<i>Delitos contra la libertad</i> , por Antonio Camaño Rosa	59
<i>La revisión penal</i> , por Federico Castejón	97
<i>Consideraciones sobre la pena</i> , por Bernardo Francisco Castro Pérez.	103
<i>Sobre la naturaleza pluripersonal del delito del adulterio (art. 449)</i> , por Manuel Cobo	147
<i>El parentesco como circunstancia mixta de modificación de la respon-</i> <i>sabilidad penal</i> , por Juan Córdoba Roda	169
<i>Sociedad, delito y derecho</i> , por Israel Drapkin	185
<i>El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba</i> <i>como homicidio</i> , por Enrique Gimbernat Ordeig	195
<i>Variedades de tipos delincuentes</i> , por Sheldon y Eleanor Gluek	205
<i>Trastorno mental transitorio</i> , por Felipe Gómez Mont	237
<i>¿Cómo reprime el Derecho penal suizo las infracciones por negligencia?</i> , por Jean Graven	245
<i>La reforma penal en Chile</i> , por Francisco Grisolia	289
<i>Naturaleza del delito de falso testimonio</i> , por J. J. Hernández Guijarro.	333
<i>A sangre fría</i> , por Luis Jiménez de Asúa	351
<i>Etiología de la predisposición del delito</i> , por Carlos M. ^a Landeche ...	375
<i>Sobre una inadvertida modificación del artículo 544 del Código penal</i> , por Gerardo Landrove Díaz	387
<i>Antonio Quintano Ripollés</i> , por Luis López Ortiz	395
<i>El Profesor Saldaña, figura de la ciencia penal</i> , por Jaime Masaveu.	401
<i>La criminología y el Juez penal</i> , por Adolfo de Miguel... ..	419
<i>Problemas alrededor de la legítima defensa</i> , por Julián Pereda	435
<i>Reflexiones en torno de la acción delictuosa</i> , por Enrique Ramos Mejía	463
<i>Consideración antinómica del delito</i> , por Juan del Rosal	477
<i>La sangre en el lugar del suceso</i> , por Ricardo Royo Villanova	489
<i>El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dio</i> <i>lugar al Código Penal de 1822</i> , por José A. Sáinz Cantero	509
<i>Jeremías Bentham y el Derecho Penal</i> , por José Sánchez Osés	539
<i>Requiem para un amigo</i> , por Valentín Silva Melero	563
<i>El Juez de Ejecución de Penas en Francia</i> . por Domingo Teruel Gar-	
ralero	569
<i>Aspectos de la omisión especial de socorro</i> , por Angel Torio	581
NOTICARIO	603

<i>Sociedad, delito y derecho</i> , por D. Israel Drapkin	185
<i>El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio</i> , por D. Enrique Gimbernat Ordeig	195
<i>Variedades de tipos delincuentes</i> , por D. Sheldon y Eleanor Gluek	205
<i>Trastorno mental transitorio</i> , por D. Felipe Gómez Mont	237
<i>¿Cómo reprime el Derecho penal suizo las infracciones por negligencia?</i> , por D. Jean Graven	245
<i>La reforma penal en Chile</i> , por D. Francisco Grisolia	289
<i>Naturaleza del delito de falso testimonio</i> , por D. J. J. Hernández Guijarro	333
<i>A sangre fría</i> por D. Luis Jiménez de Asúa	351
<i>Etiología de la predisposición al delito</i> , por D. Carlos M. ^a Landecho	375
<i>Sobre una inadvertida modificación del artículo 544 del Código penal</i> , por D. Ge- rardo Landrove Díaz	387
<i>Antonio Quintano Ripollés, Magistrado de la Sala II del Tribunal Supremo</i> , por D. Luis López Ortiz	395
<i>El profesor Saldaña, figura de la ciencia penal</i> , por D. Jaime Masaven	401
<i>La criminología y el juez penal</i> , por D. Adolfo de Miguel	419
<i>Problemas alrededor de la legítima defensa</i> , por P. Julián Pereda	435
<i>Reflexiones en torno de la acción delictuosa</i> , por D. Enrique Ramos Mejía	463
<i>Consideración antinómica del delito</i> , por D. Juan del Rosal	477
<i>La sangre en el lugar del suceso</i> , por D. Ricardo Royo Villanova	489
<i>El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dio lugar al Código penal de 1822</i> , por D. José A. Sainz Cantero	509
<i>Jeremías Benthan y el Derecho penal</i> , por D. José Sánchez Osés	539
<i>Requiem para un amigo</i> , por D. Valentín Silva Melero	563
<i>El Juez de Ejecución de Penas en Francia</i> , por D. Domingo Teruel Carralero	569
<i>Aspectos de la omisión especial de socorro</i> , por D. Angel Torio	581
NOTICARIO	603

Suscripción anual: España, 300,— pesetas
Extranjero, 400,— pesetas

Número suelto: España, 125,— pesetas
Extranjero, 150,— pesetas