

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXI
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO
MCMLXVIII

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: Enero-abril 1968.

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 XXI
FASCICULO II**



**MAYO-AGOSTO
MCMLXVIII**

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

Depósito Legal, M. 126.—1958

La doctrina de la acción finalista, hoy (*)

HANS WELZEL

Las amables palabras de salutación que me han dedicado ustedes me han emocionado profundamente; les estoy muy agradecido. Por primera vez en mi vida me encuentro en territorio español, y ustedes, los ciudadanos españoles, me dan ocasión de exponer públicamente mi pensamiento. Les estoy muy agradecido, y ello por varias razones: en primer lugar, como alemán. Al decir esto no me refiero, en primer término, a que entre España y Alemania han existido y existen estrechas relaciones culturales, sino, sobre todo, a que precisamente la ciencia de la que quiero hablar ahora, es decir, la ciencia del Derecho penal, ha creado desde hace más de cien años una vinculación especialmente estrecha entre nuestros países. La dogmática del Derecho penal desarrollada en los últimos cien años por científicos como Liszt, Beling, Radbruch y Mezger ha encontrado en España el máximo eco y colaboración, de tal modo que ahora puedo hablarles en un terreno que es común a todos.

Pero a ello se añade otro vínculo que me une especialmente a España. Hace ya casi quince años, en 1953, pronunció en la Universidad de Valencia, su famoso profesor señor Rodríguez Muñoz, su discurso de apertura sobre la doctrina de la acción finalista, en el que exponía con claridad las ideas fundamentales de mi doctrina y hacía un profundo y concienzudo análisis crítico de las mismas. Resumiendo su tesis en una frase, llegaba Rodríguez Muñoz a la conclusión de que la doctrina de la acción finalista resulta sumamente apropiada para la interpretación de los delitos dolosos, pero no lo es para la interpretación de los delitos culposos. En 1954, después de la publicación de su discurso, mantuve correspondencia con el señor Rodríguez Muñoz acerca de las objeciones que había formulado, pero su muerte interrumpió repentinamente nuestra correspondencia. Creo que no puedo

(*) Conferencia pronunciada el día 22 de abril en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Traducción directa del alemán por JOSÉ CEREZO MIR, profesor Adjunto de Derecho penal de la Universidad de Madrid.

honrar mejor la memoria de este agudo penalista, en esta mi primera visita a España, que continuando ante ustedes el diálogo interrumpido, exponiéndoles mis ideas sobre los delitos culposos, tal como las he ido desarrollando en el tiempo transcurrido. Pero antes de hacerlo quisiera tomar posición ante algunos malentendidos con que ha tropezado continuamente la doctrina de la acción finalista y que han encontrado expresión de nuevo en el último año en Alemania. Quisiera, sin embargo, que mi amigo y discípulo Cerezo-Mir leyera por mí mi conferencia para liberarles ya a ustedes de mi mala pronunciación española.

En otoño del año pasado, mi colega Hellmuth Mayer publicó un breve Manual de Parte General del Derecho Penal, en el que, para hacer la crítica de la doctrina de la acción finalista, cita el siguiente ejemplo:

“Un cazador, en una batiúa, no da al conejo, sino a un montero, sin sospechar que éste pueda encontrarse en ese lugar, y posiblemente sin poder suponerlo siquiera. Schröder escribe en su Comentario, no sin razón, que es difícil de explicar a un observador imparcial que el cazador no haya lesionado con su acción al montero. Según la doctrina de la acción finalista, el cazador no realiza una acción dolosa, es decir, finalista, dirigida al fin de la lesión y, por consiguiente, una acción” (1).

Hasta aquí, Hellmuth Mayer. Si se comparan sus palabras con el análisis de la acción finalista en el capítulo 8.º de mi Manual, no cabe duda alguna de que la conducta del cazador, que dispara al conejo, es precisamente un ejemplo de acción finalista: el cazador se anticipa mentalmente el fin que quiere realizar (muerte del conejo), elige para ello los medios necesarios (escopeta, munición) y los utiliza conforme a un plan para realizar el fin (apuntar, disparar): un ejemplo clásico de acción finalista. Pero como el cazador no logra la dirección de su acción hasta la consecución del fin (el conejo), su conducta cinagética se queda en simple tentativa. Lo que no se da, ciertamente, es una acción finalista de *lesión* en relación con el *montero*. Pues este fin no se lo ha anticipado el cazador, no ha elegido los medios para ello, ni los ha dirigido a la consecución de este fin. No sé a que “observador imparcial” sería esto “difícil de explicar”. Imagínese sólo el caso de que el disparo dirigido al conejo no alcance ni al conejo ni al montero, sino que pase en medio y muy lejos de ambos; el cazador habría realizado entonces, dado el fin que se había asignado, una tentativa de caza del conejo, pero no una tentativa de lesiones o de homicidio del montero. De esto no cabe tampoco duda alguna. Al contrario, estos ejemplos son los más apropiados para demostrar la corrección de la doctrina de la acción finalista.

¿Pero dónde radica el malentendido que aquí existe? Se advierte en la frase de que el cazador, que da al montero en lugar de al conejo, “no realiza una acción dolosa, es decir, finalista, dirigida al fin de la lesión y, por consiguiente, una acción”. Ahora bien, Hellmuth Mayer

(1) 1967, pág. 49.

no quiere decir tampoco que el cazador realice una acción lesiva “dolosa”, en el sentido de los delitos de homicidio o lesiones corporales. En sus palabras va implícita, más bien, otra afirmación: la equiparación de finalidad y dolo. Si Mayer entendiérase la palabra “dolo” (Vorsatz) en el sentido del lenguaje corriente en Alemania, con arreglo al cual —y según un viejo refrán— incluso el camino del infierno está empedrado de “buenos dolos” (buenos propósitos, decimos nosotros), entonces podría equiparar, sin reparo alguno, la finalidad con el dolo, es decir, con la voluntad de realización de la acción. Entonces, en el caso mencionado por él, el autor realizaría, sin duda, una acción finalista dolosa dirigida a la realización del fin de la caza del conejo y, “por consiguiente, una acción”. Mayer confunde, sin embargo, el dolo con el dolo de la realización del tipo, lo cual es fácil en la lengua alemana, y llega por ello a la conclusión de que puesto que el cazador que dispara al conejo no actúa con dolo de realización de un tipo, no realiza, “según la doctrina de la acción finalista”, una acción. Nunca y en ninguna parte la doctrina de la acción finalista ha mantenido la tesis de que sólo pueda haber acciones dentro de las acciones típicas, de que no exista finalidad y, por tanto, acciones fuera del dolo del tipo. La doctrina de la acción no se ocupa *en primer término* de las acciones relevantes para el Derecho penal, sino que desarrolla el principio estructural general de las acciones humanas, es decir, su dirección en función del fin anticipado mentalmente (junto a la selección de los medios y la consideración de los efectos concomitantes) y su realización en dirección al fin. En este sentido es completamente indiferente el fin de que se trate o que éste sea o no relevante para el Derecho. Entre los ejemplos que utilizo en la doctrina de la acción, hay muchos de acciones que son o pueden ser completamente irrelevantes para el Derecho: construir, escribir, inyectar, montar a caballo, jugar, hacer gimnasia y otros. Lo único que me interesa en la doctrina de la acción es poner de relieve el principio estructural, general, de la acción humana, es decir, de su *dirección*, y demostrar que la “acción”, también en su curso “externo”, es un acontecer dirigido por la voluntad, por consiguiente, una unidad, de voluntad interna y hecho externo. Si este es el principio estructural general de toda acción humana, tiene que serlo también de la acción relevante para el Derecho penal, es decir, de la acción típica; sólo así adquiere importancia para la acción típica. También la voluntad de la acción dirigida a la realización de una acción típica, es decir, el dolo del tipo, tiene que ser el factor que dirija la acción. Esto significa que si bien todo dolo del tipo es una voluntad finalista, no toda finalidad es un dolo del tipo. Los dolos del tipo representan sólo un pequeñísimo sector de la multitud innumerable de posibles voluntades finalistas de la acción (de los dolos del uso común del lenguaje), así como las acciones típicas representan sólo un sector pequeñísimo de las acciones que se realizan. El malentendido de H. Mayer se basa en la duplicidad de sentidos de

la palabra dolo en la lengua alemana (es decir, dolo=voluntad finalista de la acción y dolo=dolo del tipo).

Aunque este malentendido no aparece por primera vez en H. Mayer. Ya *Engisch*, en 1944, en el libro homenaje a Kohlrausch y refiriéndose a las dos primeras ediciones de mi *Grundriss des Allgemeinen Teils* (Compendio de la Parte General), me había reprochado falta de consecuencia: la enfermera que inyecta al paciente un calmante que le ha entregado el médico, sin tener noticia del veneno que éste ha mezclado en la inyección, “no habría realizado, según Welzel”, escribía Engisch, “acción alguna” (2). En el mismo año (1944) contesté, en la 3.^a edición de mi *Grundriss* (3), que el carácter doloso de una acción debía ser sólo examinado en relación con la producción de un resultado determinado. Por ello, la enfermera “no realiza una acción finalista de matar, pero sí una acción finalista de inyectar”. Esta aclaración la reproduje también en las dos primeras ediciones de mi *Lehrbuch* (Manual) (1947 y 1949). En la 3.^a edición (1954) hacía referencia también a esta aclaración, pero no la reproducía. Para evitar, no obstante, el malentendido que se había manifestado por primera vez en Engisch, añadí en el capítulo 13 de mi *Lehrbuch*, al tratar del dolo, el siguiente pasaje:

“Mientras se utiliza el dolo como concepto jurídico-penal, su objeto es la realización del tipo objetivo de un delito. Dolo, en el sentido técnico del Derecho penal, es sólo la voluntad de la acción dirigida a la realización de un tipo delictivo. De ahí se deduce que existen también acciones no dolosas, es decir, acciones en las cuales la voluntad de la acción no está dirigida a la realización de un tipo delictivo, como la mayor parte de las acciones de la vida diaria. A ellas pertenecen también las acciones culposas.”

Este pasaje lo he mantenido, sin modificación alguna, hasta la última edición (1967). Pero a pesar de ello, han surgido continuamente malentendidos. Por esta razón, en el Libro en memoria de Max Grünhut (1965) (4) hice la siguiente observación:

“Tengo la sospecha de que la falta de claridad sobre la relación entre el dolo del tipo y la voluntad finalista de la acción es el principal punto de apoyo para la crítica de la doctrina de la acción finalista. Por ello, como aclaración: todo dolo del tipo es una voluntad finalista de una acción, pero no toda finalidad es un dolo del tipo.”

Esta indicación ha servido también de poco. Un joven español (5) ha objetado contra ella lo siguiente: las explicaciones que da allí Welzel son algo completamente nuevo; la doctrina de la acción finalista no puede distinguir una voluntad finalista de la acción junto al dolo del tipo y no ha hecho tampoco antes esta distinción. Estas dos afir-

(2) Pág. 156, nota 55.

(3) Pág. 37.

(4) Pág. 178, nota 20.

(5) Gimbernat Ordeig, N. J. W. 66, págs. 533 y ss.

maciones son sencillamente falsas. Desde la 3.^a edición de mi Grundriss (1944) hasta la última edición de mi Lehrbuch (1967) he hablado *expressis verbis* de acciones no dolosas, es decir, de acciones sin dolo del tipo, y he mencionado también algunos ejemplos; y al que haya conocido mis primeras publicaciones (6) no le puede pasar por la imaginación que yo haya entendido únicamente por voluntad rectora de la acción el dolo del tipo. Espero que este viejo malentendido desaparezca ya definitivamente.

Lo que me ha sorprendido es que esta confusión aparezca de nuevo precisamente en H. Mayer. La invocación de la estructura de la acción humana en la doctrina de la acción finalista tenía por objeto fundamentar de un modo más profundo la conexión interna, es decir, la unidad del acontecer externo y la dirección, de la acción. En este sentido, la "teoría de la voluntad" de H. Mayer suena como una paráfrasis de la doctrina de la acción finalista. Según H. Mayer, acción es voluntad objetiva, la forma externa que se da a sí misma la voluntad; de un modo gráfico, dice H. Mayer, el hecho y la voluntad se comportan como el cuerpo y el alma; así como un cuerpo sin alma es sólo un cadáver, una conducta corporal sin voluntad interna no es una acción (7). Todas estas expresiones gráficas podría utilizarlas yo también para ilustrar la teoría de la acción finalista. Pero, como el mismo H. Mayer dice, se trata sólo de imágenes; les falta la estructura, racional y captable por la razón. Sólo una vez se hace alusión a ella, de pasada, cuando escribe: "un acontecimiento externo, que no está *dirigido* por una voluntad así, no puede ser concebido como contrario a los imperativos" (pág. 60). Pero no desarrolla luego este pensamiento.

Estas observaciones son suficientes para aclarar la relación entre la finalidad y el dolo. La finalidad es el concepto más general, fundamental; designa la cualidad de una acción de ser un acontecimiento dirigido. Es un concepto prejurídico, mientras que el dolo es un concepto jurídico, referido al tipo objetivo, que indica que la dirección de la acción se orienta a la realización del tipo. Quizá hubiera sido mejor que hubiera adecuado a ello mi terminología y hubiera denominado a la acción no según el fin, desde el que y hacia el cual es dirigida (es decir, como acontecer "finalista"), sino más bien según el acto de dirección, es decir, con la palabra griega, hoy puesta de moda, para designar la dirección (kybernan), como acontecer "cibernético". Algunas confusiones se hubieran evitado de antemano. En todo caso está claro que cuando la voluntad de la acción se dirige a la realización de un tipo legal estamos ante el dolo en sentido técnico. Este dolo es una parte integrante de la acción. De ahí se derivan importantes consecuencias para la doctrina de la participación: la inducción y la complicidad suponen una conducta principal dolosa. Esto

(6) Especialmente Z. Str. W. 51, págs. 717 y ss.; 58, págs. 502 y ss.

(7) Así Mayer, pág. 60.

lo ha reconocido también nuestro Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo) y ha aceptado, con ello, una consecuencia de la doctrina de la acción finalista (8). La segunda consecuencia afecta a la doctrina de la culpabilidad y consiste en que la conciencia de la antijuricidad no es un elemento del dolo. De ahí se deriva la doctrina del error de prohibición que ha admitido igualmente nuestro Bundesgerichtshof en una sentencia que se ha hecho muy famosa (9).

Pero ahora pasamos al delito *culposo*. ¿Puede la doctrina de la acción finalista explicar también de modo satisfactorio el delito culposo? Rodríguez Muñoz lo dudó en 1953, y muchos autores famosos han compartido hasta hoy sus dudas. A estas dudas quisiera oponer yo la tesis, que pretenderé demostrar, de que precisamente la doctrina de la acción finalista y sólo la doctrina de la acción finalista está en condiciones de interpretar correctamente los delitos culposos. En primer lugar haré una breve consideración histórica. La doctrina de la acción que a partir de 1880 llegó a ser, poco a poco, la dominante y según la cual, acción es el mero curso causal impulsado por un acto humano voluntario, fue desarrollada especialmente en función de la doctrina de la culpa (10). Dado que se consideraba, como hacía Mezger en 1952 (11), que “la parte esencial, para el Derecho penal, del delito culposo” era el resultado causado, parecía no existir mejor vía para la comprensión de la culpa que el concepto causal de la acción. También fui víctima yo, al principio, de este prejuicio y partí de la consideración de que en el delito culposo “el resultado, no deseado, decisivo, se produce de un modo ciego-causal” (12). El prejuicio no consistía en que el resultado se produzca de un modo causal-ciego, sino en que sea él precisamente el elemento *decisivo* de la culpa. Sólo con vacilaciones y poco a poco me fui liberando de este prejuicio. Esto sucedió en los años siguientes al de 1954, cuando Rodríguez Muñoz no vivía ya, desgraciadamente. En la 4.^a edición de mi Lehrbuch (1954) (13) objeté a la frase antes citada de Mezger que el elemento decisivo de la antijuricidad de la culpa no podía ser el mero resultado causado; pues el conductor que conduce observando el cuidado necesario en el tráfico y atropella, sin embargo, a un peatón, porque éste, de repente, se colocó de un salto delante del coche, causa sin duda con su acción —conducir el coche— la lesión de un bien jurídico, pero su conducta no es antijurídica y no meramente inculpable. El elemento de la antijuricidad tiene que radicar en algo distinto que el resultado, es decir, en la forma de ejecución de la acción (14). Este argu-

(8) B. G. H. 9, pág. 370.

(9) B. G. H. 2, pág. 194.

(10) Véase Radbruch, *Der Handlungsbegriff*, 1904.

(11) Mezger, *Kurzlehrbuch*, Allg. Teil, 4.^a ed., 1952, pág. 45.

(12) Z. Str. W. 58, 559.

(13) Pág. 33.

(14) Mezger suprimió desde la 5.^a edición de su *Kurzlehrbuch* la frase criticada, pero siguió manteniendo en el capítulo 70 (hasta la última edición

mento fue recogido por el Bundesgerichtshof, que declaró en su sentencia B.G.H.Z. 24, pág. 21 (15):

“No es posible que una conducta que se ajusta completamente a los mandatos y prohibiciones del Derecho del tráfico sea objeto del juicio valorativo negativo de la antijuricidad. El resultado producido no ofrece para ello fundamento suficiente, puesto que el juicio de la antijuricidad ... no puede dejar de tener en cuenta la acción que conduce al resultado.” En el mismo sentido se ha manifestado el T. S. español en numerosas sentencias, a partir de las de 11 y 16 junio 1964.

De un modo aún más claro puse de manifiesto la insuficiencia del resultado causado y la importancia decisiva de la *forma de ejecución* de la acción para el juicio de la antijuricidad, mediante el siguiente ejemplo (16): los coches A y B chocan en una curva sin visibilidad, quedando lesionados los dos conductores, A y B. La acción de cada uno de ellos ha causado la lesión del otro. Sin embargo, con esto no se ha determinado aún la antijuricidad de su conducta. Pues el que haya actuado uno u otro antijurídicamente depende de cómo fueran sus acciones: para A se trataba de una curva a la derecha; al entrar en la curva se había mantenido en la parte derecha de la carretera; para B se trataba de una curva a la izquierda, que cortó entrando en la banda de A. La acción de A era —a pesar de la lesión de B— correcta, cuidadosa, conforme a Derecho; la de B, al contrario, incorrecta, imprudente, antijurídica. No hay duda de que es la consideración de la forma de ejecución de la acción y no la mera comprobación de la producción del resultado la que proporciona el fundamento objetivo para el juicio de la antijuricidad. Esto demuestra que el concepto causal de la acción no ha facilitado, sino que ha desviado e incluso ha bloqueado el camino a la valoración jurídica. Puesto que con él no sólo se desplaza el problema de la antijuricidad a un plano falso, sino que no es posible una solución satisfactoria del mismo, al formularse únicamente la pregunta acerca de la conducta correcta, cuidadosa y, por consiguiente, acerca de la conducta incorrecta, imprudente, en el ámbito de la culpabilidad.

Pero aunque se haya demostrado que el concepto causal de la acción es inservible en la culpa, queda aún por examinar el problema de si la doctrina de la acción finalista es más apropiada para proporcionar el fundamento del juicio de la antijuricidad en los delitos culposos. ¿No será cierto que, como ha dicho *Schröder*, la “tendencia finalista” es aquí completamente indiferente (17); o, para decirlo con palabras de

publicada por él, la 9.^a) que los defectos de la ejecución de la acción son un “puro reproche de culpabilidad”. Sólo Blei ha roto con este criterio en su reelaboración de la 12.^a edición.

(15) N. J. W. 57, 785 (786).

(16) *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*, Karlsruhe, 1961, pág. 8.

(17) Schönke-Schröder, Vorb. 32.

Arthur Kaufmann (18), el elemento jurídicamente relevante del hecho culposo —la inobservancia del cuidado objetivamente debido en el desarrollo de la acción— no puede ser insertado “en el modelo de acción de la doctrina de la acción finalista”? En efecto, la “tendencia finalista (o más exactamente, el fin anticipado de la acción) es completamente indiferente en el hecho culposo. La doctrina de la acción finalista nunca ha afirmado lo contrario. Pero no se trata en realidad de esto, sino, más bien, de si el fundamento objetivo al que hace referencia el juicio de la antijuricidad del delito culposo (o sea, la inobservancia del cuidado objetivamente debido) puede ser comprendido con el “modelo de la doctrina de la acción finalista” y sólo con él.

Ahora bien, en los ejemplos antes citados puede verse esto claramente. No se hace referencia en ellos a los fines de las acciones —llegar con el coche rápidamente a un lugar determinado— puede suponerse que son unos u otros y probablemente serán indiferentes para el Derecho penal; lo que importa es si los autores al realizar las acciones que han elegido y que llevan a cabo para conseguir sus fines, han observado o no el cuidado necesario en el tráfico. Esto lo ha hecho A, pero no B. La dirección de su acción (aquí, incluso, en sentido literal) era incorrecta, es decir, no respondía al cuidado necesario en el tráfico para evitar las colisiones y era, por ello, imprudente y antijurídica. También aquí se advierte que sólo partiendo del modelo de la acción finalista como un acontecer dirigido o mejor un acontecer que se dirige a sí mismo, se destacan las circunstancias en que puede basarse el juicio de la antijuricidad. Sólo así se hace perceptible el elemento de lo injusto de la culpa: la dirección real de la acción, es decir, la selección de los medios y su utilización, es examinada para ver si se ajusta o no al cuidado necesario en el tráfico. Con ello se destaca un elemento que se esfumaba en la doctrina causal de la acción (con su tesis de que sólo la causación del resultado tiene relevancia jurídica) (19). Sólo mediante su examen puede constatarse la juricidad o antijuricidad de una acción culposa. Es cierto que según el Derecho positivo alemán la inobservancia del cuidado objetivamente debido en el desarrollo de la acción tiene que haberse *realizado* también en una lesión de un bien jurídico. Aquí podría hablarse de un “residuo” de la doctrina causal de la acción. Pero no puede decirse que sólo el elemento causal tenga relevancia jurídica, pues dicho elemento es sólo relevante si es consecuencia de una determinada acción que no responde al cuidado objetivamente debido (20), de una acción dirigida (finalista).

Precisamente en el delito culposo se advierte con una claridad me-

(18) *Juristische Schulung*, 67, pág. 147.

(19) Así, ya Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1930, págs. 276 y ss.

(20) Esto lo afirma también claramente Schröder: *Schönke-Schröder*, art. 59, N. 159, ciertamente en contradicción con pasajes anteriores, por ejemplo, en N. 163 y, sobre todo, en Vorb. N. 32.

ridiana, que también en él la dogmática del Derecho penal sólo está en condiciones de deslindar los elementos del delito, de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad sobre la base del concepto de la acción finalista, de la acción dirigida ("cibernética") y no sobre el concepto causal de la acción: una acción es típica, en el sentido de los delitos culposos, si su dirección real no corresponde al cuidado necesario en el tráfico y a consecuencia de ello ha producido un resultado típico. Esta tipicidad es un indicio de la antijuricidad; ésta se da si no concurría ninguna causa de justificación de la acción imprudente. La culpabilidad es la reprochabilidad de la inobservancia del cuidado objetivamente debido; se da, si el autor ha previsto o ha podido prever, la infracción del cuidado objetivamente debido. Con ello la doctrina de la acción finalista ("cibernética") ha fundado la dogmática del delito culposo. Esta dogmática se ha convertido actualmente en la opinión dominante en la doctrina.

Les agradezco a ustedes su amable atención y confío en haber conseguido darles una impresión del estado actual de la doctrina de la acción finalista en Alemania.

Nuevas aportaciones en torno al problema de la «vida» y de la «muerte» y sus incidencias jurídicas

(A propósito de los trasplantes de corazón)

Por el profesor JEAN GRAVEN

Ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra, presidente del Tribunal de Casación, presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

Traducción del doctor RUPERTO NUÑEZ BARBERO, profesor adjunto de Derecho penal de la Universidad de Salamanca

ADVERTENCIA PRELIMINAR

Este estudio se ha desarrollado, naturalmente, como una especie de crónica, siguiendo el curso de las noticias que nos llegaban y de las reflexiones que iban surgiendo a medida que de ellas teníamos conocimiento. Tales informaciones eran incompletas y a veces, si tenemos en cuenta su origen periodístico, imprecisas o superficiales. E incluso los propios acontecimientos se han desarrollado en una serie de "etapas" que el observador se encontraba ante la obligación de seguir.

Después de los dos primeros trasplantes de corazón, que llamaremos "históricos", practicados por el profesor Barnard y su equipo en Africa del Sur, el 3 de diciembre de 1967 y el 2 de enero de 1968, vinieron los que se efectuaron en los Estados Unidos por el profesor Shumway y después por el profesor Kantrowitz, respectivamente, el 6 y el 9 de enero.

Estas audaces operaciones, hasta entonces insólitas, y de las cuales ha sobrevivido uno solo de los beneficiarios a pesar de todos los cuidados y precauciones de que fueron rodeadas, han dado lugar sea a un concierto de elogios, sea, por el contrario, a una ola de protestas o de reservas, especialmente en Francia, en Alemania, en la U. R. S. S. e incluso en los Estados Unidos, las cuales se pusieron de manifiesto cuando se habló de nuevos trasplantes a efectuar en un futuro inmediato. La idea de una sana y prudente emulación, bien preparada de entemano, en beneficio de la ciencia y del enfermo a quien se trataba de salvar, se encontró oscurecida y desnaturalizada ante unas acusaciones que la calificaron de "carrera en busca de la notoriedad", de "rivalidad", en tanto que los problemas morales y de ética profesional se po-

nian de relieve y constituían materia de debate de amplitud cada vez mayor, ante la emoción provocada por un desarrollo excesivamente rápido y excesivamente espectacular.

En cada etapa se planteaban nuevas cuestiones. Pero también se hacía un poco más de luz. Las discusiones, siempre apasionadas, a menudo basadas en una información insuficiente y a veces injustas, que suscitaba esta universal "querrela entre los antiguos y los modernos" llegaron a su paroxismo en el momento en que el 11 de enero, respondiendo a la invitación de los médicos de El Cabo, un grupo de cardiólogos, cirujanos e inmunólogos franceses iba, haciendo gala de recto juicio, a informarse sobre el lugar de los hechos y por medio de contactos directos con sus colegas, de lo que había sido en "realidad" y en "verdad" la preparación, las circunstancias, las técnicas y los riesgos, las esperanzas y la evolución de las dos operaciones de El Cabo. Con su declaración pública de 21 de enero, en el momento de su regreso, hecha con competencia, de una lealtad intelectual total, y que constituyó "una puesta a punto" de hoy en adelante indiscutible bajo el punto de vista médico, terminó para nosotros esta fase y dio lugar a la apertura de la siguiente.

Fue con ocasión del viaje del profesor Barnard a Europa, de sus visitas y de sus entrevistas con sus colegas, de sus declaraciones y de sus interviús, cuando logramos una información directa y precisa, la respuesta a las objeciones, las aclaraciones que esperaban también los peritos en la materia, al igual que lo esperaba la opinión pública en general. La recepción que le hicieron las "eminencias" médicas francesas en materia de cardiología, de trasplantes de órganos humanos en general y en el campo de la inmunología, la estimación que en general le manifestaron, y que tuvo particular resonancia, cuando abandonó París el 4 de febrero, consagraron la seriedad, el valor, las condiciones de ética médica y profesional que habían de derribar los obstáculos que a algunos parecieron insalvables hasta entonces. La visita consecutiva del profesor Barnard a los Estados Unidos, su audición por la Comisión Especial para la Salud, en el Senado americano, y la discusión ante la Academia de Ciencias americana, el 28 de febrero, han demostrado, no obstante, los grandes titubeos o las incertidumbres que todavía subsisten.

Por lo que se refiere al problema ético, éste ha sido definitivamente dilucidado en el curso de la audiencia concedida por S. S. el Papa Pablo VI al profesor Barnard, en el Vaticano, en su visita a Roma el 29 de enero. Los artículos de los teólogos, especialmente los del "Observatore Romano", que recuerdan los discursos y las directrices dadas por Pío XII en el pasado a los médicos, aplicándolas a los problemas de trasplante, y el informe emitido en París por el R. P. Riquet ante la Academia de Ciencias Morales y Políticas, el 19 de febrero de 1968, han despejado el horizonte.

Estas circunstancias explican mis propios titubeos y el no poder ir directamente al grano y tender sin ambages al logro de una síntesis

a cuyo objetivo iba encaminado mi trabajo, puesto que cada día aportaba a mi exposición un hecho, un argumento, una decisión o una opinión nuevos. Es por tal razón por la que se observarán en realidad varias etapas, a partir de la "fecha histórica" del domingo 3 de diciembre por la mañana en el Hospital Groote Schuur de El Cabo. La introducción se esbozó primero por medio de una especie de "editorial" ampliado y por una "opinión" sobre el alcance jurídico del problema de los trasplantes e injertos de un corazón sano y "vivo" de un hombre "cerebralmente muerto" sobre un hombre gravemente enfermo del corazón y, por ello, en peligro de muerte inminente. Esta opinión nos fue solicitada, el 8 de enero, para una primera emisión radiofónica.

La etapa de la repetición de las operaciones y del anuncio de la emulación ciertamente prematura y peligrosa, sensible a través del mundo, es decir, la etapa de la "gran polémica", debía necesariamente alimentar y desenvolver las "reflexiones" que de ello debíamos sacar, y necesitaba buena cantidad de retoques, de retrocesos, de añadidos a las consideraciones que tratábamos de publicar para contribuir a la búsqueda imparcial de la solución humanamente "justa" y recomendable para la adaptación de la legislación. Otro tanto ocurría con el esclarecimiento científico y la tranquilidad moral, en el instante en el que se consideraban las repercusiones sobre el plano legal y sobre el de las instituciones.

Era posible entonces hacer, al fin, un "balance" bien informado, imparcial y sereno, y formular las conclusiones del jurista. Esto es lo que hemos hecho en la segunda parte de este estudio, volviendo a examinar retrospectivamente nuestra exposición inicial, dirigiendo a la vez la mirada tanto sobre lo que había precedido como sobre lo que iba a seguir. Nos hemos esforzado en hacerlo, no ha menester decirlo, apoyando nuestra opinión sobre nuestro propio punto de vista en relación a la filosofía del derecho, la ética jurídica, los principios básicos de un derecho moderno, su evolución en general, y a la tarea de adaptación necesaria de la legislación y de las instituciones a las realidades y a la manera de ver de nuestro tiempo.

Esta ampliación progresiva o sucesiva de nuestras informaciones de base, de nuestras referencias o de nuestras reflexiones explica y —así lo esperamos— justificará a los ojos de nuestros lectores esta exposición que no se presenta como formando un solo bloque. Esta constituye no ya una visión de conjunto sobre los diversos problemas en el momento en que los elementos de la solución fueron dados, sino una programación circular de información y de investigación, de reunión de estos elementos, con el fin de orientarse y de poder, para establecer conclusiones, mirar hacia adelante y formular con conocimiento de causa una opinión jurídica y sociológica objetivamente fundada.

Recordando el camino seguido, esta investigación en el seno mismo de la marcha de los acontecimientos poco ordinarios que nos era dado contemplar, se comprenderá mejor la estructura de esta exposición, con sus notas sobreañadidas en *post-scriptum* a medida que sobrevenía

una información, una precisión o un hecho nuevo, y los recuerdos o las llamadas de la segunda parte del estudio, escrita en el momento en que se conoció el resultado de estos problemas, para tratar de reconstruir la imagen íntegra, que es la única que permite sentar la conclusión, y el emprender las realizaciones exigidas por el progreso del conocimiento y de la legislación.

Hemos tenido en cuenta, obrando de esta suerte, ese editorial del "Observatore Romano" del 31 de enero de 1968 "a propósito de los injertos de corazón", representando el coloquio del profesor Barnard con sus colegas de la medicina y de la cardiología, que "se reunían como en una escuela de filosofía antigua". La pequeña pantalla permitía entrever el anfiteatro donde discutían "los hombres vestidos de blanco": "Se puede dudar todavía de las relaciones entre la ciencia y la moral, cuando, como ahora, se trata de intervenciones que alcanzan al hombre, a su existencia, a su esencia; de intervenciones que conciernen a esta "entidad" llamada hombre... ¿No evocaban un consejo que debía dictar veredictos definitivos para la humanidad que sufre y que están llamados a dirigir las investigaciones científicas? El espíritu de los sabios que discutían al igual que el de los millones de auditores invisibles, profanos o conocedores, siguiendo la trayectoria de la vida humana, debía chocar contra esta barrera en la que lo desconocido nos detiene y en la que se manifiestan los límites humanos".

El jurista, naturalmente —puesto que todo en una sociedad organizada va a parar al dominio de la ley y sus límites—, debía también detenerse ante esta barrera, interrogarse, procurar estar "documentado" hasta el máximo antes de llegar, a su vez, a una conclusión. Pero el que en el origen mismo del acontecimiento, desee ser también un "testigo de su tiempo", no puede evadirse de la necesidad de esta progresión prudente, concienzuda y "no-rectilínea". Si afronta ese riesgo en interés de una investigación imparcial, aunque todavía vacilante, quizá merezca la excusa y la indulgencia, en lugar del reproche y la acusación de haberse precipitado.

J. G.

HOMENAJE AL PROFESOR CHRISTIAN BARNARD

"... Os ha sido necesario para decidiros tener dos cualidades esenciales: el valor y la fe, porque unís a la decisión quirúrgica —esa aptitud de elegir y ejecutar— un espíritu misionero que os lleva a obrar.

Os ha hecho falta ese coraje de cirujano, hecho de conciencia, de saber, de juicio, pero también hecho de la aceptación de los riesgos en nombre del operado, cuyo lugar toma el cirujano para aconsejar, decidir y asumir todas las consecuencias. Nadie sabe mejor que el cirujano que si una vida no vale nada, nada vale más que una vida.

Además del valor, os ha hecho falta también la fe, la fe del pionero que emprende, la fe en el conocimiento adquirido, la fe en la decisión

que, desde el momento preciso, guía el gesto y va hasta el resultado.

Era muy necesario que un día se diese el gran paso y que del animal se llegase al hombre. Ese paso lo habéis dado. Todos conocemos ese valor de lo desconocido, que de latente pasa a ser descubierto entonces y las trampas ocultas que se abren ante nosotros...

Cuando habéis comprendido que estábais en condiciones, habéis obrado...".

(Profesor E. Foster, presidente de la Sociedad de Cirugía Torácica y Cardiovascular.)

P R I M E R A P A R T E

He aquí una cuestión grave, delicada y muy controvertida que se plantea ante nuestro espíritu, ante nuestra conciencia y ante nuestra legislación, como lo muestra la más reciente actualidad. Apresurémonos a decir que no tiene solamente un carácter de actualidad, sino, ante todo, un carácter *esencial, de principio*.

Las operaciones de trasplante de un corazón humano practicadas por el equipo del profesor Barnard, en diciembre último y a principios de enero, en el Grootte Schuur Hospital de El Cabo, sobre Luis Washkansky primero, después sobre el dentista doctor Philip Blai-berg, de cincuenta y ocho años de edad, han puesto de pronto este delicado problema en evidencia. Y el trasplante que acaba de practicar, a su vez, el doctor Shumway, el 7 de enero, sobre un obrero metalúrgico de cincuenta y cuatro años, Mike Kasperak, en el Hospital de la Universidad de Stanford, en California, da una repercusión y un carácter universales a esta "sesión inaugural de la cirugía cardíaca", que cambia completamente cuanto al respecto hemos conocido hasta la fecha (*).

Estos "milagros de la ciencia", como se les ha llamado, que han conducido a la medicina a una "evolución histórica". ¿le están permitidos al hombre? ¿O, al contrario, deben incitarle a recordar el antiguo precepto salomónico, según el cual "ciencia sin conciencia no es más que la ruina del alma", que nos pone de manifiesto Rabelais en su Pantagruel?

I. INTRODUCCIÓN

Hay que distinguir el problema médico y el problema moral o ético antes de tratar de darles la respuesta de la regla social y de la legislación.

* Ver en *Médecine et Hygiène*, periódico suizo de informaciones médicas, publicado en Ginebra, el artículo de su redactor-jefe, el Dr. Pierre RENTCHNICK. *La greffe américaine du 7 janvier: Le grand patron des transplantations de coeur entre en scène*, núm. 807, 10 de enero de 1968, p. 34.

a) *Médicamente*, se puede, sin ninguna duda, juzgar como maravillosa la audacia de la ciencia y de los técnicos ante la posibilidad de salvaguardar la vida, e incluso de devolver la vida, a aquel cuyo corazón, ese “motor de la vida”, negaba su servicio, implantando sobre él un corazón nuevo, fresco, intacto y en perfecto estado de actividad.

Dejo a un lado, por el momento, las reservas de ciertos médicos eminentes en cuanto a la *oportunidad* actual de tales injertos de órganos esenciales —lo que quirúrgicamente constituye una “hazaña”—, pero que, según ellos, entrañan todavía demasiados riesgos e incógnitas, y no deberían ser efectuados por el hombre “más que a partir del día en que las experiencias intentadas sobre los animales se hubiesen comprobado como concluyentes”.

Se ha respondido, ciertamente, que los sabios rusos han realizado con éxito, desde hace tiempo, el injerto de corazón sobre los perros, y, en cuanto a lo que concierne a la intervención practicada en los Estados Unidos, el 7 de enero, por el doctor Shumway, jefe del Departamento de Cirugía Cardiovascular del Instituto de Medicina de la Universidad de Stanford, que como “especialista en trasplantes de corazón sobre los animales, ha efectuado la primera operación de esta clase en 1959, siguiendo un método del que es inventor, sobre un perro que vivió durante ocho días, y que desde entonces los cirujanos de Stanford han practicado aproximadamente doscientos injertos de corazón sobre perros, de los cuales el 60 ó 70 por 100 han tenido completo éxito”.

Dejaremos estas cuestiones a los especialistas —para volver a ellas en el momento requerido—, recordando que estas reservas han sido puestas de manifiesto después del fallecimiento del primer operado en El Cabo, desde el 2 de enero, en el curso del “período crítico” del riesgo manifiestamente grande del rechace del injerto y de la infección generalizada. Se han tomado precauciones minuciosas sobre este punto y las terapéuticas inmunológicas que faltaron para Washkansky (1) se utilizaron para evitar al doctor Blaiberg consecuencias seme-

(1) Se ha explicado que actualmente tres armas han sido puestas a disposición de los médicos: La primera, la irradiación (del tipo de la bomba de “cobalto”), parece haber sido la responsable del fallecimiento del primer operado; un “ametrallamiento” excesivo ha provocado probablemente el hundimiento de los glóbulos blancos de la sangre. La segunda, el empleo de los “inmuno-supresores” y de la cortisona debe asegurar una terapia “más equilibrada” y el empleo de dosis más débiles, pero más eficaces contra el rechace. La tercera, que podría suplantar a las precedentes, es el “suero antilinfocitario”: poco antes del fallecimiento del “operado número uno”, el profesor Barnard había pedido a los americanos que se lo enviasen, pero este producto “habría de llegar demasiado tarde”.

A este respecto, enviamos al lector al artículo del Dr. G. BICKEL, profesor de terapéutica clínica de la Facultad de Medicina de la Universidad de Ginebra, publicado en *Médecine et Hygiène*, núm. 812 de 14 de febrero de 1968, bajo el título *Médications d'avenir*, especialmente pág. 145, ad. 1: “Prévention du rejet lors des transplantations d'organes, etc.”, pág. 148, ad. 5: “Autres indications thérapeutiques des immuno-dépresseurs”. Ver también, en el núm. 808, de 17 de enero,

jantes, sean "directas" o "indirectas", como en el caso de las complicaciones pulmonares del primer operado, o las del hígado, que no eliminaba la bilirubina de la sangre, que aparecieron en los Estados Unidos en el caso de Kasperak. En tal ocasión, después de la operación en sí misma bien lograda, el doctor Shumway había prevenido que "el trabajo más difícil, es decir, la protección del órgano injertado contra *las reacciones de rechace* del organismo, apenas había comenzado, y que este período crítico duraría varias semanas" (2).

Moralmente, después de la primera operación llevada a cabo con éxito sobre el dentista Blaiberg, uno de los jefes de la iglesia presbiteriana de Africa del Sur, el Reverendo A. Brandt, declaró: "Yo no planteo objeción alguna contra esta operación, que considero como una hazaña quirúrgica. Envío mis más vivas felicitaciones al equipo que se ha encargado de logarlo. Miro como una maravilla de la ciencia el hecho de introducir un nuevo órgano en un cuerpo humano": Lo que quiere decir, sin duda, en esta concepción, a la vez progresista y evangélica, mantener, completar o mejorar la obra del Creador en beneficio de la criatura humana (3).

Es verdad que ya se ha hablado no solamente del proyecto de constituir "bancos de corazones humanos", tan difíciles de obtener exactamente en el momento preciso, y de guardarlos "en conserva" en el cuerpo de grandes monos para injertarlos en el hombre... Puede uno estremecerse de esto desde el punto de vista de la tradición y de la dignidad humanas, en tanto que para la ciencia pura y para sus progresos, tal perspectiva puede tener algo de embriagadora. Además, otro de los grandes especialistas en esta cuestión, el cardiólogo americano James Hardy, que fue el primero en haber injertado un corazón a un hombre, ha realizado, en 1964, en Jackson (Mississippi), un "heterotrasplante" de un corazón de chimpancé en el cuerpo de un hombre, que terminó, desde luego, en fracaso. Es, sin embargo, interesante tener en cuenta que, de hecho, Hardy había previsto un tras-

el editorial de B. HALPERN: "Le sérum antilymphocitaire, état actuel de la question".

(2) "Este hígado —citó— estaba en muy mal estado por consecuencia de la insuficiencia de las cámaras derechas del corazón del enfermo, que no alcanzaban a extraer la sangre venida de los órganos del abdomen. Estaba aregado, estirado y funcionaba de modo imperfecto, fabricando mal la prototrombina indispensable para la coagulación. El corazón tomado a la señora White, probablemente por consecuencia de su baja estatura, no ha logrado restablecer la situación y volver a dar al hígado del señor Kasperak una vida útil. Los telegramas del 14 de enero anunciaban que su estado general se había agravado sensiblemente y que el paciente se encontraba "en un semi-coma", en tanto que su estado cardíaco era "por el contrario, excelente".

(3) Todos los jefes religiosos interrogados el 3 de enero en El Cabo han expresado la misma opinión, afirmando que "tanto desde el punto de vista moral como desde el religioso no tenían nada que objetar a esta operación". Entre ellos se encontraba principalmente el presidente del distrito de Good Hope de la Iglesia Metodista de Africa del Sur, el decano anglicano de El Cabo, y el gran rabino de El Cabo.

plante de un corazón humano, pero la "sincronización" indispensable no se había producido, y el cirujano tuvo entonces que echar mano de un corazón de chimpancé.

b) Pero, de todas maneras, esto no es más que el aspecto *exterior* y, a primera vista, impresionante del problema. Se puede dejar de lado la objeción "sentimental", ateniéndose a la convicción —y a la ficción—, de que el corazón debe ser considerado como el símbolo y el asiento de la vida, del amor, de las pasiones; en una palabra, como un órgano tan personal y tan sagrado que constituye el *individuo* mismo, y que no podría, por consecuencia, ser *intercambiable*; esto es, animar a *otro* ser (4). El famoso "j'ai mal a votre coeur" de Mme. de Sévigné, en una carta dirigida a su hija, no pasa de ser más que una bella y sensible imagen literaria, al igual que "Télémaque ouvrit son coeur à son ami", de Fénelon. Por el contrario, el verso de Corneille, en la tragedia de Pompeya: "et nous ouvrant son coeur, nous ouvri ses trésors" toma un sentido directo de realidad que uno jamás hubiera osado imaginarse. Para la ciencia y anatómicamente, se trata del sencillo "músculo cardíaco" que hace oficio de "bomba de la sangre" y no del lugar en el que reside el "ser", su sensibilidad y su personalidad, e incluso, se afirmaba, su "alma" (5). La cuestión podrá plantearse cuando nos encontremos en presencia de injertos y trasplantes de *cerebros humanos*, residencia de la inteligencia y, en consecuencia, centros de la personalidad y del "yo". Esto se ha proyectado también poniendo de manifiesto que "sólo el cerebro es el hombre" (6).

(4) Se ha citado la declaración sorprendente y emocionante de la señora Haupt "Es reconfortante para mí el saber que el corazón de Clive *está todavía vivo*". Lo que ha hecho decir a Daniel Garric: ¿Podemos imaginar las reacciones afectivas de la joven viuda puesta en presencia de Philip Blaiberg? Un problema como este nunca se había planteado. Y con motivo. Pero nadie podría afirmar que no va a surgir de ahí un nuevo tipo de relaciones entre personas cuyos destinos se acercan bruscamente de tan curiosa manera".

(5) *Post-Scriptum*: Con motivo de su viaje a Europa y de sus entrevistas con los médicos y la prensa, se preguntó al profesor Barnard, el 28 de enero de 1968 en Baden-Baden, con ocasión de una entrevista difundida por la radio alemana, si "el corazón no era un órgano *tabú* con motivo del papel que representaba en la sensibilidad del ser humano". En tanto que médico y cirujano, especialista en cuestiones de corazón respondió: "El corazón no es más que una bomba, y un injerto de corazón, poniendo aparte algunas diferencias médicas, es parecido al trasplante de un riñón o a un injerto de hígado", precisó, además, "que es más difícil injertar un hígado que un corazón", añadiendo que esperaba poder hacerlo en el presente año. Después y en lo que concierne al injerto de hígado, un telegrama de 10 de marzo de 1968, anuncia que la pequeña Kerry Lynn Brown, de año y medio, ha fallecido el 9 de marzo en el Hospital de la Universidad de Colorado "tras haber sobrevivido seis meses después de un injerto de hígado". Sucumbió "por culpa de un absceso del órgano injertado, lo que ha agravado fatalmente el rechace crónico del organismo de su nuevo hígado". La muerte de Kerry Lynn "reduce a dos solamente el número de supervivientes de injerto de hígado" entre las personas a quienes se ha practicado hasta el día.

(6) La prensa ha anunciado, el 14 de enero, menos de quince días después que se hubo discutido esta eventualidad, que una tal operación se había efectuado en China.

¿Quiere decir esto que este *corazón*, este "corazón humano considerado hasta ayer como el símbolo manifiesto de los sentimientos del amor" haya sido "destronado" completamente por el doctor Barnard?, se ha preguntado el "Observador Romano" en un editorial del 31 de enero de 1968 sobre el injerto de corazón: ¿La humanidad se ha equivocado al creer durante siglos en este símbolo conmovedor, cuando no se trataba más que de un órgano? Al igual que la Luna, el satélite que inspiraba a los poetas, no es "astro de plata", sino "piedra fría", el corazón, ¿habrá de contentarse con ser un "músculo", con ser la "bomba" de la que se ha hablado?

Un biógrafo de Nicolás Sténon, obispo y sabio del siglo xvii, autor de grandes descubrimientos anatómicos, Monseñor Caminada, hacía notar que a modo de conclusión sobre sus descubrimientos geniales sobre las glándulas y los músculos y particularmente sobre sus observaciones sobre el corazón —considerado como "asiento de la sensibilidad, fuente de calor vital, trono del amor"— Sténon había tenido "el valor de declarar que el corazón no es más que un músculo". Su biógrafo hace notar que "desde las alas de la poesía hasta la banalidad de un simple músculo, la distancia era grande: grande fue, por consecuencia, la indignación que acogió la noticia del anatomista danés. Y por lo tanto, este músculo, lo había estudiado Sténon y seriamente: había observado el trayecto de las fibras, su vuelta y su torsión al nivel de la punta del corazón, en cierto sentido, y había tenido también la intuición de su autoexcitación y de la reanimación (cuestiones eminentemente modernas) cuando vio el ventrículo de un perro, muerto ya desde hacía algunas horas, reanimarse y palpar bajo sus dedos"...

Esto no significa necesariamente, sin embargo, observa el comentarista romano, que la "fisiología debe matar a la psicología". Sin duda la ciencia sabe que el centro de la *personalidad* "está situado más profundamente, que es más interior, más secreto, con sus movimientos y sus sentimientos, que los órganos fisiológicos que no hacen más que reflejar sus movimientos". Pero los hombres no han estado talmente equivocados, durante siglos, al hablar "un lenguaje tan espontáneo y tan convincente", traducido por esas expresiones nada equívocas: "un corazón duro", "a corazón abierto", "es mi corazón quien te habla", "herido en el corazón". Y "la piedad no debe temblar": porque "si el centro fisiológico de la circulación es el corazón, está claro que los pensamientos, las emociones, los sentimientos, los dolores, los heroísmos, la piedad del hombre derivan de la fuente intelectual y espiritual de nuestro ser. Ellos obran directamente sobre los latidos de nuestro corazón, influyen el ritmo de nuestra sangre y de nuestra respiración, que se acelera, disminuye, se precipita, se hiela, creando en nosotros el rubor, la palidez, el ardor, la angustia...". Así, y en este sentido, "el corazón continúa siendo el símbolo de nuestra esencia espiritual, el testigo de los movimientos afectivos, el reflejo de los pensamientos que nos asaltan y nos agitan. E incluso si el órgano muscular es injertado, si es extraño a nuestro cuerpo, los impulsos que lo

mueven son todavía y siempre nuestros: nuestro pensamiento, nuestro "yo" inviolable. La ciencia puede intervenir, operar nuestro ser corporal: nuestro "yo" espiritual permanece único, inviolable, profundo".

Guardémonos, por tanto, de confundir la acción quirúrgica sobre el *órgano* y su utilización en cirugía cardíaca en provecho de la salud de esta "*personalidad* más profunda, más secreta", de este "yo" espiritual, único e inviolable", con una profanación, un atentado directo contra la dignidad, la personalidad humana y los valores espirituales de la humanidad.

II. LA EXACTA POSICIÓN DEL PROBLEMA

Cualquiera que sea la consecuencia de estas complejas y delicadas consideraciones, es *de otro modo* como hay que considerar la cuestión, a propósito de la cual se han puesto de manifiesto profundos desacuerdos y una verdadera inquietud. Ya no se trata, en efecto, en la perspectiva que se abre ante la ciencia y ante la supervivencia humana, del problema del "receptor", es decir, del beneficiario cuya vida puede ser salvada y prolongada por el trasplante cardíaco (7), sino, ante todo, del problema del "donante" de corazón.

Este problema, este "escándalo", según muchos, ha sido puesto en evidencia desde distintos lados, y desde el primer momento por la Prensa sudafricana misma. Es que, en efecto, para que el trasplante

(7) La observación ha sido, sin embargo hecha: "El riesgo corrido no está solamente reservado al donante. El "receptor" también se juega la vida. ¿Tiene el derecho de hacerlo?". Pero "el responder por la negativa equivaldría a condenar la cirugía toda entera. Toda operación puede considerarse como un accidente mortal; afirmar lo contrario es negar la evidencia. El choque operatorio puede ser fatal. Por tanto, cada año, millones de hombres se echan sobre una cama de operaciones, sobre una *billar*. Este término popular pone de manifiesto la esperanza que tienen de una vida mejor. Vivir sabiendo que se está condenado es con frecuencia un suplicio. Poner la vida entre las manos de un equipo quirúrgico no exige más que un poco de valor. El Dr. Blaiberg lo ha demostrado. Por tanto, él, mejor que otro cualquiera, sabe los riesgos que afronta. Deseémosle buena suerte" (Patrick Bagd en "Le Figaro").

Esto no es, sin embargo, más que un aspecto de la cuestión, que no es tan sencilla como parece, como lo hacía ver el Dr. RENTCHNICK, en *Médecine et Hygiène* el 10 de enero de 1968 (núm. 807, p. 2), comparando la situación del enfermo renal que debe recibir un injerto de riñón con la del enfermo que debe recibir un injerto de corazón. "Este último se encuentra en una situación corneliana: su propio corazón, incluso gravemente enfermo, está todavía bien vivo, y además suficientemente fuerte para que los cirujanos estimen que podrá soportar una parte de la intervención de injerto que va a durar varias horas. El enfermo cardíaco, bien vivo todavía, sabe que está condenado en plazo más o menos breve. Debe, por consecuencia, aceptar primeramente el morir de modo deliberado, a una hora fijada por los cirujanos, porque su corazón será destruido; se le mantendrá en vida primero gracias al corazón-pulmón artificial, después será literalmente resucitado por el injerto de un corazón que le es extraño. Está bien claro que los juristas deberán revisar rápidamente numerosos párrafos de su código y adaptarlos al progreso de la medicina, que hace saltar actualmente unas nociones establecidas desde el principio de la humanidad".

tenga probabilidades de éxito, es indispensable —aparte de otras condiciones, tales como la de la identidad del grupo sanguíneo y de la identidad de los tejidos o incluso la de la inmunización— el que el corazón del donante esté *intacto*, es decir, que sea capaz de continuar su función vivificadora sin descanso, que esté, en cierto modo, *todavía vivo*.

El periódico "Star", de Johannesburgo, ha puesto de manifiesto los detalles, indicando con precisión las circunstancias de la operación Washkansky, para la cual el nuevo corazón fue extraído a una joven, víctima de un grave accidente, la señorita Darvall (*), con el fin de ser "empalmado" sobre el operado:

"El donante ha sido colocado sobre la mesa de operaciones *una hora y tres cuartos antes de la muerte*. La respiración fue mantenida artificialmente, pero el corazón late naturalmente. El paciente es anesthesiado cinco minutos más tarde. Son necesarios treinta minutos para abrir el pecho del donante, que permanece bajo los efectos de la respiración artificial. Una hora más tarde, se corta todo. El corazón para de latir a los doce minutos. El certificado de defunción de la joven se extiende. Y se injerta. Se puede, en consecuencia, decir que el instante de la muerte ha sido *predeterminado*. Pero (insiste bien en ello este relato) *es evidente que no existía ninguna posibilidad de supervivencia*. Las heridas de la joven eran de tal importancia que jamás hubiera recobrado el conocimiento, ni siquiera por unos momentos".

Desde entonces se nos ha tenido mejor informados. En el editorial de 10 de enero de 1968 de la revista suiza *Médecine et Hygiène*, en el que comentaba la "fecha histórica" del 3 de diciembre de 1967, y analizaba las "tres dificultades" principales a vencer —la dificultad biológica (la barrera inmunitaria), la barrera médico-legal (la definición de la muerte) y la dificultad jurídica (; el enfermo injertado está muerto y después se le resucita?)—, el doctor Rentchnick, relatando las circunstancias del trasplante practicado sobre Washkansky, había delimitado muy claramente la cuestión esencial:

"En el momento en que el profesor Barnard ha decidido injertar el corazón a su enfermo, la víctima del accidente, que debía dar su corazón, no estaba todavía muerta. Pero el neurólogo que la había examinado había declarado que las heridas del cerebro eran de una importancia tal que era imposible salvarla". (El neurocirujano llamado a consulta se negó a intervenir porque las lesiones cerebrales eran irreversibles). No obstante, estaba todavía viva... "Durante la primera media hora de la operación a corazón abierto —ha declarado el profe-

(*) Se informa desde El Cabo, el 27 de febrero de 1968, que "Friedrich Andrés Pins, el torpe conductor responsable de la muerte de la señorita Denise Darvall, cuyo corazón fue injertado al señor Washkansky, el 3 de diciembre último, ha comparecido ante un tribunal de El Cabo. El acusado ha reconocido que estaba en estado de embriaguez en el momento en que su coche había atropellado y matado a la joven. Pins ha sido condenado a dos años de prisión, de los cuales uno lo es con suspensión de pena, o sea, con "sursis".

sor Barnard—, cuando el cuerpo del señor Washkansky fue enfriado para proteger los órganos vitales, la joven falleció, y el electrocardiograma reveló una completa parálisis del corazón. El corazón de la joven fue entonces conectado a un corazón-pulmón artificial con el fin de enfriarlo. No se practicó un encefalograma como se hace en otros centros...”.

De esta suerte, “el doctor Barnard no ha tenido en cuenta las largas discusiones habidas en Europa y en los Estados Unidos y que sentaron la conclusión siguiente: la detención del corazón no significa la muerte del paciente. Son numerosos los médicos que prefieren que el criterio de la muerte esté definido por la detención de las funciones del cerebro, indicada durante cuarenta y ocho horas por la ausencia del trazado electroencefalográfico, más bien que por la detención del corazón y la ausencia de ondas electrocardiográficas. Parece tratarse de una batalla académica, porque se sabe bien que si el corazón deja de latir, las funciones del cerebro paran casi instantáneamente. Las células de la corteza cerebral son las más vulnerables y empiezan a morir en los cinco minutos siguientes a la detención de la circulación; la muerte completa del cerebro puede sobrevenir a los quince minutos que siguen a la detención de la circulación. Por consecuencia, el individuo muere biológicamente de una manera gradual” (8).

Unas circunstancias análogas se han producido en el segundo injerto, el que fue practicado sobre el doctor Blaiberg. Este —que desde hacía catorce años sufría de crisis cardíacas y que desde hacía nueve

(8) *Médecine et Hygiène*, 10 enero 1968, núm. 807. Después, en el núm. 810, de 31 enero 1968, el Dr. Rentchnick ha publicado —y comentado en su editorial— el “documento histórico” que constituye el “*protocolo operatorio*” original, del primer injerto de corazón, publicado por el Dr. Barnard, en el *South African Medical Journal of Captown*, del 30 de diciembre de 1967: *A Human Cardiac Transplant* (vol. 41, núm. 48). Tras haber rendido homenaje a los trabajos de Carrel y de Guthrie, a principios de siglo, y a los muy recientes del profesor Shumway, en la escuela del cual se han formado tantos cirujanos del injerto —incluso el propio profesor Barnard—, éste último ha relatado los detalles de la intervención y el establecimiento de los cuidados post-operatorios. El mismo número de *Médecine et Hygiène* reproduce el informe de la autopsia de Luis Washkansky, practicada el 27 de diciembre de 1967, hora y media después de su muerte, y que ha constatado que no había particularmente “ningún signo de infección en las heridas cicatrizadas”, que “todas las suturas estaban intactas y que no había ningún trombo en las aurículas, que los ventrículos no estaban dilatados, y que el miocardio era de color y consistencia normales”. A los que han dicho que el caso del operado Washkansky “no era tan desesperado y que se hubiera podido prescindir de este ensayo de injerto”, se les ha recordado en el número del 30 de diciembre de 1967 del *South African Medical Journal* que el Dr. Schrire ha descrito el estado real de éste, a quien se había tratado de salvar por el injerto: diabético, de cincuenta y cuatro años, había sufrido tres infartos, en 1959, en 1960 y en 1965. “Desde hacía dos años, padecía una insuficiencia cardíaca más o menos compensada, y desde agosto de 1967, la descompensación se manifestaba con fenómenos de ortopnea, de disnea paroxística, de edemas generalizados rebeldes a todo tratamiento. Con toda evidencia, este enfermo estaba condenado”.

meses no ejercía actividad alguna— esperaba desde hacía tres semanas en el Groote Schuur Hospital, donde se había tomado la decisión con la mayor calma y con plena conciencia de lo que significaba una nueva operación, la cual, por esta vez, no tendría lugar como la primera, por así decir, "a lo que Dios quisiese" o "en la niebla", cuando se "intentaba lo imposible". Todos "estaban al tanto de una cosa de primera importancia: que tenían más posibilidades de triunfar que en el mes de diciembre pasado; en efecto, hoy los equipos están entrenados, cada uno conoce su papel, su lugar. No habrá que deplorar ningún descuido. El injerto de corazón, en algunos días, ha pasado de la experimentación al estadio del tratamiento" (9). El donante, a pesar suyo, fue esta vez un joven mestizo, obrero de una fábrica de hilados, de veinticuatro años, atacado por una congestión cerebral en una playa en donde se encontraba en compañía de su esposa, con la que había contraído matrimonio tres meses antes, y de algunos amigos, el 1.º de enero, a las dieciséis horas:

"Fue conducido al Hospital Victoria. Su corazón había cesado de latir. Se logró volver a ponerlo en marcha y a mantenerlo en acción

(9) El Dr. Rentchnick ha escrito a propósito de esta cuestión, en el número 810, del 31 de enero, fundándose en las precisiones del mismo periódico médico de Africa del Sur, y sobre las declaraciones de los médicos franceses que "se habían tomado la molestia de ir hasta El Cabo": "El equipo del Prf. Barnard estaba presto para realizar este injerto histórico. Barnard y sus colaboradores habían trabajado en los Estados Unidos, especialmente con Shumway, al que rinden homenaje, los inmunólogos habían pasado por París y por Leyde, y una larga preparación los había conducido progresivamente a esperar a pie firme el día J". El Dr. LARGIADER, de Zurich, único médico suizo que se desplazó a El Cabo para informarse directamente de los trabajos y de las condiciones en que la operación había tenido lugar, ha examinado, en el mismo número de 31 de enero de 1968 de *Médecine et Hygiène*, cómo y cuándo el injerto de corazón está justificado. Ha puesto de manifiesto como fruto de su observación, en cuanto a la ejecución: "El trasplante no debe emprenderse más que en un Centro que posea unas experiencias prolongadas durante años y extensas, sobre todos los aspectos de la cirugía cardíaca. La Clínica Quirúrgica de la Universidad de El Cabo llena estas condiciones en toda la medida deseable. Hace falta, en fin, también que los cirujanos en cuestión se hayan familiarizado, de modo intensivo, con experiencias sobre animales, con el trasplante cardíaco, antes de pasar a la operación sobre el hombre. Tal ha ocurrido en este caso". Estas constataciones y conclusiones, bien anteriores a la "rehabilitación" oficial del Prf. Barnard, en ocasión de su visita a París, tienen tanto más valor cuanto que el Dr. Largiader es él mismo un cirujano especialista en injertos de páncreas. Ver también las precisiones del Dr. J. P. CACHERA, aparecidas en el *Concours Medical* de 3 de febrero de 1968 a su vuelta de El Cabo, y reproducidas en *Medicine et Hygiene*, número 812, de 14 de febrero de 1968, p. 173 y s. "El injerto cardíaco: nada más que los hechos". Es, en efecto, *indispensable de les établir d'entrée de cause et de manière sûre* y no tendenciosa, para pasar después a la discusión de los problemas a resolver.

Deberá leerse también con interés el reportaje recogido por Georges MENANT, en El Cabo mismo, en una entrevista con el que él llama "El Gargarine del corazón", en la que todos los puntos son directamente abordados: *La batalla del corazón*.—Christian Barnard: *Basta de malevolencias...* He aquí por qué y cómo he operado", *Paris-Match*, del 20 de enero de 1968, núm. 980, págs. 18 a 21.

por medio de la respiración artificial. Se avisó entonces al Grootte Schuur Hospital, en el que Philip Blaiberg esperaba desde hacía tres semanas. A las diecisiete horas se transportaba allí a Clive Haupt, que pertenecía al mismo grupo sanguíneo que el dentista, ese grupo B positivo que tan raro es. Un neuro-cirujano, el doctor Venter, lo examinó. Después llamó a un colega. Los dos especialistas dieron el mismo diagnóstico: el cerebro de Haupt no reviviría jamás. Solamente entonces el equipo del doctor Barnard entró en escena. Eran las veinte y treinta. Haupt y Blaiberg ¿pertenecían, sin duda alguna, al mismo grupo de tejidos, elemento esencial para poder realizar con éxito un injerto de órganos? Sí, pero la operación no dio comienzo hasta las once del día siguiente... Los especialistas querían tomar el máximo de precauciones. Era necesario, además, consultar a la señora Haupt, y todo con la mayor calma. El primer boletín sanitario, en la mañana del 3 de enero, precisa que el enfermo se encuentra bien y que ha recuperado plenamente el conocimiento. Volvió en sí tres horas después de la operación y ha dormido durante la noche después de administrar un fuerte calmante. Se le instaló en una habitación transformada en "fortaleza anti-microbios". La rápida vuelta en sí del enfermo, así como la vitalidad del corazón, que se puso en marcha sin ayuda de ningún estimulante eléctrico, son considerados como excelentes presagios."

Esta "proeza" científica de la cirugía cardíaca y la resonancia moral y "humana" de este "primer hermanazgo de la sangre de un blanco y de un negro en un mismo corazón" son símbolo en el país mismo del *apartheid* (10), han entrado en los anales de la historia y jamás podrán olvidarse.

En Stanford, también la donante, una mujer de cuarenta y tres años, había sido víctima de una hemorragia cerebral y había sido transportada al hospital de urgencia y mantenida en vida gracias a la respiración artificial. Estaba en coma desde hacía veinticuatro horas cuando murió y se pudo proceder a operar. Se hizo, desde luego, con una discreción perfecta para no alertar a los reporteros y a los fotógrafos (contra los cuales había sido necesario alzar una verdadera barrera de policía delante del hospital de El Cabo, cuyas entradas

(10) En las exequias de Clive Haupt, informa la correspondencia de El Cabo, que ya hemos citado, "diez mil, quince mil mestizos negros africanos, asiáticos, pero también algunos centenares de blancos, estaban presentes... Muchos vinieron para ver al Prof. Christian Barnard, el hombre que ha logrado esta cosa extraordinaria de emparejar un negro y un blanco. Está allí, pálido, los rasgos fatigados. A la salida de la iglesia, es aclamado; se lanzan sobre él, una joven negra le pone la mano sobre el corazón. El alcalde debe arrancarle de este terror popular y hacerlo subir precipitadamente en un coche. En el cementerio el pastor habla. Su voz es repercutida por un altavoz sujeto al tronco de un laurel rosa: "Los ojos y los oídos del mundo entero están pendientes de nosotros. ¡Y es justo!, por que es menester que nuestro drama sea vivido por el mundo entero durante generaciones..." (D. Garric).

sitiaban) y no arriesgar el desencadenamiento de una nueva "batalla de las cadenas de televisión" para la explotación "en exclusiva" del acontecimiento (11). Porque al lado de las imágenes de desinterés y de realizaciones que son el honor del género humano, esta implacable guerra comercial de la imagen reproducida o proyectada es también una manifestación de nuestra "civilización". Es verdad que quizás sea necesaria igualmente y que, al igual que Satanás llevaba piedra a la catedral mística, el "demonio del dinero" debe hoy contribuir esencialmente a la edificación del "templo del conocimiento" moderno.

Se calcula ya, en efecto, el "precio de un corazón", y esto es inevitable. Porque "la cirugía cardíaca de relevo está todavía en sus balbucesos". "Hoy una hazaña, el injerto de corazón se convertirá en una rutina. El trasplante será un hecho cotidiano. Esta evolución está lanzada, nada la detendrá. ¡Ni tan siquiera los problemas financieros, que serán, sin embargo, de talla! La hazaña de El Cabo "ilumina con una luz nueva los problemas planteados por la medicina moderna", no solamente en cuanto a los principios, sino también en cuanto a los hombres y al personal, y en cuanto a los medios. "Un injerto no es nunca rentable"... Pero la conclusión sobre este punto ha sido formulada del modo más feliz, y más justo quizá, en estos términos: "El día en que el ministro de Hacienda se enfrente con un Plan de Cardiología, una pregunta vendrá a sus labios: ¿Cuál es, entonces, el precio de un corazón? Sencillamente, el de una vida, será la respuesta. Es cada sociedad la que debe saber el precio en

(11) La prensa de El Cabo ha anunciado que un fotógrafo, habiendo logrado hacerse pasar por un estudiante de Medicina, había logrado tirar dos clichés de la operación, como consecuencia de lo cual, una cadena de televisión americana había entablado un recurso exhibiendo un contrato hecho con la familia del operado según el cual se le aseguraba, por 25 millones de antiguos francos franceses, la exclusiva de todas las fotografías y de las películas tomadas antes, después y durante la operación. Una comparecencia ante el Juez de Paz estaba prevista para el 17 de enero, "el asunto está terminado. La dirección del Grootte Schuur Hospital, ha reaccionado también. El hermano del Dr. Barnard ha desmentido formalmente que las informaciones que conciernen a la operación hayan sido vendidas anticipadamente a una cadena de televisión americana" (en este caso la N. B. C., rival de la C. B. S.).

Post. Scriptum. Se habían hecho incluso alusiones muy desagradables acerca de una publicidad interesada y a la búsqueda de ventajas personales. En un comunicado publicado el 29 de enero de 1968, antes de su visita a París y después de la recepción del grupo francés de cardiólogos e inmunólogos por el equipo de trasplante de la Universidad de El Cabo, el Prof. Barnard ha revelado a este respecto: "Esperamos que, después de haber visto lo que todos deseábamos hacer, comprenderán realmente nuestros problemas. Varios artículos de prensa han llegado a nuestro conocimiento y queremos ahora desmentir que ningún contrato haya sido o será firmado por ningún miembro de nuestro equipo con vistas a obtener ventajas pecuniarias a título personal. Esperamos obtener una suma de dinero importante de distintas fuentes, pero será utilizada para la investigación y atribuida en parte a beneficio de los pacientes".

que la estima, cuáles son los gastos verdaderamente “productivos” y sobre qué campo de batalla hay que invertirlos” (12).

III. EL “MISTERIO DE LA MUERTE”

Pero volvamos al problema fundamental. La dificultad no sólo de encontrar, sino también de “utilizar un órgano requerido en el momento deseado” obliga consecuentemente a calcular, “*a decidir sobre el momento de la muerte*”; es decir, a disponer de la vida y de la muerte “fisiológica” del donante, y se trata bien “de una manera premeditada, consciente y voluntaria” (criterios de la intención penal, según los términos del Código penal), e incluso de un modo muy cuidadosamente organizado, como se lleva al traumatizado a la muerte “definitiva” según la naturaleza, sea suprimiendo la respiración artificial o de otro modo. El hecho de que esto suceda con el acuerdo de la familia, como ocurrió en todos los casos practicados hasta hoy y como la ley americana lo exige expresamente (13),

(12) Un problema dominará el porvenir: el de los créditos necesarios. “La edificación de los futuros centros de cardiología costará miles de millones” comprendidas “las inversiones en hombres”. El Prof. Barnard lo dijo de una vez y sin ambages: “Es gracias a la publicidad como obtendremos los fondos para proseguir nuestra obra”. En efecto, como lo ha hecho notar también en los Estados Unidos después de la operación de Stanford, “la investigación científica depende en gran parte para su financiación, de instituciones filantrópicas. Después de los primeros donativos, se trata de obtenerlos de modo regular, y, si es posible, con más amplia generosidad. Esto no es siempre fácil, sobre todo si no se tienen resultados que exhibir...”. Porque los poderes públicos buscan, en lo que les concierne, en nuestra forma de sociedad, como se ha dicho para Francia, “el rentabilizar la salud” y “equilibrar el presupuesto de la seguridad social representa el cerrar las puertas del porvenir”. La “conclusión” es de Patrick Magd. (Cf. nota 37.)

(13) En el momento en que se había decidido la segunda operación de El Cabo, M. Solly Clarck, hermano político de Washkansky “el hombre con corazón de muchacha”, muerto de neumonía, dieciocho días después de la operación de trasplante, vino a expresar sus votos en nombre de toda la familia de este último, y declaró: “que ésta deseaba sinceramente que la operación sobre el señor Blaiberg fuese un éxito completo. Sabemos que está en buenas manos, añadió”.

En el momento de las emocionantes exequias de Clive Haupt —“muerto sin saber que tendría un enterramiento de los más grandiosos, de los más emotivos, de los más ricos que la villa de Captown haya jamás conocido”—, la señora Blaiberg ha depositado un ramo de claveles sobre la tumba, y estuvo presente al lado de la joven viuda de aquél “cuyo corazón latía ahora en el pecho de su marido” y que confesó que se estimaba dichosa con que continuase latiendo. En presencia de su madre política, explicó con simplicidad cómo y en qué condiciones habían las dos aceptado, lo mismo que la familia, la intervención médica necesaria para el trasplante cardíaco ejecutado.

En Stanford, después de la operación hecha a Mike Kasperak, M. William White, el marido de la donante muerta, ha revelado que veinticuatro horas antes de que ella fuese víctima de la hemorragia cerebral a consecuencia de la cual debía sucumbir, su esposo, hablando con unos amigos acerca de las recientes operaciones de trasplantes de corazón realizadas en África del Sur, había dicho: “Qué maravilloso debe ser el poder dar a algún otro la posibilidad de vivir”. Añadió: “El hecho de saber que mi mujer ayuda a alguien a vivir es un consuelo dentro de nuestra pena”. El Centro Médico ha precisado que no habían sido necesarios más de treinta minutos para obtener de Mrs. White el trasplante

no puede transformar un acto que sería en sí ilícito y está condenado por el Derecho, en un acto lícito. Una regla general de Derecho penal es que el "consentimiento" de la víctima para la comisión de un acto punible no lleva consigo la impunidad del acto realizado; piénsese en el duelo, en el aborto, en el atentado contra el pudor sobre un menor o en la seducción, y en lo que se conoce bajo el nombre de doble suicidio, cuyo ejecutante lo falla o no tiene el valor de darse muerte después de haberla dado a su compañero consentidor.

Se llega ahí al centro, al corazón mismo del problema, si se nos permite decirlo. Se plantea ya en términos perturbadores para la "eutanasia": ¿Se tiene el derecho de infligir, *de dar intencionalmente la muerte*, tan "dulce" como sea, o bajo cualquier forma que sea, con el fin de ahorrar un sufrimiento inhumano e intolerable a una persona que, de acuerdo con nuestros conocimientos y encontrándose "aux abois de la mort", según la bella fórmula de Bossuet, *no puede ser salvada*? Esta es la eutanasia "por acción", como se la ha calificado, mientras que en este caso y para el "donante", al cual no se reanima intencionadamente, se trata de "eutanasia por omisión" (en realidad, el "abstenerse" se manifiesta también por un "hacer").

En el periódico *Cap Times*, un médico que ha guardado el anonimato ha replanteado bajo la forma siguiente la cuestión que nos es ya conocida: "Todos conocemos a personas que los médicos habían irremediablemente condenado a algunas semanas de vida y que gozan de buena salud desde hace años. Puede ocurrir que el organismo tenga "una reacción desesperada" y gane. En estas condiciones, ¿se puede afrontar el riesgo de abreviar voluntariamente una vida?" Pero, inversamente, se le ha respondido: "¿Se tiene el derecho de no salvar a un hombre, incluso si la técnica no está todavía completamente a punto, cuando, a pesar de todo, las estadísticas confirman que la mayor parte de los diagnósticos mortales se realizan, desgraciadamente?"

En el caso del dentista Blaiberg, prosiguiendo este debate, es de toda evidencia que el equipo del doctor Barnard no ha "matado" al joven donante, sino que ha "interrumpido simplemente, de manera deliberada, una cierta forma de vida que estaba manteniendo artificialmente". Insistimos en que se puede tener por seguro, desde el punto de vista actual de la ciencia, que "las células del cerebro son las únicas que no se regeneran nunca" y que no había posibilidad "de milagro" o esperanza alguna de volverlo a la vida. Igualmente se había asegurado que no había en ello error posible y que la decisión

cardíaco. Sabiendo que toda esperanza de salvar a su esposa estaba perdida, había él mismo preguntado a los médicos "si era posible que la desgracia que acababa de ocurrir a su esposa pudiese ayudar a la medicina". Unas horas más tarde, el Dr. Shumway le habló de un injerto de corazón y Mr. White consultó a los miembros de la familia, quienes se mostraron todos de acuerdo. Mrs. White ha hecho donación también de uno de sus riñones que fue inmediatamente injertado sobre un enfermo grave.

no era, consecuentemente, "subjetiva", puesto que "se sabe hoy que un cerebro está vivo cuando produce electricidad", y tal no era el caso: "En estas condiciones, la encefalografía es la que tiene actualmente la última palabra"... (14).

¡Pero esto también precisa aclaración! No es tan sencillo el saber lo que significa exactamente, no ya la fórmula, sino el *fenómeno* de "pasar de la vida a la muerte" "¿Un breve segundo hace de un cuerpo humano un cadáver?" El editorialista del *Observatore Romano* planteaba estas cuestiones, al margen del debate televisado de Roma, del cual he hablado y que se desarrollaba entre médicos, sobre los problemas de orden biológico y clínico: "Pero, implícitamente, se situaban en un plano más elevado que el de la técnica. ¿Cuál es la frontera entre la vida y la muerte? ¿Un hombre está realmente, ciertamente muerto cuando las lesiones cerebrales son declaradas irreversibles? ¿Y si el músculo cardíaco se contrae todavía? ¿Si otro órgano cualquiera parece vivo? ¿Si la vida vegetativa no ha desaparecido completamente? ¿Está permitido el detener la reanimación bajo el simple criterio cerebral?"

En el porvenir, cuando se tenga la experiencia de los injertos, ¿no se correrá el riesgo de ser demasiado superficial en la constatación de la muerte del donante? Además, ¿es legítimo el "don" de un órgano? Los padres, los esposos, los hijos, ¿tienen derecho, en tanto que "herederos", a disponer de un despojo mortal sustituyéndose a la voluntad de quien ha dejado de existir? Ante ciertas preguntas, ciertas demandas, el sabio, aun genial, titubea. Anticipa hipótesis, bajo reserva de nuevas experiencias. Pide luces a otras disciplinas, a otras tradiciones, a otras legislaciones...

"Si la "encefalografía" debe ser, por el momento, "el último

(14) Entre muchas otras, ver las observaciones de Dainel Garric en el diario "El Fíguro" de 4 y 5 de enero de 1968.

"En un notable artículo del diario "Le Monde", del 9 de enero de 1968, sobre el que volveré a insistir, titulado *Injertos y Derechos*, el abogado Mr. Francois SARDA, ha planteado por su parte la cuestión como no se podría hacer mejor: *Pero, ¿cuándo nos morimos?* Los sabios, desde hace al menos medio siglo, desenvuelven unos estudios voluminosos. Cada paso científico nuevo corrige los datos del problema. Este no está todavía resuelto. La muerte continúa siendo una incógnita. Según los países, las leyes y los reglamentos difieren en cuanto a la definición legal. Los procedimientos y las técnicas de constatación varían. Los espiritualistas se preguntan cuándo el alma deja el cuerpo. El jurista debe dejar al médico que proponga los elementos y los tests de la muerte irreversible... Con todas las posibilidades de reanimación, de masajes del corazón, de refrigeración, la vida parece todos los días reconquistar terreno sobre la muerte. ¿Cómo fijar el límite del deber de hacer vivir, sobrevivir o dejar vivir, cuando, para salvar otra vida, se tiene prisa en declarar la muerte? El derecho de salvar tropieza con el derecho de prolongar la vida. ...Pero ¿la parada del corazón representa la definición de la muerte? Esto se discute. El corazón podría ser el músculo todavía vivo de un muerto cerebral. El conflicto de los derechos humanos entre el que da y el que recibe, el conflicto entre los vivos y los muertos, está en eso. ¿Hasta dónde se debe llegar en el esfuerzo de reanimación? ¿A partir de qué constatación se puede disponer de un órgano vital tomándolo al "donante"?"

juez", no lo será en todos los casos, como lo muestra esta angustiosa interrogación del moralista, que estima que este juicio está hecho a partir de una situación de hecho, de un certificado médico de fallecimiento, pero no partiendo de una situación de derecho, como el viejo debate sobre la eutanasia lo ha revelado suficientemente. Hay que esclarecerlo de nuevo, pero desde un punto de vista nuevo, bajo el cual se presenta ahora. Este ángulo visual no es el del posible inculpado —médico u otro—, que da la muerte anticipada para poner fin a los sufrimientos estimados "intolerables" de una persona que se juzga "incurable": es el de un médico o de un hombre de ciencia que pone fin a la vida "natural" de un enfermo incurable bajo el punto de vista humano, aunque esté vivo todavía de modo "vegetativo" y "fisiológicamente", con el fin de salvar, si es posible, otra vida por el trasplante de un órgano vital esencial (15).

IV. LA COMPARACIÓN CON LA EUTANASIA

Volvamos al examen de la situación y a la búsqueda de la solución partiendo de la primera eventualidad. El debate sobre la euta-

(15) El injerto de riñón, practicado con frecuencia desde hace algunos años y con éxito, no planteaba este problema porque el don y la extirpación de un riñón sobre una persona viva no exponen o, mejor dicho, no condenan a ésta a la muerte, como en el caso de un órgano vital único como el corazón o el hígado.

Post-Scriptum. 'En un artículo del *Nouvel observateur* del 31 de enero de 1968, titulado "Los prejuicios franceses contra el Dr. Barnard" el Dr. R. Kuss, profesor de la Facultad de Medicina de París, cirujano del Hospital Saint-Louis y miembro de la Academia de Cirugía, ha escrito a este respecto: "Se estaba menos preparado para los injertos de riñones... Un esfuerzo de información hubiera podido impedir muchas reservas expuestas con demasiada prisa. El trasplante renal, que ha representado el banco de ensayo de los injertos, ha adquirido hoy derecho de existencia en el dominio de la terapéutica. Esto ya no se discute. No plantea ningún problema, salvo el vencer los prejuicios y el esperar de la comprensión de los poderes públicos la extensión rápida que merece con el fin de que puedan ser salvados millares de jóvenes urémicos que, sin ello, están condenados. Hay en Francia unas sesenta personas que viven con un riñón trasplantado. La mayor parte viven normalmente desde hace varios años con él, con la única obligación de tomar cotidianamente algunos comprimidos y la de la vigilancia periódica. No sabemos aún lo que ocurriría si suprimiéramos esa medicación. Es posible que los enfermos se puedan pasar sin ella y que ese riñón extraño esté definitivamente aceptado después de cierto tiempo".

Mientras que en París, el 3 de febrero, en la sesión excepcional celebrada en la Sociedad de Cirugía Torácica y Cardio-vascular, de lengua francesa, el profesor E. FORSTER, su presidente, en homenaje al Prof. BARNARD, le dirá: "Permanecerá usted en la historia como el primero que ha retirado del tórax de un hombre, un corazón enfermo, para reemplazarlo por el corazón de otro hombre. La noticia, cuando llegó a los oídos del mundo, pareció increíble y salida de las páginas de un libro de ciencia-ficción... Es cierto que la implantación de unos dos mil injertos de riñón en el hombre y la implantación reciente de repetidos injertos hepáticos extraños, durante cuatro veces, con éxito, en los niños, habían enseñado en parte al profano y al médico el avance hecho por la cirugía en este campo. Pero trasplantar un corazón, era esencialmente distinto".

Ver *Médecine et Hygiène*, núm. 812, de 14 de febrero de 1968, p. 176. Y, en el mismo número, p. 156, el artículo de A. TORODOV, "La función renal después de una supervivencia prolongada".

nasia ha sido muy vivo y se ha renovado con frecuencia en Europa, en los Estados Unidos y en el mundo entero, con ocasión de procesos célebres, y de modo particular, en 1949/50, en el caso del doctor Sander, en los Estados Unidos, el cual había dado muerte, ante su ruego insistente, inyectándole aire con una jeringa en la vena del brazo, a la esposa de uno de sus colegas aquejada de un cáncer muy avanzado que le causaba un sufrimiento insoportable. Volveremos sobre este asunto en la discusión jurídica (ad. VIII, n.º 1). La resonante condena expresa del procedimiento por el profesor Portes, principalmente, presidente del Consejo Nacional de la Orden de Médicos de Francia, en el informe que presentó el 20 de mayo 1949 en nombre de la Academia de Medicina de Francia ante la Academia de Ciencias Morales y Políticas, ha sido y será recordado con frecuencia: “El médico está hecho para curar y no para matar. La mano que cura no debe ser la mano que mata”. El gran Charles Nicolle estimaba también: “El papel del médico continúa siendo el de preservar y no el de extinguir la llama de la vida”... (16).

El caso del doctor Sander es ejemplar porque, técnicamente y jurídicamente, su acto, incluso ejecutado por caridad, representaba un “homicidio premeditado” y, en consecuencia, un asesinato punible en principio con la pena de muerte o de reclusión perpetua, en las legislaciones tradicionales. De este modo, para absolver a este médico tan honorable, que tomaba a su cargo la responsabilidad de su acto, que había anotado sobre la hoja de la enferma, hubiera sido necesario admitir —lo que era contrario a los hechos incontestables— que la “víctima” voluntaria estaba ya muerta en el momento de la inyección (17).

El debate moral, jurídico y médico ha vuelto a salir a la luz con respecto al ruidoso “asunto de la talidomida”, en Lieja, en 1962, y al papel del médico de cabecera, el doctor Casters, perseguido ante los tribunales, al mismo tiempo que la madre de la pequeña Corine V., nacida con unos muñones de brazos y a quien se le administró un producto mortal en su biberón. Este asunto se terminó, por lo tanto, con una doble absolución de la madre y del médico, bajo los aplausos acompañados de flores, que estaban, sin duda, de más y falseaban totalmente el problema de ética médica y social, tanto como el problema jurídico esencial (18). En el curso de los debates que tuvie-

(16) Ver la relación de estos hechos y los textos esenciales en las *Cahiers Laënnec*, París, número del 2 de julio de 1949, con los artículos del profesor PORTES, *Médecine et Euthanasie*, y DEROBERT, *L'euthanasie*, cf. en nuestro *Procès de l'euthanasie*, el recuerdo de este debate. *Revue Pénale Suisse*, 1962, núm. 2, página 140 y ss.

(17) Cf. GRAVEN, “Faut-il punir l'euthanasie?”, en *Revue de Criminologie et de Police Technique*, Ginebra, 1950, núm. 1, p. 27-44.

(18) GRAVEN, “Les procès de l'euthanasie: Les données et la solution d'un problème insoluble”, *Revue Penale Suisse*, 1964, núm. 2, p. 121 a 159 (posición del problema), núm. 3, p. 231 a 256 (solución del problema) con las referencias a otros debates, en Francia y en Bélgica, principalmente (nota 2), y a la encuesta de *Barrere et Lalou* (hecha para la preparación de una emisión televisada a la cual se renunció por sentimiento de humanidad): *Le dossier confidentiel de*

ron lugar en esta ocasión, o a propósito de este veredicto, principalmente también en la Sección de Ciencias Morales del Instituto Nacional ginebrino, en 1964 (19), la cuestión *actual* había sido no solamente prevista, sino claramente planteada por el médico (doctor Rentchnick), y el moralista cristiano (R. P. Cottier, O. P.), como el jurista a cuyo cargo estaba introducir y concluir el debate (por nuestra voz), habían esbozado lo que podría ser "la respuesta futura".

El doctor Rentchnick había puesto de manifiesto que la eutanasia verdadera —cuando el enfermo es incurable, cuando los sufrimientos no pueden ya ser combatidos por medios opiáceos, cuando se puede prever la muerte en un plazo próximo y cuando el enfermo pide insistentemente la inyección salvadora del médico— plantea siempre a este último un problema de conciencia grave y difícil, que no le permite resolver en paz la deontología profesional. Si hay que tomar en consideración las circunstancias y los móviles (lo que sabiamente ha hecho, y lo mejor posible en apariencia, el Código penal suizo, desde luego citado más de una vez como modelo a este respecto) (20), parecía, sin embargo, contraindicado el hablar de "legalización" como se hacía y se pedía en ciertos países, en los círculos médicos, sociales e incluso religiosos protestantes, especialmente en los Estados Unidos y Gran Bretaña.

Porque muy pronto —precisaba el médico— la eutanasia se convertirá en un *falso problema*: primero, porque el progreso de la terapéutica permitirá curar un número mayor de pacientes" cuyo estado parece hoy, o parecía ayer, sin esperanza (21), y después, "porque los medicamentos contra el dolor van siendo cada día más eficaces y permitirán quizá suprimirlo completamente. Pero el problema *inminente*, apremiante, frecuente, será de hoy en adelante el de "la eutanasia por omisión". Se sabe que los medios de reanima-

l'euthanasie (Stock, París 1962). Ver también refiriéndose a estos debates, el artículo del Prof. SCHAEERER, en Ginebra: "Réflexions d'un philosophe sur l'euthanasie", en la *Revue Internationale de Droit Pénal*, París 1965, núm. 1-2, página 53 a 57.

(19) Debate publicado bajo el título: "Procès de l'euthanasie" en la revista *Médecine et Hygiène*, Ginebra, núm. 643, de 27 de mayo de 1964. Hemos mencionado y resumido este nuevo problema en nuestro estudio sobre la eutanasia, *Revue Pénale Suisse*, 1964, p. 249, nota 65.

(20) Ver las opiniones de BARRERE y LALOU, en su *Dossier Confidentiel*, página 183 y s.; del abogado CHARLES, en su obra: *Peut-on admettre l'euthanasie?*, París 1965; del letrado Lucienne SCHEID, en la revista *Prisons et prisonniers*, 1963, núm. 57, p. 750.

(21) El letrado M.^e L. SCHEID, en un artículo: "De l'euthanasie par pitié à l'euthanasie étatique", publicado en la *Revue Internat. de Criminologie et de Police Technique*, 1962, núm. 1, p. 14, ha recordado "el caso terrorífico, relatado en un número de la *Gazette des Hôpitaux de Paris*: "Un médico se desespera a la cabecera de su hijo al que la difteria asfixia. El suero no ha sido todavía descubierto. El niño está a punto de entrar en la agonía. El padre pone fin a sus sufrimientos, después de un largo y cruel debate interior, inyectándole una dosis mortal de morfina. Al día siguiente el Dr. Roux hacía público su descubrimiento del suero antidiftérico".

ción “*permiten prolongar la existencia de los grandes traumatizados, de los grandes poliomielíticos, haciendo retroceder los límites de la vida, a veces incluso colocando a estos enfermos en coma prolongado o sobrepasado*”; en este caso toda la vida depende de una llave de paso o de una palanca. ¿Cuándo se puede interrumpir el circuito vital de los aparatos? ¿Qué debe hacer el médico *bajo el punto de vista de la ley* —y no solamente “a su leal saber y entender”— en espera de que los criterios estén perfectamente establecidos?

Se trata de hacer frente ahora a estas cuestiones. Así, aunque el injerto de órganos vitales esenciales, “la verdadera manipulación —y la transformación más íntima— del cuerpo humano por el hombre mismo, no esté todavía más que en su prehistoria”, como se ha escrito en un diario en un estudio serio, no es menos cierto que “ya pone en tela de juicio un cierto número de principios que se creían valederos para toda una eternidad”, tales como los de la VIDA o de la MUERTE en su sentido primitivo, absoluto, y que “incluso si nadie lo ha enunciado con toda claridad, es evidente que será necesario en adelante el habituarse a dos clases de muerte: la intelectual y la fisiológica”.

¿*Quid* entonces, como dicen los juristas, en la perspectiva todavía insondable que se abre ante nosotros? Se puede discutir y se discutirá durante mucho tiempo —y quizá hasta el infinito— este problema que aparece, para una conciencia cristiana y, desde luego, para toda conciencia sensible, casi como vertiginoso. Se parece al de saber, por ejemplo, en caso de peligro mortal en el momento del parto, quién debe ser salvado en definitiva: la madre, capaz de sobrevivir mediante el sacrificio del hijo, que no ha vivido todavía ni respirado, o el ser dispuesto a vivir y que no es aún, socialmente, un “recién nacido”. Es, en suma, un poco la inversa del dilema en el que el hombre no es todavía un “muerto” (fisiológicamente) y que subsiste, privado de toda conciencia humana, por el artificio de un aparato corazón-pulmón o de otro modo. Se trata de saber si este estado debe ser prolongado durante largo tiempo o por el tiempo que se pueda antes de dar su músculo cardíaco a un hombre que vive y puede continuar viviendo con esa condición. Tales debates inquietan con justo título al moralista y al médico y, con mayor razón, al público.

Una respuesta culta y bien meditada había sido aportada en el debate de 1964 por el P. Cottier (22), que planteaba los tres principios rectores siguientes:

1.º “El papel de la sociedad es el de respetar de manera abso-

(22) *Médecine et Hygiène*, 27 de mayo de 1964, p. 492. Por su parte, el pastor señor FUCHS, que participaba también en el debate, ha querido “sencillamente aportar algunas apreciaciones complementarias”, principalmente sobre el valor de la persona, y sobre el hecho de que todos los problemas de defensa de la vida son reveladores de las opciones fundamentales de las sociedades o de los individuos. Pero ha planteado de modo global que “no discutiría” sobre la exposición de las bases de la convicción cristiana que acaba de ser hecha “si no era para decir que estaba plenamente de acuerdo con ella”.

luta el derecho a la vida de todo hombre, quienquiera que sea. No le corresponde a la sociedad juzgar acerca de la utilidad de una vida, porque se trata de un derecho que trasciende los valores sociales y finalmente los mide."

2.º Sin embargo, no se aplicará esta prohibición, por una parte, "al empleo de remedios destinados a calmar o a suprimir el dolor, cuando los narcóticos empleados conducen a un estado comatoso, si lo que se persigue, en primer lugar y directamente, es dulcificar el sufrimiento. Puede ocurrir, en efecto, que el uso de tales calmantes haga correr el riesgo de apresurar la muerte, pero una cosa es correr un riesgo y otra el tratar de apresurar la muerte procurando un resultado. Es entonces legítimo distinguir el caso en el que la muerte es el objetivo fijado, de aquel en que el empleo de un calmante tendrá como consecuencia secundaria una muerte más rápida; la muerte más rápida puede ser un efecto previsto, pero no es el fin perseguido, que es el alivio del sufrimiento".

3.º No se hablará tampoco, y con mayor razón, de eutanasia a propósito de la *reanimación*: "La muerte está virtualmente presente, pero unos medios artificiales permiten mantener por tiempo indefinido una vida vegetativa, sin que esta situación permita restituir la salud. Digamos, en consecuencia, desde ahora, que no hay culpa moral para el médico en interrumpir, por una causa proporcionada, la práctica de la reanimación que había comenzado."

De este modo, y aplicando estos principios a un campo que hoy se vuelve a considerar en cierto modo bajo la lupa de una actualidad que ha parecido, a la vez, milagrosa y estupefactiva, las opiniones del médico y del moralista, así como la del filósofo, coincidían con las consideraciones y la solución del jurista. No era necesario, a mi modo de ver —lo que se aplica también a los audaces *trasplantes* o injertos orgánicos hechos sobre el hombre, con conciencia, competencia y para la búsqueda de un mejoramiento humano—, dejar nacer y extenderse la idea casi supersticiosa de que, puesto que se trata de actos "nunca vistos", constituirían éstos, en el momento de la interrupción en curso, unos actos "sacrílegos" e "ilegales", que deben caer necesariamente bajo las sanciones de la moral y bajo las del derecho. Si todo ser humano y en particular el médico, el enfermero o quien tiene a su cargo el cuidado de los otros, está sometido a la prohibición moral y social: *no matarás*, es decir, que está prohibido bajo pena de sanción el *suprimir la vida* (salvo caso de legítima defensa), el médico no tiene la obligación, en reciprocidad, de *prolongarla artificialmente* en todos los casos y hasta el extremo límite posible. El Derecho no impone en modo alguno esta obligación desde el momento en que erige en regla la prohibición contraria, y se desconoce probablemente que médico alguno, en nuestro país o en otra parte, haya sido condenado por un caso de esta naturaleza (23). Debe admitirse que en la medida del progreso del conocimiento y de los descubrimientos

(23) GRAVEN, conclusión del debate, íd. p. 495 y 505.

de la inteligencia humana, las concepciones sobre el sistema circulatorio pueden cambiar, al igual que han cambiado para el sistema solar, y que los sabios que tienen el valor y el mérito de mejorar o de corregir las deficiencias de la naturaleza, como Galileo o Miguel Servet, no pueden ser sometidos todavía a la excomunión o a los rigores de la Inquisición o de Calvino.

Yo estaría dispuesto a concluir que la armonía entre la moral, la ciencia y el derecho a la cual estimásemos, en este caso, haber llegado, bajo la égida de la razón, puede constatarse como tranquilizadora. Pero que el hombre, en la embriaguez de su poder, se guarde de ceder al orgullo y querer igualarse a un Dios, de hacerse dueño incontrolado de la vida, de la muerte y de los fines del hombre. ¡Debemos acordarnos, una vez más, “de que en el siglo XII Moisés Maimónides, médico, filósofo, aristotélico y talmudista, no se acercaba al lecho de un agonizante más que suplicando: Oh, Dios mío, alejad de mí el pensamiento de que yo lo puedo todo!” (24).

V. DESPUÉS DE LA “LUZ VERDE”: EL DIQUE ROTO

Tales eran mis consideraciones para un debate grabado el 9 de enero y destinado a una emisión radiofónica cuando ocurrió el mismo día, y en el Hospital Maimónides, de Brooklyn, en Nueva York, un nuevo trasplante cardíaco, practicado por el doctor Kantrowitz, otro reputado cardiólogo, sobre un antiguo bombero, de sesenta y cinco años de edad, Louis Bloch, por medio de un corazón donado por una mujer de New Jersey. Los acontecimientos se precipitan. Las operaciones de El Cabo han “abierto la vía” de una manera no solamente espectacular, sino generadora de una especie de emulación profesional o incluso de una “competición”, que amplían los datos del problema y obligan a examinarlo de nuevo sobre la base de las circunstancias, de las dificultades, de las objeciones y de las nuevas controversias.

a) Todos estos grupos de investigadores, de experimentadores y de cardiólogos eminentes, están, en efecto, ligados y opuestos por una especie de solidaridad (alejada de toda idea de rivalidad, que nosotros descartaremos inmediatamente). El doctor Shumway, autoridad en la materia, había creado, a partir de 1959, la técnica del trasplante que el doctor Barnard (que se perfeccionó en cirugía cardíaca en la Universidad de Minnesota, donde había trabajado Norman Shumway) ha utilizado: “Gracias a su autoridad universal y sirviéndose él mismo de su maestría, ha caucionado al equipo de El Cabo”, que, “por primera vez, se ha atrevido a realizar lo imposible”, como se ha escrito. El profesor Shumway, a quien se ha llamado en su país “el médico que no mata jamás”, ha dirigido “un magnífico

(24) M.^e L. SCHEIDS: “De l'euthanasie par pitié à l'euthanasie étatique”, *Rev. Int. de Crim. et de Pol. Technique*, 1962, p. 13.

cumplido" a su colega el doctor Barnard: "¡Se ha atrevido usted a romper el hielo!" Y —comenta el doctor Rentchnick— "es el salto genial de Barnard el que ha impresionado la imaginación de las masas, pero que ha roto, al mismo tiempo, con la rutina y ha desmitificado el corazón. El público no estaba preparado para tales evoluciones. Los especialistas como Shumway y Lillehei se lo temían cuando recomendaban a los escritores científicos el acostumbrar poco a poco al público a esta nueva era de los trasplantes de órganos". Por su parte, el doctor Kantrowitz, cuya notoriedad es grande también, es autor de un método más complejo (25) y había ya intentado el segundo injerto de corazón (que no se vio coronado por el éxito), sobre un recién nacido.

Ahora bien, mientras en El Cabo se anunciaba que el operado Blaiberg (mantenido en un aislamiento perfecto, bajo la vigilancia del inmunólogo), "iba bien al 99 por 100", no presentando ningún signo de rechazo, estaba animado y alegre, había podido sentarse en la cama y comía con buen apetito (26), unas complicaciones se manifestaban en el operado de Stanford (27), cuyo "corazón prestado"

(25) Según los especialistas, esta técnica procede a la ablación y al cambio de la totalidad del corazón, mientras que la del Dr. Shumway también utilizada por el Dr. Barnard, deja en su lugar una parte del órgano para evitar el tener que suturar la totalidad de los ocho vasos del corazón. Es comprensible que el método de trasplante total cargue más el corazón injertado, que exige más tiempo (las operaciones de El Cabo han durado de cinco horas a cinco horas y media, la de Brooklyn ha durado once horas) y que corre el riesgo de ser más traumatizante. Al anunciar "la entrada en escena" del "gran maestro de los trasplantes cardiacos en los EE. UU. en *Médecine et Hygiène* (núm. 807, de 10 de enero de 1968, p. 34), el Dr. Rentchnick recordaba que es el Dr. Shumway "el que ha preconizado el primer método (empleado por Barnard) conservando en cierto modo el talón de corazón del receptor para evitar las suturas de las venas cavas y de las venas pulmonares".

(26) Comunicados del 7 y 8 de enero: "Si la mejora de su estado se confirma —pero hay siempre una "incógnita"—, el Dr. Blaiberg "estará quizá en situación de dejar el Hospital dentro de dos semanas". Algunos días más tarde aparecían algunas complicaciones: unos derrames se habían producido alrededor del corazón, pero pudieron ser evacuados y no parecían de naturaleza alarmante a los médicos. En una declaración de 14 de enero, el Dr. Barnard ha revelado que "ese líquido no comprime el corazón y no aumentará". Según el boletín del mismo día, Blaiberg había sido autorizado por primera vez a sentarse en una silla (especialmente esterilizada a su intención), para cenar la víspera por la noche.

(27) El boletín sanitario del 9 de enero, tres días después de la operación, ponía de manifiesto "que el corazón se sostenía bien, pero que el hígado estaba enfermo y son, finalmente, las hemorragias provocadas por la enfermedad de este órgano (anterior a la operación) las que arriesgan la vida del paciente". Se precisaba después que "las numerosas complicaciones son importantes, pero posibles de remediar mientras el funcionamiento del corazón sea bueno", ahora bien, "el caudal cardíaco no es más que ligeramente inferior a lo normal y el músculo parece funcionar muy correctamente por el momento". Pero el 13 de enero se señalaba que el estado se había agravado seriamente y que Kasperak se encontraba en un estado "semi-comatoso", por consecuencia de un mal funcionamiento del hígado que provoca la presencia de bilirubina en la sangre" (es

era claramente más pequeño que el suyo (una tercera parte) y dejaba una cavidad importante, que convertía en más difíciles la detección de los indicios de rechazo y el tratamiento. En cuanto al operado de Brooklyn, no sobrevivió.

La "luz verde", según la expresión comúnmente utilizada, había sido dada para las operaciones de El Cabo y, "trazado el camino a seguir", se anunció que "varios países intentarían en breve plazo la gran aventura". Los rusos, que poseen también una gran experiencia del injerto sobre los animales, "esperan la ocasión, que no se hará esperar, y no serán los únicos: los ingleses, los alemanes, los suizos, los italianos, los japoneses, los españoles mismos, están igualmente dispuestos". En el Canadá, en Toronto, el director de los servicios quirúrgicos del principal hospital (doctor Gigelow) ha declarado que si los operados Blaiberg, en El Cabo, y Kasperak, en Palo Alto, sobrevivían un mes al injerto practicado sobre ellos, un trasplante cardíaco tendría lugar en Toronto: "Nos pondremos a la obra sin pérdida de tiempo, aplicando los métodos ya experimentados en clínica y utilizando las técnicas puestas a punto en los laboratorios" (28).

decir, de un producto de la hemoglobina que el hígado se encarga de eliminar, lo que no puede hacer cuando funciona mal). "El estado del corazón del paciente es, por el contrario, excelente". El 14 de enero tuvo lugar "una ligera intervención quirúrgica que tenía por objeto aliviar la vesícula biliar, que había aumentado anormalmente de volumen". El mal funcionamiento simultáneo del hígado, de los riñones y de la vesícula biliar "inclinan a temer lo peor", aunque el Prof. Shumway y su equipo hayan decidido aparentemente obrar y reaccionar enérgicamente.

(28) Los cirujanos de Toronto han practicado ya setenta y cinco injertos de corazón sobre perros, en el plazo de dieciocho meses, pero murieron todos por consecuencia del proceso de rechazo.

En el curso de su lección inaugural en la Facultad de Medicina de Ginebra, el 25 de enero de 1968, en la cual "ha pasado revista a las etapas prodigiosas de la cirugía cardíaca que hemos vivido después de la última guerra", el profesor Charles HAHN, titular de la nueva (y por el momento única) Cátedra de Cirugía Cardio-vascular en Suiza, no ha ocultado su opinión sobre los trasplantes de corazón realizados a partir del 3 de diciembre de 1967: "Vivimos una época apasionante. La cirugía cardíaca está a punto de enriquecerse con nuevas técnicas que permiten el trasplante de corazones o la implantación en el organismo de prótesis cardíacas artificiales". Ha expresado su deseo, no obstante, de que "en medio de los aparatos innumerables que se han convertido en necesarios, la alta técnica de los grupos cardio-quirúrgicos no prive a los enfermos de los contactos humanos con sus médicos". La lección del Prof. Hahn sobre "La cirugía cardíaca en cardiología" se publicó en *Médecine et Hygiène*, núm. 813, de 21 de febrero de 1968, p. 193 y ss.

Pero hace falta leer, sobre todo, en la misma revista, núm. 807, del 10 de enero de 1968, p. 36, sus "algunas observaciones a propósito de la operación del injerto de corazón", que están aquí muy en su lugar y que muestran hasta qué punto la actitud del profesor de Ginebra está lejos de la posición tan claramente distante de los maestros franceses. Recordando que la cirugía cardíaca data del fin de la segunda guerra mundial y que apenas tiene veinte años, el profesor Hahn indicaba que sus progresos han sido tales "que lo que se creía imposible o insensato la víspera se realizaba al día siguiente" y que "no hay nada de sorprendente en que un equipo de cirugía cardíaca bien entrenado haya logrado injertar un corazón humano y hacerlo vivir durante dieciocho días" (en el mo-

Y "Francia no se queda atrás: cuenta entre los "grandes" de la cardiología. El injerto forma parte de su patrimonio científico (29), varios equipos están en condiciones de realizar tales operaciones sobre el plano técnico (30), los ensayos sobre los perros han sido numerosos estos últimos años y la supervivencia prolongada, hasta cuatro meses, ha sido observada". Además, "su baza mayor es el conocimiento de la inmunología: desde hace veinte años luchan contra el fenómeno del rechazo. Disponen, como los americanos, de un arma nueva, el suero anti-linfocitario (31). Conocen también los otros

mento de la primera operación): "El anuncio del éxito del injerto de corazón apenas nos ha sorprendido. Lo esperábamos, pero pensábamos que la primera tentativa humana sería hecha por Shumway en Palo Alto, por Löwer en Richmond, o por Kantrowitz en Nueva York. En ocasión de un viaje reciente a estos centros americanos, habíamos visto los perros viviendo desde hacía dos años con homoinjertos cardíacos. ¿Por qué estos grupos, particularmente bien entrenados no han intentado esta intervención? O, si la han hecho, ¿por qué lo ignoramos? No conocemos la respuesta exacta a estas preguntas, pero suponemos que la probabilidad de un éxito duradero no parecía suficiente o que *los problemas morales planteados por la extracción del injerto no estaban resueltos de modo satisfactorio*". Veremos que es en efecto la razón esencial, en unión de la que se relaciona con la *diferencia de sistema jurídico-legal*, que constituye un obstáculo en Francia, principalmente.

(29) Es el profesor Hamburger el que tuvo el honor de lograr las primeras implantaciones de riñones con éxito.

(30) Principalmente en el Hospital Broussais, de París; en el Hospital Saint-Eloi, de Montpellier; en el Hospital Edouard Herriot, de Lyon, y en el Hospital de Nancy. Según una reciente declaración del 13 de enero, del profesor de Vernejoul, presidente del Consejo Nacional de la Orden de Médicos "se puede afirmar que en Francia la técnica está completamente a punto. En el Hospital Broussais, en el laboratorio de Cirugía Experimental del profesor Dubost, más de 150 perros han sido injertados y es la estadística más elevada después de la del profesor Shumway. En cuanto al problema de supervivencias y a la defensa del enfermo contra las complicaciones post-operatorias, los trabajos sobre las exigencias de la inmunología se prosiguen en el Hospital Saint Louis y en el Hospital Broussais, de París, así como en el Instituto Pasteur, de Lyon. "Estos permiten poner a punto las condiciones de un éxito post-operatorio".

(31) Este producto tan eficaz, parece "ha faltado desgraciadamente en El Cabo durante la primera operación", la de Washkansky.

Ha sido en 1963 cuando un especialista en enfermedades alérgicas inglés, el Dr. Woodruff, ha hecho la demostración experimental de que un "suero antilinfocitario" de conejo, inyectado a una rata, era capaz de aumentar el tiempo de supervivencia de los injertos de piel. "El célebre especialista de los trasplantes de hígado, el Dr. Starzl, en los Estados Unidos, confirma la eficacia de este suero en el hombre" (suero que prepara a partir del caballo). En Francia, el profesor B. Halpern, del Colegio de Francia, ha estudiado particularmente el suero antilinfocitario *en los perros* portadores de injertos de corazón, y ha comparado su eficacia a la de los rayos X, a la de la cortisona, a la del Inmurán. "Ha sacado la conclusión de que el suero antilinfocitario ocupará una plaza privilegiada en los injertos de tejidos y de órganos". *Médecine et Hygiène*, 10 de enero de 1968, p. 34 (Dr. Rentchink, el cual indica, según el Dr. Medawar, Premio Nobel de Medicina, cuál sería el mecanismo de acción de ese suero). Ver en *Med. et Hyg.*, núm. 808, de 17 de enero de 1968, el editorial del Prof. HALPEN: "El suero antilinfocitario, estado actual de la cuestión y puntos de vista personales". Y, por otra parte, en lo que concierne el injerto en el perro, en el núm. 813, de 21 de febrero de 1968, p. 208

agentes anti-rechace (rayos e inmuno-depresores)". Es igualmente un sabio francés (32) el que ha inventado el agrupamiento de los tejidos "según su compatibilidad", grupos que tienen, para los injertos, la misma importancia que los grupos sanguíneos en el momento de las transfusiones sanguíneas. El empleo de esta técnica "ha permitido encontrar unos órganos compatibles con los tejidos del que los recibe". Una verdadera pareja donante-receptor puede, consecuentemente, ser creada... Un solo obstáculo se alza. Es, como se sabe, de orden moral: *¿Se tiene derecho?* Hay cirujanos que están dispuestos a pasar por encima de estas consideraciones, que estiman inadaptadas y mal comprendidas (33). Pero "correrían el riesgo", en caso de tentativa, de ser condenados; porque, si respetasen la ley francesa, que impone un control muy extenso para la constatación de la muerte (34), no dispondrían más que de un órgano en mal estado... *¿Se atreverán a hacerlo?* (35).

b) La oposición impresionante que se ha producido en muchos lugares hace indispensables estas indicaciones médicas precisas, que hacen comprender mejor el problema y explican por qué ya se crea una amplia organización con vistas a la situación venidera, en tanto que algunas reservas más o menos severas, así como numerosas resistencias, se abren paso.

En Los Angeles, el 9 de enero, los siete principales hospitales han constituido una verdadera "cooperativa de órganos" (comenzando por los riñones) en estado de disponibilidad; serán tomados a las personas fallecidas que hayan consentido esta donación antes de su muerte, y con el acuerdo final de la familia, legalmente obligatorio en los Es-

y ss. Alpern, Cachera, Lacombe y otros colaboradores: "Supervivencia de los injertos de corazón en el perro tratado con el suero antilinfocitario de oveja" (texto de una comunicación presentada el 12 de febrero de 1968 a la Academia de Ciencias de París).

(32) El Prof. Jean Dausset, cuyos métodos, conocidos por el equipo de El Cabo, han sido utilizados. Su equipo, en París, está, al decir los especialistas, "particularmente calificado" para el estudio y la aplicación de los antígenos del injerto.

(33) El 11 de enero, quince especialistas franceses han salido, respondiendo a una invitación, para El Cabo, en una misión de información. Entre ellos se encontraban, principalmente, los Dres. Cachera, de París; Bernichou, de Nancy; Termet, de Lyon; Cabessou, de Montpellier. El Dr. Termet, que estudia los injertos de corazón en el Servicio del profesor Michaux, en Lyon, ha declarado que tenía la intención de practicar un injerto sobre el hombre. "Técnicamente, la operación no plantea hoy ningún problema. Es la inmunología lo que nos preocupa, pero el rechace o la adopción del injerto es asunto de los biólogos... Mientras tanto, la terapéutica, y no la experimentación quiere que se elija como donante un enfermo clínicamente, es decir, cerebralmente, muerto". Su declaración, al regreso a París, el 23 de enero, en nota 39.

(34) La constatación oficial de la muerte exige en efecto unos exámenes y unas formalidades tales, que el órgano tomado no puede ser utilizado con éxito. Los anglo-sajones, habituados a una administración más rápida, constatan la muerte en plazos más breves y pueden por consecuencia servirse de estos órganos.

(35) Ver las consideraciones de P. Magd, en *Le Figaro* del 8 y 14 de enero.

tados Unidos, como hemos visto. Se ha recordado que el doctor Shumway no habría, sin duda, esperado hasta el 6 de enero para intentar la operación de la cual es técnicamente inventor, si se hubiera podido poner antes a su disposición "un corazón de recambio" presentando las mejores garantías posibles para este estadio experimental (como "los bancos de sangre", que permiten disponer en todo momento de cualquier grupo óptimo para las transfusiones). La "cooperativa de órganos" se ha fijado también como programa la investigación, y quiere organizar "conferencias-debates" e "invitar a los juristas y a los miembros del clero a discutir en conjunto los aspectos jurídicos, morales y religiosos de los trasplantes". Porque, ha revelado el presidente de este grupo —el doctor Richard Glassock, profesor de nefrología y "pionero del trasplante renal"—, "el público debe ser informado sin demora". En efecto, "si realizamos injertos de órganos en gran escala —como cabe esperar cada vez más—, la utilización de órganos procedentes de cadáveres se convertirá en una necesidad absoluta", en tanto que "el corazón artificial" en el que se trabaja desde hace mucho tiempo no se haya realizado. Todo está, desde luego, preparado para crear las mejores condiciones posibles, y los donantes serán sometidos a *tests* sanguíneos y de tejidos en el Centro Médico de la Universidad de California, bajo la dirección del doctor Paul Terasaki (reputado también como "una autoridad en la materia") (36).

No es, en consecuencia, "una concepción puramente intelectual" o una "utopía" el organizar así, desde ahora (37), tales centros de

(36) Gracias al reparto previsto entre los hospitales, "la elección de órganos será más amplia y aumentarán, en consecuencia, las posibilidades de tener mayor variedad de grupos sanguíneos y de tejidos, elementos generalmente considerados como indispensables para impedir un rechazo fatal". (Se ha precisado que en los siete hospitales se encuentran ochenta casos graves que, en espera de donantes, se mantienen en vida por medio de riñones artificiales; cuatro personas han prometido, por el momento, sus riñones cuando se mueran; y hay también cuatro candidatos para el trasplante de hígado.) "Unos ordenadores electrónicos determinarán para cada donante el tipo de paciente mejor calificado y calcularán las posibilidades que tiene cada paciente para recibir un trasplante adecuado. Por otra parte, los médicos consultantes examinarán, con el médico de la familia, la ficha del donante potencial. Todos estos esfuerzos previos de coordinación facilitarán en el momento requerido la tarea de los cirujanos". Se sabe que es necesario que el órgano que se obtenga sea trasplantado "en el plazo más corto después del fallecimiento del donante", pero parece que podrá ser de nuevo utilizado a las seis horas si es sometido a un enfriamiento apropiado". Lo que quiere decir que se podrá "transportar fácilmente el órgano de un hospital a otro" para disponer así "en el momento necesario" su utilización. (Ver correspondencia de 11 de enero de Anne Thinesse, de Nueva York, en *Le Figaro*.) Información reproducida en *Médecine et Hygiène*, núm. 808, 17 enero, p. 58.

(37) En su artículo ya citado "El precio de un corazón", P. Magd, escribía, el 5 de enero: "Será necesario próximamente crear unos centros de cuidados especializados. Unos hombres vivirán en ellos. El corazón enfermo será mantenido en vida por medio de órganos artificiales "colocados" a su lado. Vigilados por un material electrónico, estarán en espera de un corazón nuevo. Unos enfermeros estarán día y noche a su cabecera. Al pie de su lecho, una hoja. La temperatura no se escribirá en ella. En lugar de ella, se podrá leer: "Señor X, ...grupo

“cuidados adaptados” cuya creación ha pedido el propio doctor Barnard. Entre otras dificultades que habrá que resolver, ésta es una de las que no puede ser descuidada. “Cuando se generalicen los trasplantes cardíacos —lo que parece inminente— ¿podremos contar con un número suficiente de elementos injertables? ¿No nos vamos a encontrar rápidamente ante los mismos problemas que en cirugía arterial, en la época en que se preconizaba la utilización de homoinjertos frescos? ¿No se debe prever la creación de bancos de corazón similares a los bancos de arterias? ¿No debemos centrar una buena parte de nuestros esfuerzos en la puesta a punto de procedimientos que nos permitan la conservación de los corazones? O, si esto resulta muy difícil, ¿no debemos confiar a los físicos —para los cuales los problemas sin solución parecen no existir—, la realización de prótesis cardíacas accionadas por fuentes de energía en miniatura y para las cuales no se planteará ningún problema moral o inmunológico?” (38). Desde hoy, en efecto, “el injerto cardíaco ya no es una tentativa, una experiencia, es un tratamiento médico”.

VI. ESCLARECIMIENTO DE LA POSICIÓN MÉDICA

Es ésta, por tanto, una opinión que está lejos de ser admitida. Al lado de la posición de espera prudente, pero positiva, de los sabios franceses (39), una posición todavía netamente negativa se ha expresa-

sanguíneo 0 positivo, grupo de tejidos núm. III AB, sobrevive desde hace dieciocho días”.—Un día, ese corazón llegará. En realidad no será extraído inmediatamente de un cadáver. Nada de eso, estará ya almacenado desde algún tiempo antes en el hospital. El tiempo para controlarlo, clasificarlo. Por eso no será refrigerado (los tejidos soportan bastante mal el frío prolongado). El órgano será provisionalmente implantado en un gran mono. Este animal asegurará, de cierto modo, un mantenimiento continuo del músculo. Depositario de vida, estará al servicio del hombre. Este sistema librará a los cirujanos de una dificultad mayor y de un desequilibrio moral. Ya no serán así tributarios de un accidente mortal para salvar a un hombre. La terrible concordancia de tiempo será evitada de este modo...”.

(38) Profesor Hahn, en *Médecine et Hygiène*, núm. 807, de 10 de enero de 1968. “La médecine en marche”. Para el profesor Hahn, “son preguntas éstas a las que debemos de responder en los años a venir”.

(39) El “gran as francés de la cirugía cardíaca” (como se le ha llamado), el profesor Dubost, “resumía la situación” en fecha 9 de enero, “revelando que había prohibido a sus alumnos, por el momento, el repetir la experiencia de sus colegas sudafricanos y americanos”.

Post-Scriptum. Después, la situación se ha clarificado. Basta —porque así se debe hacer— con publicar sin comentarios este comunicado, transmitido desde París, el 23 de enero de 1968, al regreso de la misión francesa enviada a El Cabo. Los quince médicos franceses que acaban de pasar por El Cabo donde han tenido contactos con el profesor Christian Barnard y su equipo de Groote Shuur Hospital han regresado el domingo a París.

Evitando todo contacto con las personas que los esperaban en el aeropuerto del Bourget, los cirujanos y especialistas —que estaban desde luego protegidos por la policía— han remitido, sin embargo, una nota a la *Agence Française de Presse*. He aquí lo esencial de ese texto.

do en diversos lugares. Se puede comprender la reserva y los consejos de prudencia para evitar los accidentes en una especie de "carrera de obstáculos" y la toma en consideración de los riesgos excesivos, incluso en los casos de urgencia y con objetivo humanista elevado. El "*Times of India*" ha anunciado, el 17 de febrero, que un injerto de corazón se había practicado por el equipo quirúrgico de Bombay sobre un hombre de treinta y cinco años (al cual se había injertado el corazón de una joven de veinte años, muerta accidentalmente), y que el enfermo, sometido a este "sexto injerto de corazón practicado en el mundo desde el 3 de diciembre último", falleció algunas horas después a consecuencia de un edema pulmonar agudo.

En el Canadá, un cirujano del Hospital Universitario Alberta, en Edmonton (el doctor Calaghan), calificó el injerto de injustificado, en tanto no se puedan emparejar los tipos de proteínas y de células. En Puerto Rico, otro cardiólogo (el doctor Ramón Suárez) advirtió que hace falta "evitar una epidemia de trasplantes cardíacos". En los Estados Unidos, el profesor Lower, de la Universidad de Richmond (Virginia), que ha realizado él mismo experiencias sobre los corazones de perro, estima que "el injerto es extremadamente arriesgado y no debería ser intentado más que en los casos desesperados". En Alemania, el profesor Forssmann, Premio Nobel de Medicina en 1956, ha protestado "de una manera vehemente" y esbozado este cuadro: "En una sala, los médicos colocan un paciente sobre la máquina corazón-pulmones, mientras que simultáneamente, en una pieza contigua, un segundo equipo espera, bistorí en mano, alrededor de un joven que lucha contra la muerte. Estas gentes no están allí para ayudarlo. Excitados por el deseo, están allí para abrir su corazón sin defensa con el fin de salvar algún otro" (40).

Pero, "¿es de este modo como la cosa sucede?". Se comprende la "sensibilización" de los médicos y de los sabios alemanes preocupados

"Un grupo de cirujanos y especialistas franceses interesados en los trasplantes de órganos han ido a El Cabo de acuerdo con el Prof. Christ. Barnard

Todas las informaciones disponibles sobre el primer trasplante cardíaco y sus consecuencias le han sido comunicadas. Ha ocurrido lo mismo con la técnica operatoria y con el tratamiento post-operatorio del segundo operado, del cual han podido seguir cotidianamente la evolución.

Ha sido con paciencia, discreción y eficacia como han sido preparadas estas intervenciones cardíacas de alcance histórico.

Ellas son el resultado de un trabajo de varios años. Todos los problemas bían sido tomados en cuenta sobre el plano humano y moral, como igualmente sobre el plano técnico.

Los cirujanos y especialistas franceses se abstienen de emitir una opinión sobre el porvenir inmediato del trasplante realizado, conformándose así a la prudente reserva de los autores de la operación".

(40) Nos encontramos en el deber de referir, como recuerdo y para mostrar hasta que punto el debate puede ser falseado, ciertas acusaciones injuriosas asimilando el injerto humano practicado con tanto cuidado y tantas garantías, a fin de tratar de salvar a unas personas en peligro de muerte, a la obra de los médicos-verdugos y martirizadores de los "campos de la muerte" que se "acercasen a los vivos para arrancarles el corazón".

y traumatizados por los experimentos “seudo-médicos” practicados en los campos y en ciertos hospitales por los “nazis”. Pero a esta visión de una especie humana de buitres “inflamados por un deseo”, alrededor de un cadáver que tienen prisa en despedazar, ¿no es más equitativo el remplazarla por otra —que corresponde a la realidad—: la de un equipo de hombres “vestidos de blanco” y únicamente preocupados, con toda la intensidad de su saber y su devoción, de “salvar a alguien”, de “transmitir la vida” a otro ser humano?

Parece que el problema, desde el punto de vista de la ciencia y de la deontología médica, haya sido más razonablemente resuelto por los propósitos llenos de moderación del profesor Félix Rapaport, especialista eminente del trasplante renal, que ha dado su aquiescencia a los injertos humanos practicados en Africa del Sur y en los Estados Unidos, estimando que, después de unos años de investigación y de experimentos, y en el punto en que se encuentran las técnicas modernas de la cirugía especializada y de la inmunización, “la idea del trasplante cardíaco estaba suficientemente madura para pasar a la realización”. Este juicio toma todo su peso cuando se sabe que, en la aplicación del procedimiento de injerto renal utilizado por el profesor Rapaport “los porcentajes de supervivencia, en el curso de los dos últimos años, han aumentado del 20 al 65 por 100; que en ciertos casos, en los que los fenómenos de rechazo se habían manifestado, ha sido posible, dosificando cuidadosamente medicamentos y radiaciones, el combatir con éxito la tendencia del organismo”, y, en fin, que utilizando el procedimiento de análisis de los tejidos debido a Jean Dausset, el profesor Rapaport “ha realizado el pasado mes el primer trasplante de un riñón, proveniente de un cadáver, sobre una joven de diecinueve años, que se restablece tan bien que podrá dejar el hospital la semana próxima”.

Por lo tanto, la controversia está lejos de haberse terminado. Según un artículo publicado por la Prensa soviética y del cual apenas acabamos de enterarnos, el doctor Boris Petrovsky, ministro de Sanidad de la URSS, ha emitido la opinión de que “según toda apariencia, el joven mestizo Haupt estaba vivo cuando se le extrajo el corazón para ser injertado. Numerosos elementos muestran que el corazón latía cuando se extrajo para el trasplante, lo que no puede justificarse: La vida es la vida”. Por otra parte, el doctor Barnard es acusado de “entregarse a experimentos sobre sus pacientes” (41). El primer

(41) *Post-scriptum*. En su gira de visitas médicas y entrevistas científicas en Europa, el Dr. Barnard ha puesto claramente las cosas en su punto. En una declaración hecha al periodista Günther Gaus, en Baden-Baden, que le interrogaba para la televisión alemana, este problema *del momento de la muerte* ha tenido amplio lugar en la entrevista recogida por el “Südwestfunk”: Mis dos donantes —ha afirmado el Dr. Barnard— estaban muertos antes del comienzo de la operación de trasplante. Habían sucumbido a lesiones cerebrales”. La muerte fue certificada no por su equipo, sino “por los médicos mismos que habían cuidado a los enfermos a causa de sus lesiones”. El Dr. Barnard ha reconocido “que había vuelto a poner en funcionamiento el corazón y los pulmones

hombre con el corazón injertado, Louis Washkansky, "hubiera podido vivir más tiempo con su corazón original que con el órgano injertado: ¿Cuánto tiempo hubiera vivido con su antiguo corazón? ¿Un mes o dos? El corazón injertado no ha funcionado más que durante diecinueve días". Aun reconociendo que el doctor Barnard "es un cirujano valeroso y lleno de talento", el doctor Petrovsky plantea la regla de que "ningún cirujano debe ser valeroso a costa de sus pacientes".

Pero ¿está exactamente ahí el problema o el dilema esencial? No se trata exactamente de saber si el donante fatalmente condenado hubiera vivido —aunque fuese en coma prolongado— algunos días más, sino de si el receptor condenado, salvo en el caso de un injerto hecho seriamente y con resultado positivo, puede vivir y recobrar la salud gracias al corazón prestado del "muerto intelectualmente", a quien

de los donantes. Pero que era imposible devolver la vida a estos últimos, porque estaban muertos a causa de sus lesiones cerebrales. Los donantes han sido "conectados" al aparato de reanimación esencialmente para que sus corazones no se perjudicasen con el cese de la circulación sanguínea". Pero la cuestión es también el saber "si la posibilidad de un falso diagnóstico con respecto a la muerte efectiva de los donantes estaría excluido". El interrogador recordaba que el profesor Forssmann, premio Nobel de Medicina, había "citado dos casos de vuelta a la vida por reanimación en las condiciones de muerte establecidas, como fue el caso en El Cabo: no había ya reflejos, ni respiración, ni actividad cardíaca". El Dr. Barnard ha respondido del modo siguiente: "Todo hombre puede cometer un error. Somos seres humanos y tenemos nuestras debilidades. Pero quisiera ver al paciente adulto que fuera capaz de restablecerse completamente, cuando su circulación sanguínea está interrumpida, su corazón parado y que su cerebro no está irrigado, todo eso durante cinco minutos, a temperatura normal. En este caso el cerebro ha sufrido tales daños que no puede funcionar de nuevo. Creo que la opinión pública debe tener confianza en el médico y admitir que éste hará todo para evitar errores". Es desde luego médicamente incontestable que son los grandes traumatismos craneanos con lesiones del cerebro los que, desde este punto de vista, son "los más favorables" y dan las mejores garantías contra los errores.

¿Y cómo en fin ver la situación, el papel del médico y los límites de su deber en el caso de un hombre mantenido artificialmente en vida durante semanas gracias a un aparato respiratorio, cuando su cerebro ha sufrido graves daños considerados como irreparables? ¿El médico tratante debe o puede parar el aparato? "Sí —ha respondido el Dr. Barnard—, yo creo que debe pararlo. El deber del médico es el de proseguir el tratamiento hasta el momento en que adquiere la convicción de que ya nada puede hacer por el paciente. En tal momento su tarea termina. Los cirujanos de corazón se encuentran en la obligación de tomar tal decisión con frecuencia." Al comienzo de la entrevista, el Dr. Barnard ha afirmado también "que nunca había tenido duda respecto al injerto de corazón: Estoy persuadido —ha dicho— que nuestro trabajo será coronado por el éxito y que esta operación se convertirá a fin de cuentas en una rutina. El injerto de corazón no ha sido un experimento. En los dos casos estábamos convencidos de que lograríamos trasplantar el corazón de un paciente a otro enfermo y que volveríamos a poner el órgano en marcha."

En lo que concierne a todas las objeciones que han sido hechas al profesor Barnard en la recepción que se le dio en París y sus entrevistas con los médicos especialistas que le interrogaron, ver el informe del Dr. RENTCHNICK: "El profesor Barnard me ha dicho...", en *Médecine et Hygiène*, núm. 811, de 7 de febrero de 1968, p. 144 y s.

ya no podía “humanamente” servir. Los “cálculos de posibilidades” falsean la cuestión y pueden hacer correr el peligro de paralizar totalmente el progreso legítimo y esperado por millones de enfermos futuros. ¿Con respecto a cuál de los dos pacientes se demuestra el “coraje”?, y ¿“a costa de cuál de ellos” se ejerce? ¿A costa del “muerto intelectualmente”, que no podría ser salvado y del que se retiene artificialmente “el último suspiro”, o del “vivo fisiológicamente”, que puede ser salvado, y del que, desde luego, es menester intentar prolongarle la vida con serias razones de éxito y de esperanza? Un cirujano francés había planteado como un postulado que no sería legítimo practicar un injerto de corazón sin una probabilidad de vida de un año aproximadamente. Pero ¿quién puede dar tal seguridad, y acaso la exige alguien, cualquiera que sea la operación, en un estado que se considera desesperado? Los profesores más hábiles y distinguidos que —en Francia— han hecho con éxito los primeros injertos de riñón humano, ¿estaban seguros de que semejante margen de certeza justificaba su madurada audacia al diagnosticar? (42).

Como quiera que sea, *para el jurista* y para todo profano en la materia, el problema médico parece hoy resuelto sin vuelta atrás posible, según todas las recientes manifestaciones de los médicos franceses más autorizados, de los cuales hemos señalado ya anteriormente su gran prudencia, e incluso (respecto de alguno de ellos) la reticencia en la materia, en el deseo tan legítimo, de no ver, por una emulación temeraria y precipitada, “a un equipo francés participar en una cierta carrera hacia el éxito” (43). En efecto, en las declaraciones bien medita-

(42) *Post-Scriptum*. En la conferencia que el profesor Barnard ha pronunciado, el 3 de febrero de 1968, en el curso de su visita a París, en la Sociedad de cirugía torácica —en la que “los grandes maestros de la cirugía que estaban presentes se pusieron en pie para ovacionarle cuando entró en la sala”— nuevos aplausos resonaron cuando, a la pregunta: “¿Qué probabilidad de vida concede usted al corazón trasplantado?”, contestó, con una simplicidad que no hubiera desmentido Pasteur, que también fue muy combatido: “¿Qué probabilidad conceden ustedes a un hombre el que acaban de operar de un esófago canceroso?”

Para las precisiones sobre esta sesión, ver la referencia del Dr. RENTCHNICK, “El profesor Barnard me dijo”, en *Médecine et Hygiène* del 7 de febrero de 1968, p. 144. A partir del 31 de enero (núm. 810, p. 120, editorial), sobre la base de documentos irrecusables publicados en el *South African Medical Journal* y de sus declaraciones tan claras hechas por la misión francesa a su regreso de El Cabo, el mismo médico había escrito: “¿Por qué entonces este escepticismo, estas entrevistas ridículas, estos comunicados? Como lo ha dicho recientemente J. Hamburger y Ch. Dubost, el escepticismo o la oposición sistemática no nos parecen una actitud defendible. Se arriesga el retrasar el desarrollo de métodos capaces de salvar de la muerte a unos hombres en peligro, nuestro deber es ser a la vez razonables y audaces.”

(43) Pero los reproches de temeridad o de ligereza, de espíritu de aventura y de publicidad y no de espíritu científico, dirigidos al operador y al equipo de El Cabo antes de la puesta en claro sobrevenida cuando se tomaron el trabajo de informarse seriamente, no estaban ciertamente justificados. *Médecine et Hygiène*, había puesto la cuestión al día desde el 17 de enero (núm. 808, p. 58): “Estos injertos de corazón se han experimentado desde hace tiempo en el perro, y el Dr. Normann Shumway es un maestro de esta técnica que él mismo ha

das, hechas el 13 de enero, después de la salida para El Cabo de los médicos franceses y de la emisión televisada en cuanto a los "límites de la vida" en la cual él había participado, el profesor de Vernejoul, presidente del Consejo Nacional de la Orden de Médicos, en pleno acuerdo con los maestros en la materia, que son los profesores Dubost y Hamburger, ha puesto, a nuestro juicio exactamente, todas las cosas en su punto. Con toda justicia, estimaron ellos, "hay que rendir homenaje a los médicos de El Cabo; los ataques de que han sido objeto no son justos (44). Han tenido algo más que fracasos. Se les puede re-

puesto a punto. Numerosos cirujanos del mundo entero —entre ellos el profesor Barnard— han ido a Palo Alto para estudiar esta técnica en el perro. Acusar a estos cirujanos de ser "unos acróbatas", como lo ha hecho un eminente cardiólogo francés, es injusto. Se trata de cirujanos hábiles, menos personales y egocéntricos que los antiguos grandes ases de la cirugía. En realidad, estos cirujanos tienen el mérito de haber constituido unos notables equipos quirúrgicos, cuyos miembros son afectados a responsabilidades precisas. El espíritu crítico está muy desarrollado en estos equipos y no es sin reticencia moral o intelectual, y después de numerosas discusiones oficiales o privadas como estos hombres —en la plenitud de sus facultades— toman unas decisiones tan capitales que modifican el cuadro de acción de la medicina y de la cirugía contemporáneas" (Dr. Rentchinck).

(44) El profesor Barnard ha respondido a esto, directa y públicamente, el 14 de enero, en el curso de una entrevista concedida a la televisión sudafricana. "Yo no creo —ha dicho— que hayamos logrado un trasplante de corazón, porque para lograrlo, es necesario estar en situación de permitir al paciente salir del hospital y volver a su casa para llevar una vida relativamente normal". (Era el día en que, por primera vez, después de su operación, Philip Blaiberg había sido autorizado a sentarse —en una silla esterilizada— para comer.) "Pero hemos mostrado hasta el momento que el corazón puede ser trasplantado y que en el curso del período post-operatorio inmediato el corazón trasplantado funcionará bien." El Dr. Barnard ha indicado igualmente que las dos operaciones de trasplante cardíaco practicadas por su equipo "les habían enseñado a distinguir por una parte un deterioro del corazón debido a un fenómeno de rechazo del órgano, y de otra parte, un deterioro debido al propio trasplante; y esto es muy importante —subrayó él—. En el caso del primer paciente, hemos interpretado equivocadamente una deficiencia del corazón como un fenómeno de rechazo". De acuerdo con lo que se sabe, y en el estado actual de nuestros conocimientos, el período peligroso de rechazo no desaparece nunca completamente, pero el peligro es menor a medida que el tiempo pasa (y quince días habían pasado en este momento). Un fenómeno de rechazo debe desde luego poder ser descubierto más fácilmente para un corazón injertado que para un riñón. En cuanto a prever el trasplante del corazón de un animal sobre un ser humano, es demasiado pronto para preverlo: "El órgano sería rechazado algunas horas después de la operación". No se había elegido ningún otro enfermo para una nueva operación: "Veremos con arreglo a los progresos hechos por el segundo operado, si los problemas ante los que nos encontramos son superables o si no podemos resolverlos todavía". Ha añadido que su equipo operaría "el primer enfermo que se presentase y que tuviese necesidad de un trasplante, y que no tenía ninguna importancia que fuese blanco, negro o mestizo". Deseaba "operar una deficiencia cardíaca muy extendida en los Bantús (la miocarditis), pero si se presenta un enfermo con una deficiencia coronaria, lo aceptaremos". Para él (en espera del corazón artificial) la buena solución actual está, no en el cambio de un órgano salvo en los casos extremos, sino en el cambio de las válvulas o la reparación de las arterias por medio de "prótesis" de materia plástica, de las cuales precisamente el Hospital de El Cabo ha hecho los primeros ensayos de utilización.

prochar quizá el haber ido un poco deprisa, pero su trabajo nos servirá". Los cirujanos franceses, en lo que les concierne, "están alejados de toda competición: gracias a su experimentación prolongada, están en condiciones de pasar del animal al hombre el día en que, en colaboración estrecha con los cardiólogos y biólogos, estimen suficientes sus probabilidades de éxito" (45). En efecto, "consideran —ya desde ahora y en adelante— el injerto de corazón como un método terapéutico cuya técnica está bien afinada y cuyo éxito puede ser asegurado al igual que para los trasplantes renales" (46). Pero, para ellos, subsisten, sin embargo, dos problemas: los que se plantean en la elección del enfermo y los que se plantean para la elección del órgano. Las reglas a seguir han sido claramente formuladas por esos maestros respetados y deberían, al parecer, codificarse para asegurar su aplicación general, lo que podría hacer perfectamente la Organización Mundial de la Salud. Pero una vez que las reglas estén bien establecidas y la situación clasificada, debe entenderse que estas terapéuticas podrán ser practicadas —mediante las garantías establecidas y adaptando las disposiciones legales nacionales en caso necesario— "con la cabeza alta", tanto por el cardiólogo como por el inmunólogo, y no sumidos en esa especie de "clandestinidad" nociva para su obra y molesta igualmente para su persona (47).

(45) Ver, sin embargo, las reservas muy acentuadas y las críticas —y, más todavía, los reproches— del profesor Lenègre sobre todo, en el artículo de Marc. HEIMER: "La bataille du coeur. Le cri d'alarme des trois grands patrons français. Le bilan scientifique et moral des ces cinq semaines qui ont bouleversé l'opinion", entrevista con los profesores Soulie et Lenègre (campo médico), y Dubost (campo quirúrgico), "la trilogía que domina la ciencia francesa del corazón", *Paris Match* del 20 de enero de 1968, núm. 980, p. 26 a 29, y 65-66.

(46) El 28 de enero, el día mismo en que en su exposición difundida por el *Südwestfunk* en Alemania, el Dr. Barnard observaba con fuerza y no exento de razón, en su conclusión: "Si unos colegas critican el injerto de corazón, deben hacerlo igualmente con respecto a los trasplantes del riñón o de hígado" (que están admitidos), se hacía saber desde El Cabo: "Jonathan van Wyk, el joven mestizo de diez años que había recibido hacía dos meses un riñón de la señorita Darvall, ha sido operado de nuevo en el Hospital Karl Bremer. Los cirujanos le han trasplantado el riñón de un joven negro de doce años, Carolus von Schakywyk. El estado del joven mestizo es satisfactorio." Así que, si este estado se mantiene, un niño vivirá de hoy en adelante con dos riñones extraños. ¿Quién no desearía que se realizase, trasladada a nuestro siglo, la máxima del viejo Ambroise Paré, que tan bien da la medida de las cosas?; "Yo lo curo. Dios lo sana..."

(47) He aquí el texto exacto de la importante toma de posición y de la puesta a punto de estos especialistas:

a) La elección del enfermo a quien se ha aconsejado una operación semejante plantea un caso de conciencia que solamente un "consejo" de cardiólogos, de biólogos y de cirujanos pueden resolver. El empleo de nuevos métodos comporta, sin dudarlo, un riesgo, pero es necesario, además, que el grado de peligro corrido sea recomendado, para una afección rebelde a toda tentativa terapéutica, por el estado desesperado del enfermo. Este debe, ciertamente, dar su consentimiento; su deseo expreso de ser operado, si es necesario, no parece suficiente,

b) La extracción del órgano a injertar plantea a la vez un caso de concien-

VII. ESCLARECIMIENTO DE LA POSICIÓN MORAL

Pero una vez debidamente regulado el problema médico, el problema moral, ético, debe recibir también su solución admitida de modo general y satisfactorio. Porque aquí, tanto como en el dominio precedente, las controversias se han sucedido, y la inquietud de los unos aumenta al mismo tiempo que la intransigencia de los otros. El tono de la discusión corre el riesgo de elevarse, y ya se sabe que no hay nada más difícil de calmar después que las "controversias de los filósofos" y las "disputas de los teólogos", ésto dicho con todos los respetos que les son debidos.

a) Esto se ha podido constatar en el momento de la clausura del centésimo Congreso de cirugía de Alemania del Norte, que tuvo lugar a fines de diciembre de 1967 en el gran anfiteatro de la Universidad de Hamburgo (48). El principal orador, el profesor Thielicke, teólogo, acogido con sarcasmos, pasó grandes fatigas para dar su conferencia sobre los problemas éticos que plantea la medicina moderna, y para sacar conclusiones seguras. Evocó "algunos problemas fundamentales a los cuales la terapia moderna, que ha experimentado un gran desarrollo, no ha sabido responder todavía". La cuestión de saber "si el médico puede y debe hacer todo lo que la técnica moderna le permite" ha hecho surgir unas discusiones apasionadas en el curso de los grandes congresos médicos de estos últimos años (49). El médico no puede atribuirse por sí sólo la responsabilidad de decidir "donde se detiene

cia y un problema de legalidad. La extracción no puede ser efectuada más que sobre un enfermo que ha dejado de vivir:

— Sea sobre un enfermo cuyo corazón parado permite el afirmar su fallecimiento;

— Sea en el caso de un enfermo cuyos latidos de corazón y los movimientos respiratorios estén solamente asegurados de modo artificial. Es después de la muerte de estos enfermos, certificada por varios médicos y afirmada por el cese prolongado de toda actividad cerebral, como se hace posible la extracción de los órganos. Se trata entonces de un acto científico que debe salir del marco de la clandestinidad y está condicionado por la autorización de la familia.

c) En fin, en el caso del consentimiento y según la opinión del presidente del Consejo Nacional de la Orden de Médicos, "el cirujano debe operar con conocimiento de todos. Pero será necesario igualmente el lograr una modificación de la ley francesa. Esto va por buen camino".

(48) Ver, en la *Tribune d'Allemagne* de 13 de enero de 1968, núm. 210, p. 9 "El corazón cogido en el círculo vicioso de la Medicina. Reflexiones de un teólogo en cuanto a la muerte clínica" (artículo publicado en *Stuttgarter Zeitung* de 20 de diciembre de 1967).

(49) En el curso de un coloquio organizado por la Fundación CIBA en 1962, en Londres, "los médicos han esbozado la visión de una supercivilización en la cual los ordenadores electrónicos abrirían unas perspectivas terapéuticas absolutamente fantásticas". Todas las cuestiones evocadas aquí y muchas otras (cuya conclusión es que el capital genético del hombre es insuficiente para permitirle la vida en un medio que no es más que el producto de su inteligencia), han sido tratados y pueden ser resumidos por el interrogante: "¿Hasta dónde llega lo humano?"

la cirugía *ultra-radical*". Porque los problemas que hace surgir esta cuestión desembocan en la moral a causa de los principios que pone en tela de juicio.

La técnica ha hecho tales progresos después de la última guerra mundial "que es necesario en efecto preguntarse, cada vez más seriamente, si las funciones biológicas salvaguardadas por medio de aparatos modernos están todavía ligadas a la personalidad del sujeto", y "dónde se encuentran los límites de lo humano. ¿Se puede aún hablar de existencia humana cuando las funciones biológicas han podido conservarse y la personalidad se ha extinguido totalmente?". Por otra parte, un cierto número de enfermos padeciendo una afección grave o hereditaria son mantenidos en vida gracias al arte de los médicos y a los descubrimientos de la industria farmacéutica: "Estos transmiten sus taras hereditarias a la generación siguiente de lo que resulta una *selección negativa*. Las taras se multiplican en sus descendientes. De este modo, si bien el médico ayuda al individuo hace, en cambio, pesar una carga importante sobre sus sucesores": ¿Se tiene el derecho de intervenir "para modificar la labor de la naturaleza y conseguir un alivio momentáneo que puede tener consecuencias nefastas sobre la descendencia?".

El teólogo se ve así enfrentado con el grave problema del reemplazo de órganos: Desde el punto de vista médico se plantea, además, ya se ha visto, la dificultad importante de los "obstáculos inmunológicos opuestos por la naturaleza"; pero sobre el plano ético "las concepciones son más atrasadas con relación a los descubrimientos científicos": tenemos como prueba de ello el que "numerosas personas que pertenecen a algunas sectas religiosas se oponen por ignorancia a la transfusión sanguínea, incluso cuando su vida está amenazada, porque están convencidas de que ello podría transformar su ser". Además, cada trasplante de órgano o el empleo de un corazón-pulmón o el de un riñón artificial, llevan consigo grandes gastos que pocos enfermos pueden soportar; el médico se encuentra así "de nuevo colocado ante un dilema que es menos de orden profesional que moral: ¿A quién ayudar? ¿Se deberá escoger entre las personas que tienen un valor en cuanto a su existencia y las que no lo tienen para la comunidad? Se confía bruscamente al médico el papel de un juez que decide entre la vida y la muerte de sus pacientes, un papel para el que ciertamente no está preparado" (50).

(50) El profesor y pastor Thielicke "estima, por su parte, que no hay más que una sola salida: el médico sufrirá con esta situación y reconocerá que no hay solución para su problema. El consejo es quizá reconfortante para el teólogo —dice el comentario—, pero no sirve en absoluto para el médico o el cirujano".

Post-Scriptum. Según un telegrama de Washington, de 10 de marzo, el profesor Barnard, escuchado por una comisión del Senado americano a propósito de la reglamentación prevista en los EE. UU (de la que volveremos a hablar en la II parte de este estudio, para nuestras conclusiones finales) ha respondido muy claramente a la pregunta: "¿Cuál enfermo elegir si varios cardíacos necesitan la operación y si no hay más que un corazón disponible?" "El que más necesidad

Una situación análoga se presenta —añadía esta exposición— en los casos de trasplante de órganos "puesto que no existe todavía, a la hora actual, ninguna definición satisfactoria de la muerte fisiológica": cuando se quiere practicar un trasplante de órganos es necesario que estos últimos estén todavía "frescos"; pero los límites que separan la vida de la muerte se hacen cada vez más borrosos. Hasta una época reciente se consideraba todavía la detención del corazón como un criterio infalible de fallecimiento. Hoy se recurre al electroencefalograma. La persona fallecida se convierte, en cierto modo, en una "conserva de vida" cuyos órganos pueden ser vueltos a utilizar después de su propia muerte para salvar otras existencias humanas. ¿Cómo conciliar estas contradicciones o hacer desaparecer esas dudas, desde el punto de vista de las exigencias de la ética?

Ante estas dificultades se comprenden las opiniones vacilantes o contradictorias de los moralistas y de los teólogos. Es así como en el curso de una conferencia de prensa, el obispo auxiliar de Méjico (Monseñor Orozco Loneli) ha declarado —según las noticias de agencia del 13 de enero— que "en las circunstancias presentes, la Iglesia Católica tiene por inmoral el injerto de corazón, y que ciertos médicos comparten esta opinión", porque los trasplantes de órganos "deben de ser hechos con una certeza absoluta de ver salvar una vida". Los médicos que han emprendido desde ahora estas operaciones deben, en consecuencia, "perfeccionar primero el sistema en laboratorio sobre animales y no sencillamente prolongar la agonía de los enfermos". No es, por el contrario, inmoral para un moribundo el autorizar la extracción de órganos de su cuerpo.

En Suiza, un biólogo (el Dr. Castelli) ha presentado también, en enero de 1968, después de la operación de El Cabo, unas "observaciones morales sobre el injerto de corazón en el hombre" que plantean claramente la cuestión, no por parte del teólogo, sino del profesional creyente (51). Partiendo del hecho de que "el año 1967 ha sido marcado por la empresa temeraria intentada por el equipo de médicos sudafricanos dirigido por el profesor Barnard, que practicaron el injerto de corazón *in corpore hominis vivo*", el biólogo reconocía que "el mundo entero ha sido impresionado por tanta osadía al mismo tiempo que maravillado por la minucia técnica y científica con que han procedido los médicos de El Cabo". Pero, desembarazando este acontecimiento de toda la hojarasca con la cual los periódicos, los

tenga, *el más enfermo*, sin entrar en consideraciones sobre el mérito o la importancia social de los enfermos". En cuanto a la responsabilidad de la decisión a tomar, el Dr. Barnard ha estimado: "Son los médicos los que deben tomar la decisión de injertar o no un nuevo corazón a un enfermo, el público no está calificado para hacerlo". En cuanto a saber "si un donante eventual podría opinar sobre la elección del beneficiario", la respuesta ha sido: "El donante no tiene los conocimientos necesarios para hacerlo".

(51) Comunicación hecha a *Médecine et Hygiène*, núm. 810, de 31 de enero de 1968, p. 113. El autor se refiere a la obra: *Pie XII. "Discorsi ai medici"*. *Ed. Orizzonte medico. A cura di S. E. Mons. Angelini, 1960.*

fotógrafos y la televisión rodean ordinariamente en nuestra época todo descubrimiento de la técnica y de la ciencia”, se llega a la cuestión esencial: “Los conocimientos de la ciencia, hoy *in vivo* en el dominio de los injertos, ¿ofrecen todas las garantías morales suficientes para que se pueda declarar lícito el método aplicado?”. Si se reflexiona en lo que la ética y las leyes positivas mismas imponen a los farmacéuticos y a los químicos que traten de utilizar en terapia humana una nueva preparación, y si se tienen en cuenta “los efectos desastrosos de la tristemente famosa talidomina, debidos a una experiencia insuficiente de la toxicidad crónica”, no se puede eludir esta cuestión.

Buscando la respuesta en los “tres principios” que el Papa Pío XII había expresado en un discurso pronunciado el 14 de septiembre de 1952 en el Primer Congreso de histopatología del sistema nervioso—principios que justifican a los ojos de la moral el empleo de procedimientos nuevos, de tentativas y de métodos terapéuticos nuevos— el Dr. Castelli emite la opinión siguiente:

1.º Desde el punto de vista de la ciencia médica “puede ocurrir que un método no pueda ser empleado sin dañar el derecho de terceros. En ese caso, incluso si se tiene por objetivo el hacer progresar la ciencia, tal método no es moralmente admisible”, según Pío XII. Por consecuencia, el consentimiento previo del paciente “no puede evidentemente justificar la licencia de la operación”, puesto que “un hombre no puede conferir al médico un derecho que él no posee y ya que nadie puede disponer de su propia vida según su libre antojo”. El paciente de El Cabo “no ha podido en ningún caso ceder este derecho a los cirujanos”.

2.º Desde el punto de vista del interés del enfermo—otro principio— mientras que un método terapéutico no está corroborado por experiencias hechas en el animal “suficientemente numerosas y prolongadas en el tiempo—tales como las que hubiera hecho falta intentar en el caso de la talidomida—su aplicación no puede ser admitida como hecha en interés del enfermo”. Por tanto, “No se puede con certeza afirmar que la intervención intentada por el Dr. Barnard sobre el paciente, y que ha costado la vida a éste, haya sido practicada en su beneficio”.

3.º En fin, en cuanto a la exigencia del *bonum commune*, o sea, del interés de la comunidad, del mismo modo que no se pueden lanzar nuevos productos en farmacopea sin haber establecido anticipadamente la “dosis letal” y la “toxicidad crónica”, del mismo modo “aparece que no se puede considerar como lícita la aplicación de nuevos métodos (en cirugía cardíaca e inmunología), en tanto que no hayan sido objeto de todas las observaciones previas que impone la prudencia y la ley misma. Hacer investigación, por muy positivo que

pueda ser el resultado final, sin consideración al derecho de la persona humana (a la que no se debe utilizar nunca como instrumento, por grande que sea la utilidad), equivaldría, en un cierto sentido, a hacer pasar como conforme a la moral la actividad de ciertos cirujanos nazis de triste recuerdo".

Es verdad, añade a renglón seguido, esta nota del biólogo sobre las "observaciones morales" a propósito del injerto, que es posible —hoy se confirma como cierto— que la "primera" de El Cabo "haya estado precedida de observaciones suficientes para que se considere la aplicación del método como conforme a la moral". Pero la cuestión en sí permanece. Y si la "agitación publicitaria" hubiese sido precedida de "*comunicaciones científicas*", poniendo de manifiesto que en los laboratorios de fisiología experimental de alguna Universidad viven, desde hace cuatro, seis o diez años, mil perros o mil cobayas que hubiesen sido injertados de corazón, la autorización moral del nuevo método aplicado a un sujeto humano aparecería cuando menos discutible, y la temeridad de los médicos sudafricanos nos parecería tanto más admirable cuanto que la sabríamos respaldada por una conciencia moral que no hubiera sacrificado las exigencias superiores al mecanismo positivista".

b) Ahora bien, si como dice el lenguaje popular, siempre rico en imágenes, "es más seguro dirigirse a Dios que a sus santos", se puede estimar contestable la opinión fundamental sobre el principio de que el injerto de corazón estaría hoy falto de base moral. Esta opinión *ha sido rebatida con argumentos decisivos* por una autoridad religiosa como el R. P. Riquet, en un artículo de 10 de enero sobre la "Moralidad del injerto" (52), fundándose él mismo sobre un escrito del órgano del Vaticano, "l'Osservatore Romano" de 8 de diciembre, titulado "Los injertos y el orden moral". Este artículo planteaba precisamente la cuestión de saber si los trasplantes de corazón eran lícitos y hasta qué punto, y reconocía que "la pregunta es angustiosa"; "porque la vida es don de Dios del que el hombre no tiene más que el usufructo". Sin embargo, el Papa Pío XII, en otro de sus discursos a un congreso de médicos, el 30 de septiembre de 1954, ha trazado también ya las grandes líneas de la respuesta, según la cual, en los casos desesperados, cuando el enfermo parece perdido y si no existe todavía un medio último de curarlo que tenga alguna posibilidad, incluso mínima, de éxito, se debe admitir que el médico pueda, con la autorización explícita o tácita del enfermo, proceder a un tal tratamiento. Pero tres condiciones son indispensables: la urgencia de la intervención, "algunas posibilidades de éxito" y el consentimiento del enfermo.

(52) El R. P. Riquet ha sido invitado a un debate sobre esta cuestión en la televisión francesa con el profesor Amiel. Su opinión ha sido publicada en *Le Figaro* de 10 de enero de 1968. Ha sido también reproducida en *Médecine et Hygiène*, núm. 808, de 17 de enero.

A tenor de la cita anteriormente señalada, la doctrina ha sido fijada, en cuanto al empleo de nuevos métodos, como sigue:

“Antes de autorizar en moral el empleo de nuevos métodos, no se puede exigir que se excluya todo peligro, todos los riesgos. Esto está más allá de las posibilidades humanas, paralizaría toda la investigación científica seria y redundaría con frecuencia en detrimento del paciente. La apreciación del peligro debe ser dejada en esos casos al juicio del médico experimentado y competente. Hay, sin embargo, un grado de peligro que la moral no puede permitir. Puede ocurrir, en los casos dudosos, cuando fracasan los medios ya conocidos, que un método nuevo, todavía insuficientemente ensayado, ofrezca, al lado de elementos muy peligrosos, posibilidades apreciables de éxito. Si el paciente da su conformidad, la aplicación del procedimiento en cuestión es lícita.”

Así, *Roma locuta est*, y la causa debería considerarse juzgada. El R. P. Riquet observa desde luego que las autoridades religiosas, tanto las de Roma como las de El Cabo, no han discutido la legitimidad del procedimiento en el momento de la operación practicada por el profesor Barnard y sus colaboradores. Para el moralista, para el teólogo, nada en su opinión “parece prohibir el tomar de un cuerpo humano cuya muerte es cierta un órgano cuyo injerto sobre otro organismo ofrece a éste una posibilidad inesperada de sobrevivir. No se priva al uno de ninguna posibilidad real de prolongar la vida, sino que se hace beneficiar al otro de una ocasión suplementaria. El respeto de la vida aparece por consiguiente salvaguardado de manera integral”. También “cuando es cierto que se encuentran ante un caso de coma sobrepasado que excluye toda posibilidad de una vuelta a la vida consciente y a funciones vitales espontáneas, no obstante mantenerse artificialmente una circulación corazón-pulmones, *se puede legítimamente considerar que el ser humano ha cesado de vivir* y que se puede interrumpir esta circulación artificial y disponer de los órganos subsistentes”. Lo cual, por otra parte, no se puede hacer, y todos están de acuerdo sobre ello, “sin que aquel de quien se utilizan los órganos, o en su defecto su familia, hayan previamente dado su consentimiento. Nuestro cuerpo es nuestro, nadie puede disponer de él sin nuestra autorización válidamente expresada o, en los casos extremos, razonablemente supuesta”.

En cuanto al otro problema moral, es decir, al riesgo corrido por el que *recibe* el corazón o el riñón extraño, lo que está excluido de peligro para él, no hay nada que objetar sobre ello: “Toda nueva terapéutica, toda intervención quirúrgica inédita lleva en sí riesgos más o menos grandes. Tales ensayos son legítimos en tanto en cuanto se presenten como lo mejor, es decir, como el solo medio de salvar una vida humana en gran peligro. Está bien entendido que la experiencia

sobre el animal deberá preceder al ensayo sobre el hombre, y este ensayo deberá rodearse de todas las precauciones necesarias para asegurar el éxito de la tentativa, cuyo primer objetivo es el de salvar la vida del hombre, más aún que la de ejecutar con éxito una experiencia espectacular."

Pero nada permite pensar que el profesor Barnard y su equipo hayan ignorado estas graves recomendaciones: "En la conciencia lúcida de los riesgos corridos, pero también en la experiencia adquirida por una serie de ensayos felices y de un conjunto, pacientemente realizado, de condiciones favorables, se han lanzado a una aventura que solamente el auténtico amor al hombre justifica y transfigura. Como decía Hipócrates: "donde se encuentra el amor al hombre, allí se encuentra el amor al arte".

El R. P. Riquet ha confirmado, una vez más, estas conclusiones en la comunicación que ha presentado a la Academia de Ciencias Morales y Políticas el 19 de febrero de 1968, sobre el "injerto de corazón" y "la persona humana". Ha querido, dice un comentario, "hacerse eco de las reflexiones de numerosos médicos de los que ha sido durante treinta y siete años, en la "Conférence Laënnec", al igual que en el "Centre Catholique des médecins français", el confidente y el consejero espiritual". Haciendo referencia a la doctrina de Pío XII, ha estimado:

"No hay acción sin riesgo y la abstención puede ser también una imprudencia, incluso un crimen, frecuentemente también una cobardía. Se trata en este terreno de proporcionar el riesgo a la gravedad del mal del cual se trata de salvar o de preservar al hombre. La posibilidad, aun arriesgada, de salvar, justifica el riesgo de abreviar una vida ya condenada...

Por tanto, en El Cabo, nada permite insinuar que la indiscutible proeza quirúrgica se haya cumplido a costa de aquellos que habían aceptado, desde luego voluntariamente, el riesgo. Les ha procurado una supervivencia que, aunque haya sido breve, ha devuelto a uno de ellos la euforia y la lucidez que sin ella no tenían ninguna posibilidad de recuperar (53). Un tal resultado, aumentado por un éxito técnico

(53) *Post-Scriptum*: 17 de marzo de 1968. Otra fecha histórica: El profesor Barnard ha autorizado al Dr. Philip Blaiberg a abandonar la habitación esterilizada en la que ha pasado dos meses y medio en el Hospital de Groote Schuur, para volver a su domicilio, con su esposa. Sonriente, el "beneficiario del milagro de El Cabo", ha permanecido durante varios minutos ante la entrada principal del hospital para escuchar las aclamaciones y las felicitaciones lanzadas por la multitud a su intención. "Gracias, gracias a todos". Antes de montar en el coche que había de llevarlo al encuentro de su esposa en su apartamento de Wynberg, donde llegó poco antes de mediodía, el operado ha estrechado la mano del Dr. Barnard, repitiéndole: "Gracias, muchas gracias". Una de las enfermeras que lo había velado durante setenta y cuatro días le pidió permiso para besarle. El Dr. Blaiberg "parecía estar en plena forma". (Los fotógrafos y la

cuya puesta a punto progresiva permitirá en lo sucesivo salvar vidas humanas hasta entonces condenadas, ¿no es suficiente para justificar a los que tomaron la iniciativa de realizarlo después de haberse preparado por medio de investigaciones y experiencias sobre el animal, juzgadas previamente indispensables?”

Dos conclusiones prácticas se deducen de esta situación magistralmente expuesta. La primera es la necesidad de esclarecer la conciencia pública. El Papa en persona lo había declarado: “Es necesario educar al público y explicarle con inteligencia y respeto que consentir expresa o tácitamente el que se atente de modo serio contra la integridad de un cadáver en beneficio de los que sufren, no ofende la piedad debida al difunto cuando hay para ello razones válidas.” La segunda es que, desde el momento en que “ningún principio moral se opone a estos trasplantes de órganos, entre los que figura el reciente injerto de corazón como más espectacular, pero al que había precedido el de riñón, del que sabemos que una serie de ellos ha sido llevada a feliz término salvando vidas humanas, transfigurándolas cuando hasta entonces no tenían esperanza”, le corresponde ahora “a la Academia de Medicina y al Gobierno fijar las reglas suficientemente precisas para que sea estrictamente respetado el derecho a la vida de cada uno... Pero que el encarnizamiento terapéutico mismo no se olvide de que la prolongación a toda costa por los medios más onerosos, digamos por los más crueles, de una vida totalmente inconsciente, es prueba de desconocimiento de que lo biológico está subordinado a lo espiritual.”

Quisiera volver a repetir, para terminar, las consideraciones de elevada belleza del teólogo. Estas ponen el sello de la serenidad en este debate, que ha sido a veces poco parco en el choque de las convicciones adversas: “¿No es acaso un noble gesto para un moribundo, al igual que para los suyos, el de ofrecer sus órganos más preciosos para que en el momento en que hayan cesado de servirle permitan el salvar otra vida humana? Para expresar el fervor de la amistad que le mostraban los primeros cristianos de Galacia, San Pablo decía: “Si

televisión nos han convencido de ello.) No había más que comparar su imagen con la imagen trágica del hospitalizado del principio, que el mundo entero conoce tan bien.) Es una nueva “apuesta calculada y razonada”, un nuevo test crucial que afronta el cirujano sudafricano. Por primera vez un hombre con el corazón injertado se va a vivir a su casa, en contacto con el mundo exterior, y no ya en un atmósfera esterilizada como la de una habitación de hospital especialmente organizada para evitar todo peligro de infección. Pero es también una prueba de esta cualidad del Dr. Barnard: La confianza, fundada sobre la apreciación de los riesgos y sobre la experiencia. Según un telegrama de El Cabo, del 24 de marzo: “El Dr. Blaiberg, cuyo estado continúa siendo satisfactorio, se ha encontrado ayer por primera vez ante la señora Dorothy Haupt, viuda del hombre cuyo corazón le ha sido injertado. El dentista de El Cabo, ha charlado con ella durante media hora, en su domicilio”.

hubiera sido posible, os hubiérais arrancado los ojos para dármelos." Lo que no era entonces más que una figura retórica se convierte hoy en realizable por la virtuosidad de nuestros cirujanos. Se pueden dar los ojos para que, después de la muerte —¡no antes!—, sirvan todavía para iluminar una vida humana. Se puede hoy dar hasta el corazón. La solidaridad humana, como la caridad cristiana, encuentran ahí una expresión nueva y grandiosa."

¿Cómo sería posible que chocase? San Francisco de Sales, obispo titular de la sede de Ginebra, modelo del humanismo cristiano, director de conciencia esclarecido, había también "ofrecido su cuerpo a los sabios de su tiempo, antes que decenas de autopsias hubiesen dado luz sobre la banal apendicitis". No es la primera vez que la Medicina se enfrenta con el gran problema de su deber, en un cruce de caminos, y debe saber elegir acécuadamente. Forma esto parte de su grandeza: "La Medicina ha conocido sus Galileos... Pasteur ha temblado." Todos los pioneros de la cirugía han conocido esa angustia del examen de conciencia ante una atmósfera dividida. En el momento en que la cirugía a corazón abierto ha salvado ya tantas vidas es oportuno el no olvidar que a fines del siglo pasado Billroth decía: "El cirujano que intenta una operación del corazón no puede esperar el respeto de sus colegas" (54). Estos audaces en los que el amor de su arte, según Hipócrates, ha sido guiado, perfeccionado por el amor al hombre, a cuyo servicio lo ponían, se encuentran después de la reprobación que recordaba Billroth, con que han merecido la estimación y la gratitud universales*.

(54) La apreciación teológica es la del R. P. Riquet; la de las tribulaciones de los grandes innovadores, de M.^e Sarda; en fin, la del juicio reprobador que alcanzó a los primeros cardiólogos, del Dr. Rentchnick. Ver *Médecine et Hygiène* de 17 de enero de 1968, núm. 808, pp. 58 y 60.

* La segunda parte, donde se plantea el problema jurídico y se establecen las conclusiones, aparecerá en el próximo número.

La punición de los actos preparatorios (*)

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. Delimitación del tema.—II. Evolución histórica.—III. Problemática general: 1. Necesidades político-criminales y garantías constitucionales. 2. Necesidades político-criminales y principios dogmáticos. 3. La penalidad de las conductas preparatorias y los criterios valorativos rectores.—IV. Consideraciones finales.

I. DELIMITACIÓN DEL TEMA

Según el artículo 3.º del Código penal, es consustancial a la tentativa un *principio de ejecución*. De ahí que la actual doctrina española entienda que los actos preparatorios son por regla general impunes, salvo que hayan sido elevados por la propia ley al rango de delitos *sui generis* (1). No obstante, en el primer párrafo del artículo 3.º el vigente Código declara con carácter general que son punibles la *conspiración*, *proposición* y *provocación para delinquir*, a cada una de las cuales define el artículo 4.º (2). Por su parte, el artículo 52 equipara, a efectos de penalidad, la conspiración, proposición y provocación a la tentativa, estableciendo también para ellas la pena inferior en uno o

(*) El presente estudio fue originariamente redactado, bajo el título de "*La punition des actes preparatoires dans le droit pénal espagnol*", con destino a la *Revue Internationale de Droit pénal*, 1.º-2.º trimestre 1967, n.ºs 1-2.

(1) Vid., entre otros autores, A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal I* (Murcia, 1946) p. 53; J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal I* (Madrid, 1949) p. 403; E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal I*, 14 edic. (Barcelona, 1964) p. 610; M. LUZÓN DOMINGO, *Derecho penal del Tribunal Supremo II* (Barcelona, 1964) p. 38.

(2) Art. 4: "La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.—La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo.—La provocación existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito. Si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción."

Del reiterado empleo del término *delito* —que en el artículo 4.º debe interpretarse en sentido restrictivo, como equivalente a infracción punible más grave— y de la inequívoca declaración del art. 5 —las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas, salvo las frustradas contra las personas o la propiedad— se deduce que la conspiración, proposición y provocación no son, como tales, punibles en referencia con hechos constitutivos de mera falta.

dos grados, según el arbitrio del Tribunal, a la señalada por la ley para el delito consumado.

Cuando hablamos en el título del presente trabajo de actos preparatorios, queremos referirnos concretamente a la conspiración, proposición y provocación. Con ello tomamos ya posición respecto a la debatida cuestión relativa a la naturaleza de tales conductas. En nuestra patria es tradicional calificarlas de *actos preparatorios* (3). Sin embargo, en contra de esta consideración tradicional, indicó Jiménez de Asúa que “de ninguna manera se puede decir que sean actos preparatorios”, ya que “se diferencian de los actos preparatorios esencialmente en que estos son actos externos y materiales, mientras que la proposición y la conspiración no son actos materiales, sino meramente verbales”. A su juicio, se trata de “casos de resolución manifestada” (4).

La verdad es —como señaló Quintano— que introducir en la dogmática española una nueva categoría de “resoluciones manifestadas” complicaría inútilmente el ya suficientemente complejo proceso del *iter criminis* (5). Por otro lado, la argumentación que aduce Jiménez de Asúa para negar el carácter de actos preparatorios no parece del todo convincente, puesto que, como ya expuso con toda claridad Silvela, los actos preparatorios “subdividense generalmente en morales y materiales”, perteneciendo precisamente al primer grupo la conspiración, provocación y proposición (6).

Ahora bien, lo que fundamenta la punibilidad de las mencionadas conductas preparatorias es la circunstancia de que se trata de acciones preparatorias desarrolladas en “el círculo del autor-copartícipe” (7). Por eso pudo decir Quintano que estos “sedicentes grados comisivos” son “más propincuos a la codelincuencia que a la acción imperfecta” (8). Y de ahí también que tanto el Proyecto oficial alemán de 1962 como el llamado Proyecto Alternativo de 1966, que pretende dar ré-

(3) L. SILVELA, *Derecho penal. Primera Parte* (Madrid, 1884), p. 153; J. VALDÉS RUBIO, *Programa razonado de un curso de Derecho penal* (Madrid, 1889) p. 129-130; A. FERRER SAMA, *Comentarios I* cit. p. 73 ss.; J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal I* cit., p. 404; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal I* (Madrid, 1963) p. 221 ss.

(4) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, 2.^a edic. (Buenos Aires, 1954) p. 500.

(5) A. QUINTANO, *Curso I* cit., p. 223. Por lo demás, la denominación de “resolución manifestada” no destaca suficientemente el contenido sustancial, por ejemplo, de la proposición y provocación, donde no hay sólo una “manifestación” de la resolución adoptada, sino una actuación —invitación o incitación— tendente a determinar a otra persona a la ejecución del hecho.

(6) L. SILVELA, *Derecho penal. Primera Parte*, cit. p. 153. L. JIMÉNEZ DE ASÚA-J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal* (Madrid, 1929) p. 158, indicaron que “los actos preparatorios corresponden a una fase de la vida del delito en que el culpable busca en el mundo exterior los medios necesarios, y tanto entra en esta categoría la busca de un arma como la de un cómplice”.

(7) Cfr. H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 9.^a edic. (Berlín, 1965) p. 112.

(8) A. QUINTANO, *Comentarios al Código penal*, 2.^a edic. (Madrid, 1966) p. 56.

plica a aquél, consagren la denominación de “tentativa de participación” (9).

En todo caso, no debe confundirse, bajo ningún concepto, esta “tentativa de participación” con la “tentativa ejecutiva” definida en el párrafo 3.º del artículo 3 del C. P. español. Porque justamente lo que caracteriza a la primera es que se integra por actuaciones *pre-ejecutivas* (10), mientras que la segunda se individualiza por entrañar un comienzo de ejecución. Las conductas descritas en el artículo 4 del C. P. español son actuaciones externas encaminadas a la perpetración de un delito, pero que no implican aún un principio de ejecución, lo que explica que tradicionalmente se las califique entre nosotros de actos preparatorios. No cabe comprender, pues, dichas conductas en el concepto de tentativa que se contiene en el artículo 3, como interpretó equivocadamente algún comentarista español del siglo pasado (11) y resolvió en alguna ocasión el Tribunal Supremo, operando así una inadmisibles extensión del concepto legal de tentativa (12). De *lege ferenda* tampoco es recomendable ampliar el concepto de tentativa hasta el extremo de cobijar en él conductas de la índole de la conspiración, proposición y provocación. La pregunta que formuló Quintano de “si no hubiese sido preferible ampliar el concepto de delito intentado a toda manifestación exteriorizada de un propósito de delinquir, llámese como se llame doctrinalmente” (13), debe con-

(9) *Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung* (Bonn, 1962) párrafos 35 y 36, y *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil* (Tübingen, 1966), párrafos 32 y 33. A juicio de G. BETTIOL, *Sul tentativo di partecipazione*, en *Scritti giuridici I* (Padova, 1966) p. 87-89, es erróneo hablar de tentativa de participación cuando el partícipe, como sucede en el caso de la instigación aceptada pero no seguida de ejecución, ha puesto en práctica, tanto objetiva como subjetivamente, todo aquello que constituye el acto de participación. En este caso la conducta de participación “está consumada”, aun cuando en virtud del principio de accesoriedad no pudiera ser penada. Se habla, en cambio, exactamente —según Bettiol— de tentativa de participación en el caso en que el partícipe no realiza, por causas independientes de su voluntad, todo aquello que es necesario al acto de participación, tanto si el autor principal ha perpetrado como si no ha ejecutado la infracción punible. Este caso se distingue del anteriormente citado porque el partícipe detiene *in itinere* su actividad: el acto de participación no está consumado, sino solamente intentado. Por ejemplo, Ticio quiere determinar a Cayo para que cometa un homicidio y le escribe a tal fin una carta instigadora, la cual es interceptada por la policía antes de que llegue al destinatario.

La anterior observación de Bettiol pierde buena parte de su virtualidad, si la idea de “tentativa” no se la refiere tanto —como hace dicho autor— al “acto de participación en sí” como a la “relación misma de participación” que mediante ese acto se intenta que cobre efectiva realidad a través de la ejecución del hecho.

(10) A. QUINTANO, *Curso I* cit., p. 224.

(11) M. AZCUTIA, *La Ley penal* (Madrid, 1876) p. 88 s.

(12) Sentencia de 3 de mayo 1897: “Concertados los culpables para producir maliciosamente un incendio con el objeto de reclamar el seguro de los muebles a la compañía aseguradora, resultó un principio de ejecución de delito de estafa”.

(13) A. QUINTANO, *Comentarios* cit., p. 59.

testarse, a nuestro juicio, negativamente. Contra una ampliación de esta envergadura existen importantes objeciones dogmáticas y político-jurídicas. Con razón se opuso enérgicamente Welzel a la sugerencia formulada por Schwalm, ante la Gran Comisión para la reforma del Derecho penal alemán, de concebir el parágrafo 49 a) no como una regla atinente a la participación, sino como una especial regulación de la tentativa, debiendo, en consecuencia, alargarse el concepto mismo de tentativa hasta hacerlo comprensivo de hechos anteriores al comienzo de ejecución (14).

En la presente exposición nos ocuparemos de la agitada evolución histórica que experimentó en España la regulación legal sobre la conspiración, proposición y provocación, y de la problemática general que la punición de tales conductas plantea a la vista de los principios informadores del vigente sistema penal español. Prescindiremos aquí de numerosas y complejas cuestiones que el artículo 4 del C. P. español suscita a la hora de interpretarlo con miras a su concreta aplicación, destacando, en cambio, aquellos aspectos que pueden revestir un mayor interés para los estudiosos de Derecho comparado.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La doctrina ha destacado que la posición adoptada por los diversos Códigos penales españoles respecto a la punición de la conspiración, proposición y provocación para delinquir fue como el termómetro que medía el calor de las convicciones liberales (15).

El Código de 1822, al definir en su artículo 5 la tentativa como la "manifestación del designio de delinquir, hecha por medio de algún acto exterior, que dé principio a la ejecución del delito o la *prepare*", confirió al instituto de la tentativa punible una gran amplitud. Con ello abandonaba el primer Código penal español la fundamental distinción de significado liberal entre *actos preparatorios*, en principio impunes, y *actos ejecutivos*, únicos estos últimos capaces de integrar una tentativa punible (16). Quizá por ser consciente de esta expresa renuncia a un postulado liberal y de la extraordinaria extensión que había otorgado al concepto de tentativa, el legislador español de 1822 se apresuró a establecer en los artículos siguientes, como contrapartida, una serie de expresas limitaciones de inequívoco sabor liberal. Limitaciones que van desde la consagrada en el artículo 9 —en el que se

(14) *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission* 2. Band (Bonn, 1958), 21 Sitzung, p. 214-215.

(15) Cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el Delito* cit., p. 502.

(16) Según L. SCARANO, *La tentativa* (trad. castellana de L. E. Romero Soto) (Buenos Aires, 1960), p. 58 ss., el problema de la distinción entre actos ejecutivos y actos preparatorios es de origen iusnaturalista. A juicio de Scarano fue Hugo Grocio el primero en exponerla de modo explícito y, en definitiva, tal distinción se formuló en la era del liberalismo como expresión de garantía para el individuo.

declara que “el pensamiento y la resolución de delinquir, cuando todavía no se ha cometido ningún acto para preparar o empezar la ejecución del delito, no están sujetos a pena alguna, salvo la vigilancia especial de las autoridades en los casos que determine la Ley”— hasta las establecidas en los artículos 4.º y 6.º, que restringen el ámbito de la “conjuración” y “proposición” punibles. “La conjuración para un delito —decía el artículo 4— consiste en la resolución tomada entre dos o más personas para cometerlo. No hay conjuración en la mera proposición para cometer un delito, que alguna persona haga a otra u otras, cuando no es aceptada por éstas.” El artículo 6, por su parte, establecía: “La proposición hecha y no aceptada para cometer un delito, y la conjuración en que no haya llegado a haber tentativa, no serán castigadas sino en los casos en los que la Ley lo determine expresamente.”

El Código de 1848 dispuso en su artículo 4 que “la conspiración y la proposición para cometer un delito sólo son punibles en los casos en que la Ley las pena especialmente”. A partir de estos momentos, la regulación legislativa de esta materia evoluciona al compás de los vaivenes políticos.

La reforma introducida en el Código penal por el Decreto de 30 de junio de 1850, que pretendió apretar los resortes del poder público después de las agitaciones revolucionarias de 1848 (17), adopta el sistema contrario de castigar con carácter general la conspiración y proposición en referencia con todos los delitos (18). Pacheco aludió claramente a las motivaciones políticas que condicionaron la reforma de 1850, a la que criticó duramente, augurando un pronto retorno “a lo que inspiran el buen sentido y la ciencia, que será lo mismo o algo análogo a lo que existió primitivamente” (19).

La modificación vaticinada por Pacheco no se llevó a cabo hasta 1870. La revolución de septiembre de 1868 plasmó en una nueva Constitución, la de 1869, más liberal que las anteriores. La reforma del Código penal realizada en 1870 obedeció fundamentalmente a la necesidad de acomodar el ordenamiento penal a los principios básicos de la nueva Constitución. El artículo 4 del Código de 1870 abandona el criterio consagrado por el de 1850 y vuelve a reproducir la declaración contenida en el de 1848. Nuevamente la conspiración y la proposición son punibles tan sólo en aquellos casos en que así lo determine especialmente la Ley. Al mismo tiempo se incorporan al Código algunos preceptos, procedentes de la legislación especial, relativos a la provocación para delinquir efectuada a través de la imprenta, grabado u otro medio mecánico de publicación. Sistemáticamente tales disposiciones se incluyen en la parte especial del Código, al final del Li-

(17) Cfr. J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal* I cit., p. 63.

(18) Código penal reformado de 1850, artículo 4.º: “Son también punibles la conspiración y proposición para cometer un delito.”

(19) J. F. PACHECO, *El Código penal, concordado y comentado* I 2.ª edic. (Madrid, 1856) p. 108-110.

bro II dedicado a los delitos en particular, bajo la rúbrica de "Disposiciones generales", comprensiva de los artículos 582 y 583. En el primero de dichos artículos se establecía que "los que provocaren directamente por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación a la perpetración de los delitos comprendidos en este Código, incurrirán en la pena inferior en dos grados a la señalada al delito". El artículo 583 preceptuaba que "si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito, la pena de la provocación será la inmediatamente inferior en grado a la que para aquél está señalada". Tales disposiciones sobre la provocación efectuada a través de la imprenta u otro medio mecánico de publicación no fueron interpretadas por los comentaristas de la época como signo de severidad. Antes al contrario, alguno de ellos las estimó, en cierta medida, como disposiciones de sentido privilegiante. De no existir la específica previsión del artículo 583 —se dijo—, en el supuesto de que se hubiese provocado directamente a la perpetración de un delito y efectivamente éste fuese ejecutado como consecuencia de aquella provocación, al provocador se le castigaría como autor por inducción del delito al que provocó, mientras que, en virtud de lo que establece el artículo 583, la pena a imponer es la inferior en grado. Se adujo incluso como razón fundamentadora de este privilegio "la ligereza y precipitación con que se escriben de ordinario los periódicos" (20).

El Código de 1928, promulgado durante el gobierno del general Primo de Rivera, invierte nuevamente el sistema, al preceptuar en el artículo 36: "Salvo disposición contraria de la ley, serán punibles los delitos en todos sus grados de ejecución. Estos son: la consumación, la frustración, la tentativa, la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir." La doctrina se apresuró a denunciar el dislate que suponía calificar expresamente de grados *ejecutivos* a la conspiración, proposición y provocación (21). Esta última se regula ahora en la Parte General del Código, indicando el artículo 43: "Hay provocación criminal, cuando se incitare directamente, de palabra o por escrito, o por medio de la imprenta, el grabado u otro medio de difusión, a la ejecución de una o varias infracciones comprendidas en este Código, o en leyes penales especiales, salvo el caso de que la provocación constituyere delito propio. Su gravedad será mayor o menor, según hubiere seguido o no a la provocación la ejecución de la infracción provocada." Por su parte, el artículo 145 disponía que los reos de conspiración, proposición y provocación punibles serían castigados con pena inferior a la señalada para los autores de tentativa.

El Código de 1932, promulgado en tiempos de la segunda República, vuelve a poner en vigor la regulación de 1870, y la reforma de

(20) S. VIADA y VILASECA, *Código penal reformado de 1870*, III, 4.^a edic. (Madrid, 1890) p. 695.

(21) J. MONTES (O. S. A.), *Derecho penal español*, vol. segundo, 2.^a edic. (San Lorenzo de El Escorial, 1929) p. 37, nota 1; L. JIMÉNEZ DE ASÚA-J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal* (Madrid, 1929) p. 158.

1944, tomando como antecedentes inmediatos al Código de 1928 y a la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, considera nuevamente punibles con carácter general a la conspiración, proposición y provocación en los términos transcritos en la nota 4 del presente trabajo. La regulación de la provocación adquiere con la Reforma de 1944 un claro sentido agravatorio. No sólo porque se amplía el ámbito de aplicación mediante la expresión “u otro medio de posible eficacia” —con lo que ciertamente se supera la limitación que de manera poco justificada consagraba el Código de 1870, al aludir únicamente, como hemos visto, a “la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación” (22)—, sino también porque no se necesita ahora que se trate de una incitación *directa* y porque, además, en caso de haber seguido la perpetración, se castigará no con pena inferior, sino con la *misma pena* señalada para los autores del delito. Al exigir el Código, en el número 2 del artículo 14, para la responsabilidad a título de *inducción* que ésta sea *directa*, resulta que la Reforma de 1944 vino a castigar exactamente con la misma pena de la inducción conductas que, sin la específica disposición legal sobre la provocación, no podrían considerarse, conforme al número 2 del artículo 14, como inducción y, por consiguiente, tampoco podrían pensarse como tales.

Por otra parte, mientras el artículo 145 del Código de 1928 establecía, según hemos visto, para la conspiración, proposición y provocación la pena inferior a la señalada para la tentativa, el artículo 52 del vigente equipara, a efectos de penalidad, aquellas conductas con la tentativa.

Pese a que se declaran punibles con carácter general la conspiración, proposición y provocación, perduran, aún en el vigente Código penal restos del sistema, seguido por los de 1848, 1870 y 1932, de castigar tales conductas, como infracciones *sui generis*, en referencia con determinados delitos. Así, por ejemplo, el vigente artículo 143 castiga como delitos autónomos la conspiración, provocación y proposición para el homicidio del Jefe del Estado.

III. PROBLEMÁTICA GENERAL

No hay unanimidad en la actual doctrina española a la hora de enjuiciar el criterio acogido por el vigente Código. Así, para Quintano “la extensión de los grados preparatorios a toda especie de delitos se valoró como un acierto, a la vez de técnica y eficacia” (23). En contra, otro importante sector doctrinal expone sus reservas en relación con el sistema consagrado por el actual Código. Del Rosal señaló que “en

(22) En contra de la limitación consagrada en el Código de 1870 se pronunció ya A. GROIZARD, *El Código penal de 1870*, VIII (Salamanca, 1899) p. 408. Dicha limitación se explica, aunque no se justifica, porque las disposiciones sobre la provocación provenían de la legislación especial de imprenta. Vid. S. VIADA y VILASECA, *Código penal*, III, cit., p. 695.

(23) A. QUINTANO, *Comentarios*, cit., p. 57.

virtud de la enorme influencia ejercida a lo largo del Código por el texto rabiosamente de tendencia político-criminal del año 1928 (artículo 36) y la Ley de Seguridad del Estado (artículos 5, 15, 59, 60) se punen, además de las formas susodichas al principio, la conspiración, proposición y provocación para delinquir”, advirtiendo que “quizás en este punto la inspiración defensiva haya ido demasiado lejos, ya que contraviene en buena ley el carácter técnico de este tema” (24). A juicio de Del Rosal, “los autores contemporáneos tampoco observan con simpatía esta desmedida extensión de las formas imperfectas, ya que en sentido estricto no participa su naturaleza de aquella investidura”, y afirma, en definitiva, que “todavía conserva vigencia el comentario de Pacheco a propósito del tema” (25), que, como ya sabemos, fue abiertamente desfavorable a la incriminación genérica. Antón Oneca observa, por su parte, que “sólo por la trascendencia que estos hechos tienen en las infracciones políticas y mixtas, se explica su punibilidad, mientras quedan impunes otros actos preparatorios más cercanos a la ejecución que aquéllos y de peligro igual o mayor” (26). Y de modo terminante Ferrer Sama asegura: “Es cierto que la ciencia penal actual aprecia cada día con más interés los estados de peligrosidad que pueden ofrecérsenos a través de actividades que no llegan a la categoría de delitos, y no lo es menos que los reos de conspiración, proposición y provocación pueden presentársenos a través de esas actividades como peligrosos. Mas ello no puede justificar el criterio del Código vigente, toda vez que ante un estado de peligrosidad social el medio de defensa contra el mismo no ha de consistir en una pena, sino en una adecuada medida de seguridad. Nada tendríamos que oponer si a los agentes de conspiración, proposición y provocación se les sometiese a medidas de esta última categoría, pero ello es muy diferente a lo que ha hecho el último legislador al confundir dos conceptos que jamás pueden identificarse, cuales son los de infracción estrictamente penal y estado de peligrosidad social” (27).

Esta disparidad de opiniones es en cierto modo consecuencia de que en la cuestión relativa a *si* deben castigarse y, sobre todo, a *cómo* deben castigarse conspiración, proposición y provocación, surgen una serie de tensiones entre necesidades político-criminales, por un lado, y garantías constitucionales, principios dogmáticos y criterios valorativos rectores, por otro.

(24) J. DEL ROSAL, *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, 2.^a edic. (Valladolid, 1953) p. 145-146.

(25) J. DEL ROSAL, *Derecho penal español*, II (Madrid, 1960) p. 110.

(26) J. ANTÓN ONEGA, *Derecho penal*, I cit., p. 404.

(27) A. FERRER SAMA, *Comentarios*, I cit., p. 79. Se adhiere a la crítica de Ferrer, M. CUERVO PITA, *Actos preparatorios*, en *Nueva Enciclopedia jurídica* II (Barcelona, 1950) p. 337.

1. *Necesidades político-criminales y garantías constitucionales.*

Rossi se preguntaba si un proyecto criminal, especialmente cuando ha tomado carácter de una resolución formal, fija y relativa a un crimen determinado, “no es ya un ataque directo y efectivo contra la seguridad ajena, un peligro inmediato y presente contra el cual puede invocarse legítimamente el auxilio de la justicia penal” (28). Y advertía que, en efecto, el poder social podría intervenir con recursos penales —“aplicarle penas que serían más bien precauciones que castigos”—, siempre que cumpliese estas condiciones: “primeramente, si tuviese medios legítimos de averiguación; en segundo lugar, si algunas razones políticas no le impidieran echar mano de estos medios” (29). De esta suerte se aludía inequívocamente a una tensión entre necesidades político-criminales y garantías políticas.

El pensamiento de Rossi, conforme denunciara ya Silvela (30), ejerció un notable influjo sobre algunos de los más caracterizados comentaristas españoles del siglo pasado. Ni Rossi ni sus seguidores españoles negaron la posibilidad, ni aún la justicia, de reprimir las resoluciones manifestadas. No negaron la posibilidad porque expresamente admitieron que tales resoluciones manifestadas eran auténticas *acciones*, es decir, le reconocieron el carácter de actividad no meramente cogitativa, sino exteriorizada. No negaron tampoco la justicia, porque a tales acciones le atribuyeron expresamente el carácter de *inmorales*. La razón fundamental que alegaron para rechazar la incriminación general de la conspiración, proposición y provocación era de índole política. La argumentación que se aducía era primordialmente la *inconveniencia política* de convertir en justiciables y someter a pena tales conductas. Así, por ejemplo, a propósito de la conspiración escribía Pacheco: “Más acción, y acción inmoral, sin ningún género de duda, todavía es menester que no nos decidamos por regla general a señalarla con aquel carácter. Por los bienes que esa justa severidad nos acarrearía, fueran muchos y graves los males que la sociedad hubiera de sufrir” (31). Por su parte, Groizard insistía en que “la sociedad tiene, en absoluto, derecho para erigir en delitos todos los actos preparatorios que, como la proposición y la conspiración, revelan un peligro para un particular o el Estado”, pero añadía a renglón seguido: “no todos los derechos absolutos deben declararse en los Códigos, sino solamente aquellos de cuyo ejercicio puedan resultar más bienes que males” (32).

En contra de esta dirección dominante, se pronunció Silvela, quien calificó de poco feliz la reforma de 1870 al establecer de nuevo el sis-

(28) P. ROSSI, *Tratado de Derecho penal* (traducción del francés de C. Cor-tés), tomo segundo, 2.^a edic. (Madrid, 1872) p. 92.

(29) P. ROSSI, *Tratado* II cit., p. 94-95.

(30) L. SILVELA, *Derecho penal. Primera Parte* cit., p. 155.

(31) J. F. PACHECO, *El Código penal* I cit., p. 106.

(32) A. GROIZARD, *El Código penal de 1870* I (Salamanca, 1897) p. 124.

tema de 1848 de castigar la conspiración y proposición sólo en aquellos casos en que la ley lo determina expresamente (33). Silvela critica la doctrina que, a su juicio por influjo de Rossi, “asienta como cosa inconcusa que el delito legal no existe ni cae bajo el poder del Estado, sino cuando empieza a ejecutarse” (34). Defendió Silvela en este punto una concepción jurídica extremadamente espiritualista (35): “en la resolución, pues, cuando es conocida, empieza el delito que concluye con la consumación”, porque “si la lesión, lo mismo que el cumplimiento del Derecho consisten sólo —según queda demostrado— en las determinaciones de la voluntad; si los echos externos son únicamente signos de ellas, careciendo de valor propio y sustantivo, luego que el firme propósito sea conocido, hay infracción del orden jurídico” (36). De esta suerte, patrocinaba Silvela un puro Derecho penal de la voluntad o del sentimiento.

En vano quiere decirse —advertía Silvela— que “castigando la resolución de delinquir y los actos preparatorios se autorizan inquisiciones odiosas incompatibles con la libertad, violando el secreto de la conciencia y penetrando en este terreno, vedado a la jurisdicción de los Tribunales”, porque “no es violación del secreto de la conciencia ni pertenece al sistema inquisitorial el hacer que consten los hechos externos por los medios ordinarios de prueba, apreciarlos, penetrar mediante ellos en la intención que los produjo, exigiendo la responsabilidad al autor, que es lo que se practica en todo proceso criminal” (37).

Silvela pierde de vista, de este modo, que la opinión contraria, dominante entre los comentaristas españoles de los Códigos del siglo pasado, si bien destacaba las dificultades de prueba relativas a las resoluciones de delinquir, apoyaba, en definitiva, en razones más profundas. Al atribuir, como hacía Silvela, a los hechos exteriores el simple carácter de “signo” de las intenciones, se les negaba —“careciendo de valor propio y sustantivo”— la naturaleza de elementos sustanciales integrantes de la infracción punible, hasta dejarlos reducidos a simples elementos adjetivos, que sirven únicamente “para elevarnos al conocimiento de las intenciones” (38). Con ello, pese a la creencia de Silvela, su doctrina terminaba violando el principio *cogitationis poenam nemo patitur*, puesto que, conforme a esa doctrina, lo que se castigaría sería la pura resolución de delinquir,

(33) L. SILVELA, *Derecho penal. Segunda Parte* (Madrid, 1897) p. 183. Como recuerda el propio Silvela en este mismo lugar, en el Código de 1870: “Quedaron, pues, reducidas las proposiciones punibles a los delitos de traición, lesa majestad, cuando se propone o se conspira para dar muerte al Rey o al inmediato sucesor, rebelión, y la conspiración en delitos de sedición”.

(34) L. SILVELA, *Derecho penal. Primera Parte* cit., p. 155.

(35) P. R. RAMIRO RUEDA, *Elementos de Derecho penal* I (Santiago, 1898), p. 176, la calificó de “escuela eminentemente espiritualista”.

(36) L. SILVELA, *Derecho penal. Primera Parte* cit., p. 155-156-157.

(37) L. SILVELA, *Derecho penal. Primera Parte* cit., p. 159-160.

(38) P. R. RAMIRO RUEDA, *Elementos* I cit., p. 176.

aunque naturalmente por obvias razones prácticas la imposición de la pena no pudiese tener lugar más que cuando tal resolución fuese conocida. Con acierto observó el P. Montes que, según esta doctrina, “el hecho de haberse resuelto un hombre a cometer un delito basta para que éste exista, puesto que tenemos una voluntad en rebelión contra el Derecho, y nada más hace falta para el caso. En la práctica no podrá pensarse, por falta de prueba pero, en teoría, ámos el hecho por demostrado, y podemos defender su punibilidad” (39). En efecto, si el hecho exterior a través del cual resulta *conocida* la resolución de delinquir no posee más valor que el de *signo* o *prueba*, está claro que lo único que se castiga es la pura resolución. Objeto de la punición ha de ser lógicamente lo probado, y no el *medio probatorio*.

Por ello, aunque se exigiese una cumplida prueba respecto a la existencia de la resolución de delinquir, las doctrinas similares a la sustentada por Silvela representaban un grave quebranto de la libertad individual, en el sentido de que ampliarían excesivamente la esfera de lo jurídicamente punible a costa de limitar sensiblemente aquel ámbito íntimo del individuo en cuyo marco las resoluciones de voluntad deben restar sustraídas al enjuiciamiento jurídico. Precisamente para garantizar del modo más efectivo la libertad de pensamiento y de resolución dentro de ese ámbito, la concepción jurídico liberal se esforzó en distinguir netamente el Derecho de la moral, y, en el más concreto plano jurídico-penal, defendió la fundamental exigencia de un comienzo de ejecución para que los hechos puedan ser punibles.

El puro Derecho de voluntad que patrocinó Silvela, y compartió algún otro autor español del siglo pasado (40), no es suscrito hoy por nadie en la doctrina española y, de hecho, tampoco fue practicado por ninguno de los distintos Códigos penales españoles. No llegaron a castigar nunca nuestros Códigos la pura resolución de delinquir, sino auténticas conductas exteriorizadas como son el *concierto*, la *invitación* y la *incitación para delinquir*. Tales actos exteriores no poseen —como sostenía Silvela— el valor de meros “signos” probatorios de la resolución de delinquir, sino que representan un presupuesto esencial de la punibilidad, un elemento integrante de la propia infracción punible, de tal modo que si la resolución de delinquir, aunque resulte sobradamente conocida, no se ha concretado en una conducta de concierto, invitación o incitación, permanecerá absolutamente impune.

Pese a las limitaciones acabadas de mencionar, la disposición legal que declara con carácter general la punibilidad de la conspiración,

(39) J. MONTES, *Derecho penal español* II cit., p. 35. El P. Montes se refiere en este lugar al “error fundamental” que encierra tal teoría, después de haber destacado (p. 34) la necesidad de distinguir los órdenes moral y jurídico a la hora de responder a la cuestión relativa a la ilicitud del propósito de cometer una infracción punible.

(40) Así, P. R. RAMIRO RUEDA, *Elementos* I cit., p. 176-177. Adhesión a la tesis de Silvela, difícilmente conciliable con la opinión mantenida por Ramiro Rueda pocas páginas antes (p. 171) de que la proposición y conspiración no pueden ser, por regla general, punibles.

proposición y provocación en referencia con todos los delitos, está abocada a suscitar ciertas reservas políticas. La razón estriba en que una disposición de esa índole supone un sensible abandono de los principios básicos de un *Derecho penal del acto* en favor de un Derecho penal de voluntad o del sentimiento. Y ello no ya en el sentido de que se pretenda castigar, al estilo de lo que propugnaba Silvela, el puro propósito de delinquir, sino en cuanto se reconoce, con carácter general, que la esfera de lo punible comienza mucho antes del inicio de ejecución del hecho constitutivo de delito. Antes incluso de la mera preparación material de la realización del hecho. Por ejemplo, en la conspiración se pune ciertamente una conducta humana; por tanto, una voluntad objetivada y no una simple cogitación. Pero se trata de una conducta que sustancialmente no es sino la mera resolución de cometer un delito, sin que suponga siquiera la preparación material de la ejecución de esa resolución. Lo que se castiga aquí es, pues, simplemente la resolución de delinquir, aunque, naturalmente, se trate de una resolución “concertada” entre dos o más personas.

Con ello, la incriminación genérica de la conspiración, proposición y provocación se inserta en el proceso evolutivo que conduce de un Derecho penal del acto a un Derecho penal de autor, es decir, a un Derecho penal orientado hacia la actitud moral del sujeto (*Gesinnungsstrafrecht*). Proceso que, según expuso recientemente Baratta, entraña un evidente abandono de las principales conquistas del pensamiento jurídico liberal y lleva implícita la posibilidad de degenerar hacia formas siempre más arbitrarias e injustas de control de la conciencia, hacia la persecución ideológica y política (41). Nada de extraño, pues, que la mayoría de los comentaristas liberales españoles del siglo pasado viesan con recelo la incriminación genérica de aquellas conductas preparatorias, y trataran de reducir la punición de las mismas al rango de excepción. Una excepción que, aparentemente de modo paradójico, se refería precisamente a ciertos delitos políticos. “Aplaudimos esta reforma —decía Viada a propósito del texto de 1870—, ya que la justicia y la conveniencia social no pueden exigir que se castiguen la conspiración y la proposición, sino en ciertos delitos que afectan a la

(41) A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza* (Milano, 1963) p. 153. Cfr. también C. PEDRAZZI, *Il fine dell'azione delittuosa*, en *Rivista italiana di diritto penale* (1950) p. 259, para quien el proceso de una ulterior subjetivación del Derecho penal y el intento de colocar la *Gesinnung* del reo como blanco directo del disvalor penal, entraña “implicaciones tendencialmente antiliberales”; G. BETTIOL, *Aspetti politici del diritto penale*, en *Scritti* cit. II p. 792, en donde se destaca que el totalitarismo intenta atraer hacia sí “toda la personalidad humana para imponer una reglamentación jurídica incluso a las manifestaciones de la vida interna del hombre”, considerando que para imponer una pena “basta la manifestación de una voluntad de delinquir”; Th. WÜRTTENBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 2.^a edic. (Karlsruhe, 1959) p. 67, quien advierte también que un Derecho penal orientado hacia la *Gesinnung* pone en peligro la seguridad jurídica de los individuos y, con ello, una de las exigencias del Estado de Derecho.

seguridad interior o exterior del Estado" (42). En definitiva, se trataba de adelantar, en aras del orden liberal constituido, el frente de lucha contra los "enemigos de la libertad", declarando ya punibles las proposiciones y conspiraciones de éstos, tendentes a subvertir aquel orden y sustituirle por otro negador de los principios liberales (43).

Sería equivocado pensar que el problema político que la incriminación genérica de la conspiración, proposición y provocación entraña, representa una típica preocupación del liberalismo decimonónico, que debe considerarse hoy superada. En verdad se trata de una tensión entre determinadas necesidades político-criminales y las exigencias propias de todo Estado de Derecho, que, por ello mismo, conserva actualmente plena vigencia.

Así, en la actual doctrina italiana ha señalado Pedrazzi que el artículo 115 del Código penal italiano consagra decididamente la accesoriidad de la participación, la cual, por consiguiente, sólo puede ser impugnada de *lege ferenda*, por ejemplo, comenzando a invocar la punibilidad de la instigación independientemente de la realización del hecho principal. Pedrazzi se apresura a añadir: "Es, sin embargo, lícito dudar que se trate de una reforma democráticamente inspirada" (44).

Por otro lado, resulta altamente aleccionador el movimiento de reforma penal que desde el año 1953 viene desarrollándose cuidadosamente en Alemania. La Gran Comisión para la reforma del Derecho penal fue consciente de la difícil y compleja problemática que suscita el vigente parágrafo 49 a) del StGB, que castiga a quien intenta determinar a otro a cometer una acción penada como crimen, la expresa disposición a cometer un crimen, la aceptación de un tal ofrecimiento y el concierto para un crimen (45). Dreher calificó a dicho parágrafo de "enfant terrible" entre las disposiciones de la Parte General y advirtió que si no llega a ser enteramente satisfactorio para todos, ello se debe no sólo a sus dificultades dogmáticas, sino ya antes que a eso a su misma concepción básica (46). Lange salió al paso del argumento que apela a la tradición, pues, a su juicio, la concreta evolución del parágrafo 49 a) comienza con el Proyecto alemán de 1936. El antiguo "parágrafo de Duchesne" (47) no pretendió un objetivo más amplio que el de proteger a las particularmente expuestas personalidades políticas. Su *ratio* no era, por tanto, una necesidad general de penar

(42) S. VIADA Y VILASECA, *Código penal* cit. I, p. 77.

(43) Elocuentes en este sentido, también J. F. PACHECO, *El Código penal I* cit., p. 106; y A. GROIZARD, *El Código penal de 1870 I* cit., p. 125-126.

(44) C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato* (Palermo, 1952), p. 30.

(45) Cfr. E. DREHER, *Die fünfte Arbeitstagung der Grossen Strafrechtskommission*, en *ZStW*, 67 (1955), p. 608 ss.; del mismo. *Die sechste Arbeitstagung der Grossen Strafrechtskommission*, en *ZStW*, 68 (1956), p. 78 ss.

(46) *Niederschriften 2* cit. 21 Sitzung, p. 210.

(47) Introducido por la Ley de 26 febrero 1876, inspirada en la belga de 7 julio 1875. La denominación proviene, como es sabido, del antecedente que motivó ambas leyes: un operario belga, llamado Duchesne, se ofreció al Arzobispo de París y al Provincial de los Jesuitas para asesinar, por una suma de dinero, a Bismarck.

la instigación frustrada, sino de proteger de manera especial a tales personalidades (48). Fue, en opinión de Lange, en tiempos del nacional-socialismo cuando se le sustituyó por el pensamiento enteramente distinto de un general “adelantamiento de la línea de defensa contra el delito”. Lange aduce importantes objeciones constitucionales contra el parágrafo 49 a) (49). Principalmente la de que entraña una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 3 de la Ley Fundamental de Bonn, en tanto trata realmente como iguales a supuestos—conductas preparatorias descritas en el parágrafo 49 a) y tentativa—que son esencialmente desiguales, y, por otra parte, implicaría también una transgresión del principio constitucional de la determinación del tipo (artículo 103, apartado 2 de la citada Ley Fundamental), en cuanto concede preponderancia al momento de la *Gesinnung* (50). Lange recordó ante la Gran Comisión alemana que objeciones de esta índole, por lo demás, fueron esgrimidas ya con motivo de anteriores Proyectos. Así, por ejemplo, Coenders calificó al correspondiente parágrafo 196 del Proyecto alemán de 1927 de “particularmente incorrecto” y dijo que se trataba de un precepto que “recuerda los principios del Derecho penal bolchevique” (51).

Pese a estas objeciones, el Proyecto alemán de 1962 prevé en el parágrafo 35 la “tentativa de participación”, castigando con la misma pena establecida para la tentativa del correspondiente crimen a quien intenta determinar a otro para que cometa o instigue a la comisión de un crimen, a quien se declara dispuesto, acepta el ofrecimiento de otro o se concierta con otra persona para cometer un crimen o instigar a su comisión. De esta suerte, el contenido del vigente parágrafo 49 a) intenta trasladarse esencialmente, con sensibles mejoras de redacción y aclaración expresa de algunos extremos, al futuro Derecho alemán (52). No deja de ser ya sintomático, sin embargo, que la propia exposición de motivos del Proyecto alemán de 1962 se apresure a advertir que si bien sustancialmente se admite la regulación del vigente parágrafo 49 a), ello no debe inducir a engaño, pues es preciso tener en cuenta que el Proyecto estrecha notablemente el ámbito de los actos preparatorios punibles, toda vez que, frente al Derecho vigente, reduce de modo relevante el número de crímenes (53).

La anterior advertencia no parece haber conseguido tranquilizar a todos los penalistas alemanes. Así, en la fundamentación del denominado Proyecto-Alternativo de 1966, elaborado por catorce de los más

(48) E. KOHLRAUSCH-R. LANGE, *Strafgesetzbuch*, 43 edic. (Berlín, 1961), p. 181.

(49) *Niederschriften* 2 cit. 21 Sitzung, p. 212.

(50) E. KOHLRAUSCH-R. LANGE, *Strafgesetzbuch* cit., p. 182.

(51) *Niederschriften* 2 cit. 22 Sitzung, p. 263.

(52) Inspirados directamente en el parágrafo 49 a del StGB y 35 y 36 del *Entwurf* alemán de 1962, hasta el punto de ser casi una transcripción literal de los mismos, están los artículos 31 y 32 del Proyecto Portugués de 1963, elaborado por Correia. Vid. E. CORREIA, *Código penal. Proyecto da Parte Geral* (Lisboa, 1963), p. 83-84.

(53) *Entwurf* 1962 cit., p. 153.

jóvenes profesores de Derecho penal, se afirma que el párrafo 49 a) del vigente StGB, que a través del párrafo 35 del Proyecto de 1962 quiere trasladarse al Derecho futuro, “*es constitucionalmente objetiva*”, porque desliga la punibilidad de la comisión del hecho, y en alguna de sus previsiones alternativas adelanta la punibilidad hasta la esfera de las puras manifestaciones de *Gesinnung* y voluntad. Aun cuando —se añade— el número de tipos de crímenes se haya disminuido notablemente en el nuevo Código penal, sólo está justificada la punición de la instigación o tentativa de instigación para un crimen (párrafo 49 a), apartado 1). Consecuente con estas premisas, el párrafo 32 del Proyecto-Alternativo, según expresamente se indica en la correspondiente exposición de motivos, restringe el ámbito de la punible “tentativa de participación” en un doble sentido: por un lado, la declaración de estar dispuesto a la ejecución de un crimen, la aceptación de un tal ofrecimiento y el concierto para cometer un crimen (conductas previstas en el *Entwurf 1962*, párrafo 35, apartado 2) son impunes; por otro, en el caso de la instigación intentada, si el crimen requiere particulares características personales, estas circunstancias deberán concurrir, en igual medida, tanto en la persona del instigador como en la del instigado (54), a diferencia de lo dispuesto en el Proyecto oficial de 1962 (párrafo 35, apartado 3), que considera suficiente que dichas características concurren solamente en la persona que ha de ejecutar el hecho (55).

2. Necesidades político-criminales y principios dogmáticos.

Resulta verdaderamente ilustrativo que Fränkel, ponente del tema relativo al párrafo 49 a), haya comenzado su exposición ante la Gran Comisión alemana afirmando que existe una necesidad, exigida por la política-criminal y la justicia, de comprender bajo sanción penal ciertas acciones anteriores a la tentativa de un hecho punible, aunque ello “no se deja en verdad justificar dogmáticamente, sino que se basa en representaciones valorativas que nos vienen dadas; en última instancia, en el general sentir jurídico” (56). No sólo se anticipa, de esta suerte, la imposibilidad de justificar dogmáticamente la punición de esas acciones anteriores a la tentativa, sino que se atribuye a dicha punición un fundamento —“representaciones valorativas que nos vienen dadas” y “general sentir jurídico”— que, por su carácter extremadamente vago y abstracto, despierta ya preocupación.

Las graves dificultades para justificar dogmáticamente de un modo adecuado la punición de acciones preparatorias como las descritas en el artículo 4 del Código penal español o párrafo 49 a) del StGB

(54) Una limitación similar a ésta, si bien no concretada a la hipótesis de instigación intentada, la había propuesto ya J. BAUMANN, *Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil* (Tübingen, 1963), p. 18 y 43-44.

(55) *Alternativ-Entwurf* cit., p. 67.

(56) *Niederschriften 2*, cit., Anhang Nr. 41, p. 115.

alemán, provienen de que, en la medida en que dichos preceptos convierten en punibles conductas que no constituyen aún *realización del hecho típico* (Tatbestandsverwirklichung) (57), representa una quiebra fundamental del principio de la responsabilidad por el acto. La punición de tales conductas preparatorias, que responden más bien a los dictados de un Derecho penal de voluntad o *Gesinnungsstrafrecht*, constituye una pieza extraña imposible de encajar satisfactoriamente dentro del cuadro lógico de un sistema penal, como el español, asentado principalmente sobre postulados básicos de un Derecho penal de acto (58). De ahí las numerosas contradicciones que se originan.

Todo intento de explicar la punición de la conspiración, proposición y provocación en el marco de un Derecho penal de acto, tienen que partir lógicamente de la individualización en dichas conductas de un relevante peligro para el bien jurídico protegido en el correspondiente tipo delictivo.

La existencia de este peligro relevante suele deducirse de la circunstancia de que mientras el autor aislado posee hasta el último instante el absoluto poder de decisión, en los supuestos de "participación anticipada", el sujeto, al implicar a otras personas, pierde el dominio del hecho, es decir, desencadena un acontecimiento sobre el que ya no tiene luego un absoluto poder de control, o lo que es lo mismo, ha escapado ya de sus manos la decisión de ejecutar el hecho (59).

Contra esta fundamentación expuso Lange una brillante objeción dogmática. A su juicio, se opera el siguiente grave contrasentido: en el marco de la participación efectiva la ausencia del dominio del hecho fundamenta una aminoración de la responsabilidad del sujeto (piénsese en la distinción autor-cómplice); por el contrario, en el ámbito de la tentativa de participación sería esa misma ausencia del dominio del hecho la que impide la impunidad y justifica la responsabilidad del sujeto. Todo ello con la inevitable secuela de que unas mismas acciones preparatorias serán consideradas impunes cuando se realizan con

(57) Cfr. R. LANGE en *Niederschriften 2* cit., 21 Sitzung, p. 212. Nos referimos aquí al hecho típico descrito en la correspondiente disposición legal de la Parte especial del Código, pues ya se sabe que, en virtud de los efectos extensivos del artículo 4 del C. P. español, la conspiración, proposición y provocación se convierten también en típicas y punibles. Pero obsérvese que así como la norma extensiva sobre la tentativa amplía la tipicidad y la punibilidad al *comienzo de ejecución* del mismo hecho constitutivo de delito, la extensión que opera el artículo 4 va mucho más allá al penar conductas que, como dejamos dicho, no implican siquiera preparación material de la ejecución del hecho constitutivo de delito.

(58) Cfr. E. KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch* cit., p. 181. Vid. también K. SALM, *Das versuchte Verbrechen* (Karlsruhe, 1957), p. 69.

(59) Este argumento se utilizó en el seno de la Gran Comisión alemana. Vid. la intervención de Schäfer, en *Niederschriften 2* cit. 21 Sitzung, p. 206; y se recoge en la exposición de motivos del *Entwurf 1962* (p. 153), en la cual se advierte que ese aumento de peligro para el bien jurídico que se observa en las "tentativas de participación" hace obligado, desde el punto de vista político-criminal, adelantar en tales hipótesis la protección jurídico-penal.

animus auctoris, es decir, cuando se practican por el autor aislado; pero se convertirán, en cambio, en punibles cuando se ejecuten con simple *animus socii*, o sea, en régimen de participación (60).

Quizá esta objeción dogmática pudiera superarse destacando que la diferente —y aun inversa— trascendencia concedida al dominio del hecho obedece a que se refiere a dos momentos diversos: por un lado, el momento ejecutivo; y, por otro, el momento de la preparación (61). Cuando se ha realizado ya la ejecución del hecho, es preciso reconocer que quien tuvo el dominio del hecho jugó el más importante papel y, por tanto, a él incumbirá la responsabilidad en mayor grado. En cambio, en el ámbito de la preparación, obtendría una importancia decisiva la circunstancia de que mientras el autor aislado puede interrumpir su plan cuando él quiera, si el sujeto ha implicado a otras personas el poder de decisión respecto a la no realización del proyecto ha salido ya de sus manos. Las posibilidades de ejecución serán aquí mayores.

Aunque prescindiésemos de la objeción de Lange, la fundamentación que se aduce para justificar la punición de la “participación anticipada” tropieza, en el marco de un Derecho penal primordialmente de acto, como el español, con las consecuencias que se derivan del concepto de tentativa y de la vigencia del principio de accesoriedad en materia de participación.

a) Al definir a la tentativa como “principio de ejecución” del hecho constitutivo de delito, los actos preparatorios llevados a cabo por el autor aislado son, por regla general, impunes. Ahora bien, no se puede negar que existen actos preparatorios de carácter material realizados por el autor aislado que están mucho más cerca de la *ejecución* y, por consiguiente, representan un peligro mayor para el bien jurídico protegido que los actos preparatorios de índole moral integrantes de la conspiración, proposición y provocación (62). Así, será punible quien, habiendo resuelto cometer un homicidio en un futuro relativamente próximo, invita sin éxito a otra persona a ejecutarlo (proposición); mientras que permanecerá impune quien adquiere el arma, se dirige al lugar por donde deberá pasar la designada víctima y la acecha (actos preparatorios realizados por el autor aislado). Piénsese que en cierto modo —como observó ya Groizard— “la proposición demuestra por sí misma que su autor no sólo no ha comenzado a poner en ejecución su designio criminal, sino que ni siquiera cuenta para ello todavía con medios adecuados y los anda buscando” (63).

El mismo Groizard percibió con claridad la incongruencia que representaba declarar genéricamente impunes los actos preparatorios en virtud de la definición legal de la tentativa, y penar luego con carácter general la conspiración y proposición: “No se concibe bien en qué principio de justicia puede descansar un sistema que pena la proposi-

(60) R. LANGE, en *Niederschriften* 2 cit., 21 Sitzung, p. 212.

(61) Cfr. E. DREHER, en *Niederschriften* 2 cit., 21 Sitzung, p. 210.

(62) Cfr. J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal* I cit., p. 404.

(63) A. GROIZARD, *El Código penal de 1870* I cit., p. 121.

ción y no pena el hecho de reunir los instrumentos necesarios, los ingredientes oportunos, todos los medios propios para cometer un delito. ¿Quién será más terrible criminal, el que anda haciendo proposiciones (64) de delitos o el que tiene prontas todas las cosas necesarias para dar principio inmediatamente, solo o acompañado, a la acción castigada por la ley?... El legislador es imposible que consiga que, ni para la inteligencia ilustrada ni para la inteligencia vulgar, dejen de ser la proposición y la conspiración lo que realmente son en sí, esto es, actos preparatorios del delito. Declarar estos injustificables, como de manera indirecta lo hace el artículo 3.º, e incriminar luego siempre aquéllas, implicaba una contradicción, contra la cual clamarán constantemente la buena doctrina y el sentimiento general” (65).

b) La punición de conductas como las previstas en el artículo 4.º del Código penal español representan evidentemente una excepción al principio de *accesoriedad* en materia de participación. Que este principio rige en nuestro Código respecto a la inducción (art. 14, núm. 2), cooperación necesaria (art. 14, núm. 3), complicidad (art. 16) y encubrimiento (art. 17) se admite unánimemente, discutiéndose únicamente el alcance de la accesoriada, que para algún autor es mínima en los casos de inducción, cooperación necesaria y complicidad (basta una acción típicamente antijurídica del autor principal), y máxima en el encubrimiento (se requiere que el autor principal haya ejecutado un *hecho punible*) (66).

En la exposición de motivos relativa al parágrafo 35 del Proyecto alemán de 1962 se dice, para justificar la punición de la tentativa de participación, que el mantenimiento sin excepciones del principio de accesoriada daría lugar a que la protección jurídico-penal resultase insuficiente o incompleta precisamente allí donde la comunidad se ve amenazada por los grandes peligros que representan los hechos punibles más graves (67).

Pero veamos, en referencia con la legislación positiva española, algunas de las inconsecuencias que se derivan de mantener, por un lado, como presupuesto general de la participación el principio de

(64) A. GROZARD, *El Código penal de 1870* I cit., p. 121-122, observa: “La proposición puede no ser aceptada; después de aceptada, puede desistir de la ejecución aquel a quien se hizo; puede ser rechazada con indignación; puede ponerse en conocimiento de la autoridad o de la persona contra quien va dirigida; lleva en sí una serie de riesgos que hacen imposible unas veces, alejan otras y dificultan las más la comisión de los delitos.”

(65) A. GROZARD, *El Código penal de 1870* I cit., p. 122-123.

(66) Así, J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal* I cit., p. 422. Como se desprende de lo que se deja dicho en el texto, lo que este autor denomina accesoriada mínima se corresponde, en realidad, con la que usualmente se califica en la doctrina alemana de accesoriada limitada. Propiamente accesoriada mínima sería la que se contentase exclusivamente con la realización por parte del autor principal de un hecho típico, sin necesidad de que concurra la antijuricidad. Sobre la cuestión del alcance de la accesoriada en el Derecho español, vid. J. CORDOBA RODA, *Nota al Tratado de Maurach II* (Barcelona, 1962), p. 412 ss.

(67) *Entwurf 1962* cit., p. 153.

accesoriedad y penar luego, por otro, de modo genérico la conspiración, proposición y provocación.

Quien ha invitado sin éxito a otro a ejecutar un delito (proposición) o le ha incitado sin resultado (provocación) deberá ya, por esto sólo, ser castigado con la misma pena establecida para la tentativa del correspondiente delito. Pero quien, en cambio, pone dolosamente, sin previo concierto, al alcance de otro el instrumento o medio sin el que éste no podría de ningún modo ejecutar el delito (cooperador necesario del núm. 3 del art. 14), permanece impune si el autor principal no realiza, al menos en la forma de tentativa, el hecho constitutivo de delito. Para explicar este tratamiento dispar, en vano apelaremos al argumento de que quien provoca o propone deja escapar de sus manos ya el dominio del hecho, pierde el poder de control sobre la decisión de ejecutar el hecho y aumenta con ello el peligro para el bien jurídico, porque esta pérdida de control puede operarse incluso de modo más significativo en el supuesto de cooperación necesaria a que hemos aludido, una vez que el sujeto ha facilitado dolosamente al autor principal el instrumento sin el cual éste no podría ejecutar el hecho.

Quien invita sin éxito a otra persona a ejecutar un delito será castigado, como autor de proposición, con la pena señalada para la tentativa de ese delito, mientras que quien fuerza directamente a otro a ejecutarlo (art. 14, núm. 2) no responde en relación con el delito a que fuerza —la posible responsabilidad criminal por la fuerza que ejerce es una cuestión distinta— en tanto la persona forzada no ejecute, al menos en la forma de tentativa, el hecho constitutivo de delito. Forzar directamente a otro a ejecutar un delito se considera, pues, que es todavía, apreciada en relación con el delito a que se fuerza, una conducta que no representa ningún peligro relevante para el bien jurídico protegido en ese delito. Pero, en cambio, se entiende paradójicamente que el hecho no de forzar, sino de invitar, incluso sin éxito, a ejecutar el delito entraña ya un evidente y notable peligro para el bien jurídico protegido en el respectivo delito, hasta el punto de justificar ya la imposición de la pena prevista para la tentativa de ese delito a cuya ejecución se invitó.

3. *La penalidad señalada a las conductas preparatorias del artículo 4.º y los criterios valorativos rectores.*

Aunque se admitiese como justificada y conveniente la incriminación genérica de las tres modalidades de conducta descritas en el artículo 4.º, sería obligado, en todo caso, plantearse la cuestión de si la plena equiparación de las tres entre sí y, a su vez, de todas ellas con la tentativa, posee un sólido fundamento. Aun después de haberse proclamado partidario de la incriminación de todos los actos preparatorios, e incluso del propósito de delinquir, advertía Silvela que “no debe confundirse la cuestión del castigo que los actos preparatorios y

la resolución merezcan, y que puede ser muy pequeño, con la de si deben o no considerarse como criminosos” (68).

Un sistema punitivo asentado dogmáticamente sobre los principios de un Derecho penal de acto, es lógico que atienda a la hora de apreciar valorativamente la gravedad de la conducta y, consecuentemente, en el momento de determinar la pena a los criterios representados por los grados de la progresiva realización objetiva del hecho. El Código penal español obedece con extremada fidelidad a esta línea en materia de fases ejecutivas. Opera con la distinción consumación-frustración-tentativa, estableciendo obligatoriamente para la frustración la pena inferior en grado a la señalada para la consumación (art. 51), y para la tentativa la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la señalada por la ley para el delito consumado (artículo 52). La obligatoriedad de imponer la pena inferior en grado en los casos de frustración, y la posibilidad de castigar a la tentativa con la pena inferior en grado a la prevista para la frustración, evidencian hasta qué elevado extremo atiende el Código penal español, para determinar la pena, al *desarrollo objetivo* del hecho.

Pues bien, el Código, que ha reconocido la posibilidad, según acabamos de ver, de que frustración y tentativa se castiguen con penas de distinto grado, establece, para lo que no son más que actos preparatorios no materiales, exactamente la misma pena que para la tentativa, sin admitir siquiera que los Tribunales puedan facultativamente rebajar esa pena. Desde esta perspectiva, la estimación valorativa de la gravedad de las conductas descritas en el artículo 4, y la correspondiente penalidad señalada para las mismas, representa una ruptura de los criterios valorativos propios de un Derecho penal de acto.

Tampoco es satisfactorio que las tres modalidades de conducta descritas en el artículo 4 aparezcan absolutamente equiparadas, a efectos de penalidad, entre sí. Que la gravedad de esas conductas puede ser distinta y, en consecuencia, la penalidad debería reflejar esa diversa gravedad, viene a reconocerlo el propio Código en algún precepto específico. Así, por ejemplo, el artículo 143 si bien castiga con la misma pena la conspiración y provocación para matar al Jefe del Estado, considera, en cambio, menos grave la proposición para el mismo delito, que sanciona con pena inferior.

Cabe recordar a este propósito que el problema de la conveniencia de diferenciar la penalidad de la “tentativa de participación” y la de la tentativa, por un lado, así como la de diferenciar entre sí las modalidades de conducta previstas en el parágrafo 49 a) del StGB, fue sugerida en el seno de la Gran Comisión alemana. Lange acabó afirmando que su crítica no se dirige tanto contra el hecho de que la instigación frustrada sea en general penada como contra la circunstancia de que sea incondicionalmente equiparada en la penalidad a la tentativa (69).

(68) L. SILVELA, *Derecho penal. Primera Parte* cit., p. 154.

(69) *Niederschriften 2* cit., 21 Sitzung, p. 212.

Por su parte, Jescheck advirtió que el parágrafo 49 a) del StGB opera una injustificada generalización. A su juicio, el punto de vista de que la unión de varias personas representa ya, a diferencia de lo que sucede con los actos preparatorios del autor aislado, un fortalecimiento de la voluntad criminal, se ve confirmado propiamente tan sólo en el concierto y en la aceptación del ofrecimiento de otro para la comisión de un determinado crimen. Distinto es el caso, en opinión de Jescheck, de quien se limita únicamente a invitar a otro o a declararse dispuesto para la ejecución de un crimen. Por ello Jescheck terminó afirmando que se inclinaba, al menos en los casos de simple invitación y declaración de estar dispuesto a la comisión de un crimen, por una enérgica rebaja del margen penal, reservando solamente para los otros dos restantes casos (concierto y aceptación de ofrecimiento) el general margen penal de la tentativa del correspondiente crimen (70). Por otro lado, el Proyecto-Alternativo de 1966 considera, según hemos visto, justificada únicamente la punición de la instigación intentada, estimando, en cambio, que deben permanecer impunes la declaración de estar dispuesto a la comisión de un crimen, la aceptación de un tal ofrecimiento y el concierto para cometer un crimen, en cuanto tales (71).

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Debe admitirse que la conspiración, provocación y proposición para delinquir pueden originar, y de hecho originan, una necesidad político-criminal. Que tales conductas pueden representar también, y de hecho en algunas ocasiones representan, un peligro para el bien jurídico protegido en el correspondiente delito, no puede negarse, del mismo modo que tampoco puede desconocerse que un peligro similar o mayor entrañan a veces los actos preparatorios realizados por el autor aislado.

El argumento que suele aducirse a este respecto para justificar la incriminación genérica de la conspiración, proposición y provocación y la genérica impunidad de los actos preparatorios realizados por el autor aislado, no es convincente. Cuando se dice que conspiración, proposición y provocación deben castigarse siempre porque, a diferencia de los actos de preparación practicados por el autor único, son conductas a través de las cuales el sujeto, al implicar a otras personas, pierde el poder de decisión respecto a la ejecución del hecho, lo que representa un aumento de peligro para el bien jurídico, se procede a una infundada generalización. Quien conspira, propone o provoca puede, en efecto, perder por medio de esas conductas el dominio del hecho, pero puede también conservarlo plenamente, y entonces no se alcanza a comprender cuál es la razón que justifica la punición de estos actos preparatorios morales y la impunidad de los actos preparatorios, incluso materiales, del autor aislado.

(70) *Niederschriften* 2 cit., 21 Sitzung, p. 213.

(71) *Alternativ-Entwurf* cit., p. 66-67.

En este sentido se originan, a nuestro juicio, ciertas contradicciones entre la fundamentación que suele alegarse para justificar la incriminación genérica de la "participación anticipada" y la regulación, respecto de la misma, del desistimiento voluntario (72). Si se establece, como hace el Proyecto oficial alemán de 1962, la exención de responsabilidad para quien "voluntariamente" *aparta* el peligro de que el instigado cometa el hecho o *impide* el hecho para el que se había concertado o para cuya ejecución había aceptado un ofrecimiento, es porque se está admitiendo que quien instiga incluso con éxito a otro, quien se concierta con otro o acepta de otro el ofrecimiento para cometer un crimen, puede en muchos casos conservar el dominio del hecho, es decir, el poder de decidir voluntariamente que el hecho se ejecute o no. Otro tanto cabe decir en relación con el Proyecto-Alternativo. La exposición de motivos de este Proyecto subraya que de todas las conductas que prevé el parágrafo 35 del Proyecto oficial de 1962 sólo merece ser punible la instigación para cometer un crimen o para que se instigue a su comisión, porque aquí "el instigador ha puesto en marcha un acontecimiento delictivo que, a partir de este momento, se sustrae a su control" (73). Pero en el parágrafo 33 de este Proyecto se exime a quien "voluntariamente" renuncia al intento de determinar a otro para un crimen, y aparta el existente peligro de que la otra persona cometa el hecho. Si el instigador puede apartar "voluntariamente" el peligro de que el instigado cometa el hecho, es porque se admite que el acontecimiento no se ha sustraído aún a su control.

(72) Como es sabido, el vigente Código penal español no regula expresamente el desistimiento en los casos de conspiración, proposición y provocación. La reforma de 1850 había introducido en el último párrafo del artículo 4 la siguiente disposición: "Exime de toda pena el desistimiento de la conspiración o proposición para cometer un delito, dando parte y revelando a la autoridad pública el plan y sus circunstancias, antes de haberse comenzado el procedimiento." Este precepto suscitó duras críticas porque, paradójicamente, exigía más condiciones para que el desistimiento operase en el ámbito de la conspiración y proposición que en el de la tentativa. A los conspiradores y proponentes les resultaba más fácil para desistir dar comienzo a la ejecución del hecho convirtiéndose en autores de tentativa, pues entonces la eficacia de su desistimiento no quedaba condicionada a que diesen parte y revelasen a la autoridad pública el plan y sus circunstancias. Vid. J. F. ПАСИЩЕЦО, *El Código penal* I cit., p. 109, en donde se recoge la crítica que se formuló al texto legal de 1850 en el Informe del Colegio de Abogados de Madrid. El citado precepto desapareció en el Código de 1870. A. GROIZARD, *El Código penal de 1870* I cit., 131, comentó la derogación en los siguientes términos: "Había aquí una excitación a la delación, incompatible con el sentimiento público, con la dignidad de las leyes y con la economía del Código en que se encontraba." El legislador español de 1870 suprimió el desafortunado precepto de 1850, pero no se preocupó de sustituirle por otro adecuado. De modo que mientras existe una referencia legal expresa al desistimiento voluntario en la tentativa, el Código vigente guarda silencio respecto al desistimiento en la conspiración, proposición y provocación. La eficacia del desistimiento en estas últimas hipótesis ha tenido que abrirse paso a través de la vía jurisprudencial. Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 5-VII-1948 y 19-IV-1965.

(73) *Alternativ-Entwurf* cit., p. 67.

En atención al relevante peligro que pueden entrañar, a veces, para determinados bienes jurídicos la conspiración, proposición y provocación, y la particular necesidad de protección de aquellos bienes, se justifica, a título de excepción, “un adelantamiento de la línea de defensa” que convierta a tales conductas en delitos *sui generis*. Piénsese, por ejemplo, en la particular protección que necesita en ocasiones la vida, especialmente expuesta a atentados, de las personalidades políticas. A este pensamiento responde el artículo 143 del Código español que tipifica como delitos autónomos la conspiración, provocación y proposición para matar al Jefe del Estado.

Bockelmann propuso en el seno de la Gran Comisión alemana que se considerase punible la tentativa de instigación en referencia *únicamente con casos particulares*, sugiriendo que se podría volver a reintroducir un precepto similar al antiguo “parágrafo de Duchesne”, ampliado tal vez a algunos otros supuestos y situado, desde luego, en la parte especial. Como hemos indicado antes, el citado parágrafo obedecía a una necesidad político-criminal concreta y excepcional (74). Pues bien, Bockelmann sugirió la conveniencia de volver al pensamiento inspirador del antiguo “parágrafo de Duchesne”, porque, a su juicio, se puede punir la autoría y participación en un delito, pero no ya por principio la tentativa de participación (75).

Del reconocimiento de que la punición de la conspiración, proposición y provocación puede estar justificada en algunos casos particulares, no se deduce, en absoluto, un argumento a favor de la incriminación genérica de dichas conductas. Sin embargo, ya intentó deducirlo en el siglo pasado Ramiro Rueda (76), y en la doctrina más reciente lo invocó Quintano: “El sistema seguido en el antiguo Código, y mantenido por la refundición de 1932, de reconocer como punibles tales actos solamente en ciertos casos de naturaleza especial, como los de traición, rebelión, sedición y muerte del Jefe del Estado, suponía un cierto contrasentido difícilmente explicable. Una de dos: o los hechos de conspirar y proponer, por no ser ejecutorios, se consideraban inocentes e inocuos en sí, en cuyo supuesto la excepción resultaba monstruosa, o suponía una responsabilidad susceptible de coerción criminal, y entonces no se comprendía por qué no se penaban en todos los demás delitos cuya estructura jurídica lo permitiese” (77).

No podemos suscribir en este punto la argumentación del llorado maestro. Punir en determinados casos, en virtud de particulares necesidades de protección, a la conspiración, provocación y proposición

(74) Vid. E. KOHLRAUSCH-R. LANGE, *Stragesetzbuch* cit., p. 181.

(75) *Niederschriften* 2 cit., 22 Sitzung, p. 263.

(76) P. R. RAMIRO RUEDA, *Elementos* cit., p. 177: “Nos parece, por tanto, opinable de todo punto la doctrina que acabamos de consignar, y en su virtud, opinamos que los actos preparatorios deben ser castigados como parte integrante de toda acción criminal... ¿Por qué castigar la conspiración política y hacer caso omiso del concierto de varios sujetos, por ejemplo, para cometer un atentado contra la libertad del ciudadano?”

(77) A. QUINTANO, *Comentarios* cit., p. 57.

como delitos autónomos puede constituir una excepción tolerable, susceptible, en cambio, de convertirse en una disposición altamente criticable si se la eleva a regla general. Es como si para evitar la disparidad de tratamiento que origina el hecho de que el Código, al margen de la general impunidad de los actos preparatorios realizados por el autor aislado, haya elevado ciertos actos de esa índole, referidos a determinados delitos, a la categoría de infracciones punibles autónomas, propugnásemos la introducción en la parte general del Código de una disposición decretando de modo absoluto la punición de todos los actos preparatorios.

Por otro lado, reconocer que la conspiración, provocación y proposición pueden suponer una responsabilidad susceptible de coerción criminal, no quiere decir que deban punirse en todo caso. Si la punición de esas conductas debe admitirse a título excepcional o con carácter general es, evidentemente, un problema distinto a si tales conductas son susceptibles de ser inculpidadas. Al respecto, nos parece realmente certera la observación formulada por Bockelmann ante la Gran Comisión alemana a propósito de la discusión relativa a la tentativa de participación: nuestra auténtica tarea no es la de preocuparse de lo que puede llegar a ser castigado, sino de lo que, según las posibilidades, no debe ser penado (78). Y, a nuestro modo de ver, esas "posibilidades" indican que la conspiración, proposición y provocación no deben ser penadas con carácter general y en todos los casos.

La anterior afirmación puede resultar particularmente dudosa en relación con la provocación. Como hemos visto, el Proyecto-Alternativo alemán de 1966, de todas las conductas que se contemplan en los parágrafos 49 a) del vigente StGB y 35 del Proyecto oficial de 1962, sólo considera digna de ser penada la "tentativa de instigación", alegando, entre otras razones, que quien incita "ha prestado ya su contribución al hecho, de suerte que la punibilidad del comportamiento no viene determinada por las puras resoluciones y actitudes morales" (79). Concretamente, a nuestro juicio, el supuesto que puede suscitar más dudas es el de la instigación acogida, pero no seguida de la perpetración del delito. Y ello, porque la hipótesis de instigación acogida supone lógicamente la realización completa del "acto de participación" en todos sus elementos objetivos y subjetivos (80). El instigador ha realizado en estos casos todo lo que tenía que realizar para que, en el supuesto de que el instigado ejecutase el hecho, debiera responder del mismo como inductor.

Ahora bien, admitir con carácter general, como en efecto admite el último párrafo del artículo 4 del Código penal español, la punición de la instigación aceptada pero no seguida de ejecución del delito, significa prescindir del principio de accesoriedad de la participación. De esta suerte no sólo se violenta la propia naturaleza de las cosas, sino

(78) *Niederschriften* 2 cit., 22 Sitzung, p. 263.

(79) *Alternativ-Entwurf* cit., p. 67.

(80) G. BETTIOL, *Diritto Penale*, 6.ª edic. (Padova, 1966), p. 511.

que se origina una inconsecuencia lógica de la que deriva un tratamiento injustificadamente dispar para unos y otros actos de participación.

En efecto, por un lado, como subraya Bockelmann, “la participación es necesariamente accesoria, es decir, dependiente de la existencia de un hecho principal”, y esta accesoria no es “ningún producto de la ley”, sino que radica en la misma naturaleza de las cosas. Tanto la complicidad como la instigación presuponen un “algo”, a lo que ellas contribuyen (81). *Obligor ex delicto propter mandatum, non ex mandato*, decía Bartolo (82).

Por otro lado, constituye una inconsecuencia que el texto legal haya renunciado al principio de accesoria en materia de inducción, y continúe manteniéndolo, en cambio, para otras formas de participación. Anteriormente hemos aludido ya a los resultados poco satisfactorios que se derivan de ello, comparando hipótesis de inducción no seguida de ejecución y supuestos de cooperación necesaria o fuerza directa a los que no sigue la perpetración del delito. Y es que, como con razón destaca Bettiol, “si se quiere negar carácter accesorio a la participación, es preciso ser lógicos hasta el fondo y no detenerse a medio camino, casi temerosos de las consecuencias: es preciso admitir que cualquier acto de participación sea punible por sí mismo y sea perfecto en el momento mismo en que se exterioriza” (83).

La conspiración, proposición y provocación representan un peligro de ejecución del hecho y, en este sentido, es indudable que plantean una *necesidad político-criminal*. Sería equivocado, sin embargo, argumentar que resulta absurdo exigir para la imposición de la pena el principio de ejecución del hecho constitutivo de delito indicando que de esta suerte no se atendería debidamente aquella necesidad político-criminal. Así razonaba ya Silvela: “Por no haberse seguido los principios que consignamos, se ha caído en el absurdo, por un lado, de exigirse un principio de ejecución del crimen que puede ser antes extirpado de raíz...” (84). Y este planteamiento continúa latiendo más o menos expresamente en la mayoría de aquellas alegaciones que se formulan para fundamentar la incriminación genérica de la “participación anticipada”. Quien así piensa yerra, a nuestro modo de ver, respecto a los objetivos de una adecuada política-criminal; desconoce los recursos preventivos, distintos a la pena, con que cuentan los ordenamientos jurídicos contemporáneos; y, en definitiva, desatiende la exigencia ética en virtud de la cual la pena propiamente dicha representa la *última ratio legis* (85).

(81) P. BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen* (Göttingen, 1957), p. 31.

(82) Cfr. en este sentido, B. CAVALIERI, *L'accordo e l'istigazione a reato rimasti sterili*, en *Rivista Penale* (1946), p. 865.

(83) G. BETTIOL, *Diritto Penale* cit., p. 509. En el mismo sentido, C. PEDRAZZI, *Il concorso di più persone* cit., p. 30.

(84) L. SILVELA, *Derecho penal. Primera Parte* cit., p. 160.

(85) Cfr. R. MAURACH, *Tratado de Derecho penal I* (Trad. Juan Córdoba Roda) (Barcelona, 1962), p. 31.

La necesidad político-criminal que originan los casos de "participación anticipada" postula primordialmente la obtención de dos finalidades: a) en primer término, claro está, la evitación de la ejecución del proyectado hecho; b) en segundo lugar, conseguir en la medida de lo posible que el sujeto que ha manifestado su voluntad rebelde al ordenamiento jurídico, aunque sin haber llegado a la ejecución del hecho constitutivo de delito, conforme en el futuro sus decisiones volitivas y su consiguiente comportamiento a las exigencias legales.

La necesidad de retribuir pasa aquí a un plano muy secundario, pues, en última instancia, no se ha dado siquiera *principio a la ejecución del hecho constitutivo de delito*. Por otra parte, la interposición de la pena, por su esencia retributiva, aparece contraindicada en referencia con los dos objetivos político-criminales primordiales antes señalados. Para lograr la evitación de la perpetración del proyectado hecho, no es precisamente la pena, que por su propia naturaleza mira fundamentalmente al pasado, al hecho ya cometido, el recurso jurídico más adecuado. El ordenamiento jurídico dispone hoy de medios específicamente preventivos, destinados particularmente a prevenir hechos futuros, que resultan más eficaces para conseguir esa finalidad y al mismo tiempo menos gravosos para el individuo sometido a ellos. Para obtener la plena readaptación social del sujeto y aspirar incluso a una *metanoia* o cambio de sentimientos del mismo, la imposición de la pena retributiva no sólo no coadyuvará, sino que, en la mayoría de los casos, entorpecerá de manera decisiva el logro de esa readaptación. Máxime si, como sucede en el vigente Derecho español, que equipara de modo absoluto a efectos de penalidad la conspiración, la proposición y la provocación a la tentativa, habrá de llegarse muchas veces a imponer una pena privativa de libertad de duración relativamente larga. Piénsese, por ejemplo, que quien, sin haber preparado siquiera la futura ejecución del hecho, se limita a invitar sin éxito a otra persona para ejecutar un robo con homicidio (proposición), *puede* ser castigado, conforme al Derecho positivo español, con la pena de reclusión menor (de doce años y un día a veinte años) (86) y, en el mejor de los casos, según el arbitrio del Tribunal, habrá que imponerle la pena de presidio mayor (de seis años y un día a doce años). Frecuentemente el sujeto sentirá como "no justa" la pena que la ha sido impuesta, porque difícilmente renunciará a su personal composición de lugar de que, en definitiva, cuando le impusieron la pena "todavía no había siquiera comenzado a ejecutar el hecho". El disvalor de resultado goza de gran ascendiente en la conciencia social, más proclive siempre a medir la gravedad de los hechos sociales por sus resultados que por las intenciones que los han inspirado.

Por otro lado, los propios Tribunales, movidos por un sentimiento de equidad, podrán verse incitados a declarar la absolución. No dejan

(86) Exactamente la misma que el artículo 407 señala para el homicidio consumado.

de ser significativos los datos estadísticos manejados ya por Groizard en el siglo pasado, y relativos a un año de vigencia del Código reformado de 1850: "Los delitos consumados, cometidos en España durante el año 1862 y declarados por los Tribunales, ascienden a 35.940; las proposiciones a 34; las conspiraciones no pasan de 5" (87). El número de Sentencias condenatorias dictadas por el Tribunal Supremo desde 1944 es también notoriamente escaso. Quizás todo ello obedezca no sólo a las dificultades de prueba que son inherentes a la propia naturaleza de la conspiración, proposición y provocación, sino también presumiblemente, en cierta medida, a la tendencia de los Tribunales a evitar la imposición de la severa penalidad señalada por la Ley. De esta suerte, por comprensibles razones de equidad, se corre el riesgo de desatender una evidente necesidad político-criminal, pues la persona que se beneficia con la absolución y consiguiente impunidad, pudo haber demostrado su peligrosidad, a la que debería atenderse mediante la adecuada medida preventiva.

Por ello, estimamos que para satisfacer las necesidades político-criminales que la "participación anticipada" puede plantear, mucho más eficaz y pertinente que la pena es la medida de seguridad y corrección. El legislador español de 1822 adoptó ya, según hemos visto, un sistema similar para los casos de resoluciones de delinquir, al establecer que no estaban sujetas a pena alguna, "salvo la vigilancia especial de las autoridades en los casos que determine la Ley".

Por la medida de seguridad se pronuncia también el vigente Código penal italiano, en su artículo 115: "Salvo que la Ley disponga lo contrario, cuando dos o más personas se conciertan al objeto de cometer un delito, y éste no sea cometido, ninguna de ellas es punible por el solo hecho del acuerdo. No obstante, en el caso de acuerdo para cometer un delito, el juez puede aplicar una medida de seguridad. Las mismas disposiciones se aplican en el caso de instigación a cometer un delito, si la instigación ha sido acogida, pero el delito no ha sido cometido. Cuando la instigación no haya sido aceptada, y se haya tratado de la instigación a un delito, el instigador puede ser sometido a una medida de seguridad". Como se trata, conforme a la legislación italiana, de hechos no previstos como delitos, la medida de seguridad que deberá aplicarse es, según el número 2 del artículo 229 del Código italiano, la *libertad vigilada* (88). Esta medida de seguridad puede ser impuesta a todos los sujetos intervinientes o sólo a uno o algunos de ellos, si el juez estima que sólo éstos, y no los restantes, han revelado peligrosidad (89).

La regulación consagrada por el artículo 115 del Código Rocco

(87) A. GROIZARD, *El Código penal de 1870* I cit., p. 117-118.

(88) Código penal italiano, artículo 229: "Además de cuanto está prescrito por especiales disposiciones legales, la libertad vigilada puede ser ordenada: 2. En los casos en que este Código autoriza una medida de seguridad para un hecho no previsto por la ley como delito."

(89) Cfr. B. CAVALIERI, *L'accordo e l'istigazione* cit. p. 867.

ha sido favorablemente acogida por la doctrina italiana (90), destacando, entre otros muchos, los elogios que le dedicaron ya, en forma de observaciones al Proyecto Preliminar, Delitala y Carnevale (91). Este último escribió entonces: "Nos acherimos a la solución del Proyecto, que no nos parece de simple compromiso entre una orientación demasiado subjetivista y la dirección opuesta, sino clara y coherente. No se puede imputar a nadie un delito que no ha tenido siquiera algún inicio externo. No se puede tampoco desatender una determinada forma de conducta cuando, a juicio del legislador, revela peligrosidad; y en nuestro caso, no es tan solo meramente subjetiva, sino que también se ha objetivado externamente. No penas, sino medidas de seguridad. Cuerdamente el Proyecto hace uso de ellas".

En definitiva, aunque se acepte, conforme al punto de vista mantenido por Dreher en el seno de la Gran Comisión alemana, que la necesidad político-criminal que la "participación anticipada" plantea, no es solamente una necesidad *cuasi-policial* (92), sino que reclama una respuesta del Derecho penal, queda por dilucidar aún con cual de los recursos con que cuenta actualmente esta rama del ordenamiento jurídico debe de operarse en estos casos. Es decir, resta todavía por determinar cual de esos recursos se muestran más acorde con los principios básicos que informan el respectivo sistema penal y se encuentra en mejores condiciones para obtener con éxito los concretos objetivos político-criminales que deben perseguirse ante los supuestos de conspiración, proposición y provocación. A nuestro juicio, debe preferirse la medida de seguridad a la pena.

En este sentido sería deseable una reforma de la vigente regulación. Se debería, por un lado, declarar por vía de principio, como lo hicieron los Códigos de 1848, 1870 y 1932, que la conspiración, proposición y provocación sólo son punibles en los casos en que excepcionalmente la ley así lo determine. Por otro, debería mejorarse y completarse el sistema de los mencionados Códigos consagrando, al estilo de lo que establece el artículo 115 del italiano, la facultad de que los Tribunales puedan imponer, cuando concurra el pertinente presupuesto de la peligrosidad, una adecuada medida de seguridad.

(90) Por todos, B. CAVALIERI, *L'accordo e l'istigazione* cit., p. 862 ss.

(91) *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*, vol. III, Parte 2.^a (Roma, 1928), p. 157 y 158.

(92) *Niederschriften* 2 cit., 21 Sitzung, p. 210.

SECCION LEGISLATIVA

El delito de desobediencia a las órdenes particulares del Gobierno (artículo 238 del Código penal)

Domingo Teruel Carralero
Magistrado

La proximidad del cumplimiento del cuarto de siglo del Código penal de 1944 hace oportuno que antes de ese cumpleaños se revisen las instituciones, los preceptos con que aumentó el arsenal de nuestro ordenamiento punitivo permanente, absorbiendo los preceptos de las leyes de excepción o emergencia.

Fue uno de ellos el artículo 238, que creó el delito de desobediencia a las órdenes particulares del Gobierno, colocado al final del capítulo VI del título II del libro II, añadiendo dificultades a la distinción de los delitos ya comprendidos en el mismo, pues no es nada fácil ni en la doctrina ni en la jurisprudencia la diferenciación en sus zonas limítrofes del atentado, de la resistencia; de ésta, de la desobediencia, y dentro del último, la grave, de rango delictual, de la leve constitutiva de falta, así, añadiéndose ahora con el precepto referido otros nuevos problemas de concreción de delitos, que puede poner de actualidad la preocupación del Gobierno por la consideración penal de las infracciones económicas, reflejada en la Ley de represión de prácticas restrictivas de la competencia de 20 de julio de 1963 (1) y en la creación del Servicio de Vigilancia de Mercados, de 28 de diciembre de 1965, aunque de carácter administrativo.

Recordemos el texto del artículo citado en su redacción actual, con la cuantía de las multas, elevadas por Decreto de 24 de enero de 1963:

El que desobedeciere órdenes expresas del Gobierno referentes a la fabricación, transformación, suministro, adquisición, transporte, importación o exportación de materias, efectos, productos, semovientes o cualquier género de mercancías en lo relativo a la sustancia, calidad, cantidad o tiempo de los mismos, incurrirá en las penas siguientes:

1.º *Si el hecho causare perjuicio a la defensa nacional o se realizare con ánimo de atentar a la seguridad del Estado, las de prisión mayor y multa de 50.000 a 1.000.000 de pesetas.*

2.º *Si se hubiere irrogado perjuicio al Estado o a la economía nacional, las de prisión menor y multa de 25.000 a 500.000 pesetas.*

(1) Fue comentada por mí en *La Ley de represión de prácticas restrictivas de la competencia de 20 de julio de 1963 y sus conexiones penales*, en el tomo XVI (1963), fl. II de este anuario.

3.º En los demás casos, las de arresto mayor y multa de 5.000 a 100.000 pesetas.

Cuando los hechos previstos en este artículo fueren cometidos por Sociedades, Empresas o Entidades análogas, se impondrán, en sus respectivos casos, las penas señaladas a los Directores, Gerentes de las mismas o Encargados del servicio de que se trate, así como a los componentes de los Consejos de Administración, siempre que éstos tuvieran conocimiento de la orden incumplida.

No mereció, que yo sepa, en sus veinticuatro años de vida, una monografía, ni más estudio que el obligado y, por cierto, sucinto de tratados y comentarios, impuesto por la naturaleza de estas obras que impiden las lagunas expositivas.

En la busca de antecedentes hemos de recordar que en la Ley acordando la reforma del Código penal de 19 de julio de 1944, cuyo resultado es el Código vigente, se ordenaba no recoger en él las Leyes de abastos, pero sí los preceptos de la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, y en ésta existían los siguientes preceptos, cuyo mejor recuerdo es la transcripción:

“El que en lo relativo a la sustancia, calidad, cantidad o tiempo desobedeciere órdenes expresas del Gobierno referentes a la fabricación, transformación, suministro, adquisición, transporte, importación o exportación de materias, efectos, productos, semovientes o cualquier género de mercancías, incurrirá en la pena de seis meses y un día a dos años de prisión y multa de 5.000 a 25.000 pesetas. Si hubiere irrogado perjuicio al Estado o a la Economía Nacional la pena será de dos años y un día a seis meses de prisión y multa de 25.000 a 100.000 pesetas. En el caso de que el hecho causare perjuicio a la defensa nacional o se realizare con ánimo de atentar a la seguridad del Estado, la pena será de seis años y un día a doce años de prisión y multa de 50.000 a 250.000 pesetas.” (Art. 47.)

“Si los hechos enunciados en el artículo anterior fueren cometidos por Sociedades, Empresas o Entidades análogas, se impondrán, en sus respectivos casos, las penas en él señaladas a los directores, gerentes de los mismos y encargados del servicio de que se trate, así como a los componentes de los Consejos de Administración, siempre que éstos tuvieran conocimiento de la orden incumplida.” (Art. 48.)

“En el caso en que los hechos sancionados en los dos artículos anteriores presentaran caracteres de mayor gravedad, podrá el Tribunal aumentar la pena hasta el doble de las señaladas en los señalados artículos.” (Art. 49.)

El artículo examinado es, pues, la concreción de los preceptos transcritos de la Ley de Seguridad del Estado y la ocasión del nacimiento de éstos y de otros, de otras leyes que no lo fueron puede encontrarse en la extraordinaria penuria que se produjo en España al final de la guerra civil, tanto como consecuencia de ésta como por las repercusiones que en nuestra economía produjo la segunda guerra mundial, desencadenó la más desenfadada especulación sobre toda clase de productos, principalmente sobre los alimenticios; esto, junto con el temor de que el acaparamiento fuese, además, un arma para crear un clima propicio a una subversión del orden público, que facilitase el derrocamiento del Estado Nacional, recién creado, hizo que

se diesen leyes especiales de represión, en las que el fin político de subversión es sancionado con más grave penalidad que la especulación y el acaparamiento por el solo afán de lucro Así, las Leyes de 26 de octubre de 1939 y 4 de enero de 1941 sobre acaparamiento y elevación de precios, que atribuyeron a la jurisdicción de guerra la sanción de estos delitos; la de 24 de julio de 1941, que los calificaba de rebelión y los atribuía también a dicha jurisdicción, y la de 30 de agosto de 1946, que, pasado ya el temor de que fuese un arma de la guerra fría, se atribuye ya su sanción a la jurisdicción ordinaria, y el no aplicado Decreto-ley de 27 de septiembre del mismo año de investigación de fortuna de los responsables de delitos de tasas y abastecimientos. Verdaderamente, las Fiscalías de Tasas sancionaron gubernativamente las infracciones en esta materia desde su creación, el 30 de septiembre de 1940, hasta su supresión, en 23 de noviembre de 1962, y hoy pueden serlo por los organismos encargados de la vigilancia de los mercados.

Lo característico de la Ley de Seguridad del Estado, que seguía atribuyendo la jurisdicción a los Tribunales militares a este respecto, que, como antecedente inmediato, hemos transcrito, es la exigencia de que las órdenes fuesen expresas y su preocupación por la rebelión mansa, por el camino de la perturbación económica, y por la seguridad económica del Estado, que se refleja en el artículo que comentamos, constituido ya como desobediencia informando los dos primeros números de él, aunque en el 3.º se recoja como motivación cualquiera otra, es decir, el simple ánimo de lucro.

Podemos ya, tras los antecedentes transcritos e invocados, entrar en el examen de este precepto.

No necesita una aclaración mayor el que el mandato sea *expreso*, que lo caracteriza. Si no lo es, derogadas las leyes especiales, su sanción habría de estar en éstas que regularen nuevamente el hacer o no hacer en esta materia como norma general. La orden expresa ha de ser directa, dirigida al que ha de obedecer, recordado por la jurisprudencia anterior o posterior al Código (2); esto hace que se considere este delito no como desobediencia impropia, como la llama Quintano, sino cualificada, como también la llama (3); pero si la desobediencia a la orden directa no es en materia económica, estamos en el caso contemplado en el artículo anterior, y en este que nos ocupa habría de serlo cuando versare sobre tal materia. Esta expresividad de la orden hace que no pueda considerarse este precepto como una ley penal en blanco, que necesita como integrativa otra norma y no una orden particular.

La orden ha de ser del *Gobierno*, no pudiendo entenderse como tal, y como vulgarmente se hace, un órgano superior de él o un Ministro,

(2) Si no se prueba que la orden incumplida fue comunicada en forma legal a lo obligado a su cumplimiento, falta uno de los elementos esenciales de este delito (S. 25 abril 1944). Este delito exige que la desobediencia recaiga sobre orden expresa del Gobierno, lo que excluye toda posibilidad de su estimación cuando la orden o mandato desobedecido tiene un carácter de generalidad y una amplitud de significación que pugna con el restringido y concreto de conminación directa y particular en una persona determinada que deba cumplirla inexcusablemente (S. 19 de junio de 1952).

(3) Comentarios, tomo II, pág. 220, 1.

sino, como dice Ferrer Sama (4), el conjunto de Ministros, el Consejo de Ministros, por lo que la desobediencia a la orden expresa de un Ministro no constituiría este delito, sino el del artículo anterior, a no ser que dicha orden expresase el acuerdo tomado en Consejo con los demás Ministros, y expresada esta superior categoría en la orden dada o diciéndose en ésta que el Ministro obraba por delegación de carácter general hecha por el Consejo de Ministros.

Por poco acertada que sea la delimitación por enumeración de la materia sobre la que la orden desobedecida pueda recaer, no plantean un problema de interpretación, porque difícilmente puede quedar algo fuera de *materias, efectos, productos, semovientes, ni cualquier género o de mercancías*, ni con ellas se puede realizar en el orden económico algo que no sea *fabricación, transformación, suministro, adquisición, transporte, importación y exportación*; solamente cabe preguntarse cómo puede referirse a la sustancia algo que no sea calidad o cantidad de la misma, aunque parece que hay una cierta correlación entre ambas enunciaciones, diciéndose *sustancia* para las materias, *calidad* para los efectos, *número* para los *semovientes* y *tiempo* para los *suministros*, aunque también pueda referirse a los otros términos.

El número 1.º del artículo puede desdoblarse, pues se refiere a *causar perjuicios a la defensa nacional o realizarse con ánimo de atentar a la seguridad del Estado*, pudiéndose cometer por culpa la primera de las versiones enunciadas, pero no la segunda, en que el ánimo es un elemento de la culpabilidad, esto no obsta para que si el hecho hubiese causado el perjuicio temido y además se hubiese realizado con el ánimo previsto, sólo se cometería un delito. Esto último también puede deducirse de las dos vertientes del número segundo de *irrogar perjuicio al Estado o a la Economía Nacional*.

A la existencia del delito del número 3.º basta que exista la desobediencia. Es cuestión si el delito de este número puede degradarse en la falta del número 5.º del artículo 570, pues, de un lado, nada impide que la desobediencia, aun a tan alto poder como el Gobierno, pueda ser leve, aquí no hay la contraposición de grave para el delito y leve para la falta, y por ello ha de entenderse que el delito se considera así mismo grave, y por ello es una cualificación de lo expresado en el artículo anterior.

El último párrafo del artículo examinado personifica la responsabilidad penal de los actos realizados mediante *Sociedades, Empresas o Entidades análogas*, para, siguiendo la doctrina predominante en cuanto a responsabilidad de las personas morales, evitar la impunidad personal de los que lo realizan, que de no seguir la Ley esta directriz de política penal, ya establecida en la Ley de 4 de enero de 1941, a la que se llegaría al sancionarse sólo un ente jurídico, aunque fuese con la disolución, pues esto sólo supondría para las personas físicas que la componen una merma patrimonial a veces sólo equivalentes a una multa.

Continuando el examen de este último párrafo, creemos que con la palabra de éstos empleada en él no se refiere exclusivamente a los componentes del Consejo de Administración, que sólo incurrirán en responsabilidad cuando

(4) Tomo II, pág. 220.

no sólo conociesen la orden incumplida y que lo había sido por la Entidad de que forma parte, y, por tanto, los Directores, Gerentes y Encargados de Servicio en todos los casos en que se diese esta clase de desobediencia, abonando esta interpretación no sólo la construcción gramatical del precepto, sino la consideración de que los miembros del Consejo de Administración no tienen necesariamente que conocer cada orden particular expresa del Gobierno, asegurarse de su cumplimiento una vez acordado y si habrían de hacerlo las demás personas enumeradas en el párrafo.

Digamos, además, que la extraña fórmula derogatoria del Código no acepta una supervivencia paralela a este precepto, pues las de la Ley de Seguridad del Estado referente a estas materias han sido incorporadas al Código, como puede comprobarse con la lectura del precepto analizado y los de antecedentes transcritos, por lo que puede considerarse sólo existe este artículo sin supervivencia posible de aquella Ley.

Finalmente, en una nueva consideración del artículo examinado dentro del capítulo que lo contiene, vemos que es un destaque para su más grave punición de una desobediencia caracterizada, aparte de las agravaciones por la materia sobre la que pueda recaer, por la importancia del desobedecido, mayor de los que contempla el artículo 237, como es más grave la penabilidad del atentado a un Ministro del artículo 233 que la del cometido contra otra Autoridad o agente de ella del citado artículo 237.

Decreto-Ley de 16 de agosto de 1968 («Boletín Oficial» del 17) sobre bandidaje y terrorismo

“La defensa de la unidad e integridad nacional y el mantenimiento del orden público y de la paz social aconsejan arbitrar en cada momento los medios necesarios para salvaguardar aquellos valores intangibles solemnemente proclamados por los Principios del Movimiento Nacional y nuestra legislación fundamental.

Recientes acontecimientos han puesto de manifiesto tendencias y acciones encaminadas a atacar la integridad de la Patria, por lo que resulta urgente la adopción de medidas jurídicas más adecuadas al restablecimiento de la paz social perturbada.”

“Artículo único: A partir de la publicación del presente Decreto-Ley en el “B. O. del Estado”, será de aplicación lo dispuesto en el Decreto de 21 de septiembre de 1960, incluido su artículo 2, derogado por la Ley de 2 de diciembre de 1963 (creando el Juzgado y Tribunal del Orden Público); pero cuya vigencia se restablece por este Decreto-Ley. La Jurisdicción Militar será la competente para conocer de todos los delitos comprendidos en dicho Decreto, que serán juzgados por procedimiento sumarísimo, sin perjuicio de las facultades de inhibición a favor de la Jurisdicción Ordinaria a que se refiere el artículo 8 del propio Decreto.”

“Del presente Decreto-Ley se dará cuenta inmediata a las Cortes.”

Restablecido, pues, en su integridad, el Decreto de 21 de septiembre de 1960 (que vino a revisar y unificar la Ley de 2 de marzo de 1943, que consideró delitos de rebelión militar, a efectos de imposición de penas y competencia de los tribunales militares, ciertas conductas ajenas a ese tipo delictivo, y el Decreto-Ley de 18 de abril de 1947 sobre bandidaje y terrorismo), remitimos al lector al fascículo III del tomo XIII de este ANUARIO, correspondiente a los meses de septiembre-diciembre de MCMLX, y al comentario entonces formulado por el Magistrado señor Teruel Carralero.

El restablecido artículo 2 del Decreto de 21 de septiembre de 1960 comprende:

“1. Los que difundan noticias falsas o tendenciosas con el fin de causar trastornos de orden público interior, conflictos internacionales o desprestigio del Estado, sus Instituciones, Gobierno, Ejército o Autoridades.”

“2. Los que por cualquier medio se unan, conspiren o tomen parte en reuniones, conferencias o manifestaciones con los mismos fines expresados en el número anterior.”

“Podrán también tener tal carácter los planteos, huelgas, sabotajes y demás actos análogos cuando persigan un fin político o causen graves trastornos al orden público.”

De la alevosía

(S. 16 de mayo de 1968)

Por JUAN DEL ROSAL

Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho
de Madrid y Director del Instituto de Criminología

SUMARIO: 1. Relación facticia.—2. Decisión del Tribunal *a quo*.—3. Impugnación de la Sentencia de la Audiencia.—4. Breve análisis de la Sentencia dictada por la Sala segunda del T. S.

1. *Relación facticia.*

Los hechos probados son los siguientes: “Probado y así se declara, que la procesada G. J. F., casada con F. P. F., con quien contrajo matrimonio el día 14 de enero de 1961 en C. y de cuya unión tiene dos hijos de cinco y un años de edad. El día 17 de septiembre, a las 13 horas, dio a luz un niño vivo y viable en la clínica maternal del Dr. M. S. M. en la B., instalada después del alumbramiento en la habitación núm. 10 de la clínica citada, la procesada sobre las 17 horas del día indicado, sacó al niño del moisés y comprimiéndole con la mano fuertemente la región cervical, le ocasionó la muerte deseada por la procesada. La procesada que tiene a su cargo dos hijos de cinco y un años de edad, cuyos medios de subsistencia son los que proceden del jornal que gana eventualmente en el campo, cuyo esposo se halla en el extranjero y en ignorado paradero, sin que conste que la remita fondos para contribuir a la subsistencia de la familia, y que dio a luz en ausencia de toda compañía familiar o afectiva, sufrió inmediatamente después del alumbramiento una grave crisis psíquica que no le privó totalmente de la lucidez mental y durante la cual ejecutó el hecho de autos.”

2. *Decisión del Tribunal “a quo”*

La Sala sentenciadora estimó que los hechos declarados y descritos con anterioridad eran legalmente constitutivos de un delito de parricidio previsto y sancionado en el art. 405 del Código penal y del que era criminalmente responsable en concepto de autor la procesada, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal núm. 10 del art. 9 en relación con la circunstancia 8.ª del mismo precepto y dictó el pronunciamiento siguiente: condena a la autora del hecho como responsable de un delito de parricidio con la concurrencia de una circunstancia atenuante muy calificada también recogida a la pena de 10 años de prisión mayor con las accesorias de la suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho

de sufragio durante la condena y al pago de las costas procesales, procediendo reclamar del Instructor la pieza de embargo y abonar a la procesada la prisión preventiva sufrida por esta causa.

3. *Impugnación de la sentencia de la Audiencia.*

A la vista de la citada sentencia, el Ministerio Fiscal formalizó recurso apoyándose en los motivos siguientes: a) Al amparo del núm. 1.º del artículo 948 de la LECrim., por entender que ha existido infracción por inaplicación de la circunstancia agravante núm. 1.º del art. 10 y por aplicación indebida del art. 59, inciso 2.º del mismo cuerpo punitivo. b) En el mismo amparo que en el anterior por infracción de la aplicación indebida de la regla 5.ª del art. 61 del Código penal por cuanto al ser el presente motivo corolario del anterior para aplicar la regla 5.ª del art. 61, es imprescindible que no concurren circunstancias agravantes alguna. c) Amparado como los anteriores por infracción indebida por inaplicación de la regla 3.ª del art. 61 del Código penal, puesto que concurriendo la circunstancia agravante de alevosía y habiendo apreciado la sentencia recurrida, la atenuante analógica del núm. 10 del artículo 9, la pena imponible al delito de parricidio puede ser corrida en toda su extensión y concretada según arbitrio judicial, pero siempre que no baje del tope mínimo.

Por el contrario, la defensa de la procesada impugnó el recurso y mantuvo, claro está, la confirmación de la sentencia

4. *Breve análisis de la sentencia dictada por la Sala 2.ª del T. S.*

La Sala de lo criminal del más Alto Tribunal de Justicia dicta una sentencia casando la del inferior, y utiliza al efecto los razonamientos siguientes: "que si la circunstancia agravante de alevosía, núm. 1.º del art. 10 del Código penal, requiere para existir de la necesaria presencia de los elementos que atañe a la objetividad del injusto y derivan del empleo por el agente de medios, modos o formas, que consigan, de un lado, el aseguramiento de la ejecución consumativa del delito, y, de otro, evitar el riesgo que pudiera provenir de la eventual defensa del ofendido, que se encuentra totalmente anulado en su capacidad de reacción ante el ataque, es comprensible que la tradicional doctrina de esta Sala, con reiteración suma y sin excepciones, haya venido entendiendo, que la muerte dada a un recién nacido —e incluso a niños de corta edad— es siempre alevosa por concurrir en ella las notas esenciales de tal circunstancia de agravación, puesto que al ser el agredido una criatura inermes, no puede notoriamente defenderse, no poner resistencia alguna por su debilidad fisiológica, que le lleva a depender absolutamente de otras personas para subsistir, logrando el delincuente un resultado seguro y sin riesgos, producto de su perversidad anímica y actuar cobarde, que acoge sin más este aseguramiento e indefensión, pues en tal supuesto, el actuar instrumental o modal exigido en el tipo, con el empleo de formas reales objetivas, está dado por la condición de la víctima y debe atenderse y valorarse la antijuricidad

del acto sobre la intención del agente en su tendencia ideal subjetiva, por ser lo trascendente el comportamiento material o la conducta en su dimensión dinámica, y con tal aludida propia utilitaria seguridad y ajena indefensión, que indudablemente existe, alojarse o no en la mente del autor, electivamente, en consecuencia íntima y personal, pues el efecto se produjo de manera A. F., en el más débil de los sujetos pasivos, con un comportamiento de tal condición en el obrar, y que a buen seguro lleva corrientemente la preordenación ideal buscada o aprovechada, pues de no ser niño, el hecho no se cometería las más de las veces”.

Como se verá la especulación gira en torno a dos ideas fundamentales: a) Carácter objetivo de la alevosía y la apreciación presuntiva de la misma, cuando se actúa en sujetos pasivos de tal índole debe ser estimada, de acuerdo con la doctrina reiteradísima de la jurisprudencia al respecto. b) La integración de elementos subjetivos en el comportamiento antijurídico, que da lugar a que se hable de una actitud psíquica que lastra la objetivación de la anti-juricidad.

Por lo que se refiere a la primera (a) quizás debiera, desde el punto de vista técnico-dogmático, diseñar la alevosía no por la objetividad del injusto, sino por ser *un elemento objetivo de la culpabilidad*. Las razones, pues, de la agravación de la alevosía, según nuestro modesto entender, entraña un resaltamiento más grave de la culpabilidad, aun cuando en este caso concreto está objetivada esa actitud o ese reproche de la persona en el propio contexto del legislador al decirnos “empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido”. En este caso concreto el legislador no ha dejado a la interpretación el contenido de la agravante, sino que, haciéndose eco de la tradición jurídica española, ha querido, llevado de su propósito politicocriminal, de describir de una manera exhaustiva la alevosía y de lo que de suyo intenta desde el punto de vista subjetivo el que se comporta dentro de su ámbito. En una palabra, ha plasmado, como se dice acertadamente en la sentencia, el modo con que debe realizarse el hecho subjetivo que de cierta manera no es otra cosa sino la expresión de una actitud “aleve”, “cobarde” de la persona que al poner en juego esos medios da a entender cuáles son sus posturas internas, porque con ello evita el riesgo que pudiera provenir de la defensa que hiciera la víctima.

El problema surge y adquiere cierta complicación si se prescinde de la Jurisprudencia y se entra a fondo en el *thelos* del precepto. ¿Qué nos ha querido decir el legislador español al definirnos con tanta profusión y detalles la *sustancia* de la alevosía? ¿Cómo es posible que no se haya meditado como debiera respecto a la cuestión de la inherencia en determinados tipos o en el normal funcionamiento de la agravante? Y ya en formas concreta y directa: En este supuesto y en otros análogos en realidad, cabe preguntar, ¿debe presumirse la alevosía o no? O dicho de modo más claro: ¿Metódicamente la alevosía es *aplicable presuntivamente*, en situaciones en que está preconfigurada, como sucede en los parricidios de recién nacidos o de corta edad, o, por el contrario, exige inexorablemente una puesta en práctica, una dinámica

proyectada hacia la finalidad perseguida en que el individuo alevoso elija los *modos, medios o formas*? La respuesta es bien sencilla, nos decidimos por la afirmativa en contestación al último inciso de la pregunta.

La explicación de unas respuestas congruentes con el "hecho probado" y en referencia inmediata con la agravante o si ésta integra o está estañado al delito de parricidio, nos exigiría unos planteamientos excesivos para lo que son estas notas, breves comentarios. Por tanto, sólo tangencialmente vamos a tocar la problemática presente.

Si se sigue la corriente reiterada de la Jurisprudencia, esto es, la estimación de la alevosía en el supuesto actual, nos encontraremos con que:

a) Se da como presumida la alevosía. Existen, pues, estados en los cuales con sólo registrarlos se aprecia la alevosía. Aquí la agravante, por tanto, forma parte del dolo, de acuerdo con la interpretación aceptada —no por nosotros— de los párrafos 1.º y 2.º del art. 1 del Código penal vigente.

b) Contraviene la propia definición auténtica de la alevosía, puesto que basta con una reflexión polícticriminal para darnos cuenta que no conviene a la aplicación en estos términos.

c) Se llega a una distinción de parricidios agravados y generales. Los primeros serían todos aquellos en los cuales el sujeto pasivo es un infante, en tanto que los otros tendrían sujeto pasivo distinto. Separación fundada *estrictamente* en atención al sujeto pasivo, y la cual, por supuesto, contrasta con el mandato contenido en el art.º 405.

d) Además que esta interpretación que va contra el aforismo interpretativo *favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda* (art. 24 del Código penal), carece de asidero legal tanto en la circunstancia 1.ª del art.º 10 cuanto en el art.º 405.

e) Los comentaristas españoles más recientes —Quintano Ripollés y Rodríguez Devesa— silencian un problema de tan superlativa importancia práctica.

No cabe duda que tiene una cierta atracción polémica la tesis acabada de sugerir, puesto que la fundamenta la propia estructura del art.º 405. Nada quiere decir a este respecto la Jurisprudencia que tradicionalmente se ha venido formando cuando se trata de un sujeto pasivo de las condiciones reseñadas, puesto que lo que nos planteamos aquí es la lisa y llana interpretación del art.º 405 en referencia concreta con la circunstancia 1.ª del art.º 10. Si se piensa, siquiera sea de una manera breve, se caerá en la cuenta que la aplicación de la alevosía en estos casos no tiene el fundamento que debiera en la propia interpretación auténtica del hecho realizado con alevosía, puesto que nunca existirá *riesgo* en los casos citados; en tanto que el último inciso del párrafo 2.º de la circunstancia 1.ª del art.º 10 implica de suyo la simple lectura, la existencia de una condición o de un posible riesgo el cual es eliminado por el empleo de los medios, modos o formas en la ejecución; es decir, porque el medio elegido para la realización de matar va flechado de una manera directa y especialmente segura; con lo que dicho se está que queda completamente enervado el posible riesgo que uno pudiera tener frente a la víctima. Cabe, pues, preguntar ¿qué sucede en aquellas hipótesis delictivas de parricidio, como la presente

en que nunca puede existir riesgo alguno para la persona y por otro cualquier medio que se emplee va dirigido directamente a asegurar la muerte del mismo? Entendemos que la respuesta está ya implicada en la propia pregunta. En estos casos no cabe apreciar la alevosía. Por dos motivos fundamentales y que son los constitutivos, mejor todavía, los que la dan naturaleza y sentido a la alevosía: la elección de un medio, de un modo o de una forma que tienden directamente a asegurar el evento, de matar. En los casos del infante no es menester la elección del medio; cualquiera que se emplee puede ir derecho a realizar de una manera directa y segura la muerte del mismo. b) Tampoco cabe discurrir sobre el problema de que con la elección de ese medio se ha radiado el riesgo que pudiera provenir de la víctima, puesto que en estos casos no existe riesgo de ninguna forma ni cabe esperar defensa de la agresión por parte de la víctima. Es decir, que la Jurisprudencia ha aplicado la alevosía en estos casos, aunque una meditación *semántica*, puramente *semántica* de la interpretación auténtica, nos lleva a un resultado diverso: En los casos en que el sujeto pasivo es un recién nacido, o bien un infante de corta edad, como se dice en el razonamiento incisivo empleado por la Sala, ha estimado la alevosía, siendo así que un análisis gramatical nos desvela a la vez la razón incriminativa de esta agravante —como decíamos antes— y nos lleva a una conclusión distinta, cual es la que consiste en que en estos casos no tiene *sentido* la aplicación de la misma, puesto que la dinámica del *tempus* ejecutivo está de antemano prejuzgado en la dirección de que por la propia razón del sujeto pasivo y no por los puntos de apoyo que depara la agravante, el hecho delictivo de suyo, por su propia índole, siempre tiene que ser alevoso, dada la categoría de la persona sobre la que recae la acción material.

Sería muy interesante una meditación sobre estos extremos con objeto de no agigantar más la grave penalidad inscrita para el art.º 405, y que de esta suerte no se vea obligado a hacer uso el Tribunal sentenciador del párrafo 2.º del art.º 2, máxime cuando se trata de un delito corriente que ha sucedido, en esta relación facticia, en circunstancias excepcionales.

Por lo demás, el esquema técnico empleado en el razonamiento del “Considerando” transcrito es bien moderno. Se echa mano de un vocabulario consonante con el deparado por la moderna dogmática penal.

La segunda idea (b) que apuntamos se inscribe en la fuerza que entraña en la composición de esta agravante el requisito subjetivo. Aun cuando algún que otro comentarista español, no es ninguno de los acabados de señalar, yerra cuando considera que la alevosía es una circunstancia objetiva, y cuyo error radica en que el legislador ha *descrito objetivamente* un talante especial con el que se desencadena el suceso penal, sin embargo la Jurisprudencia, en una sentencia por demás interesante, en la que logramos la casación con inapreciación de la alevosía y, por consiguiente, su degradación de asesinato en homicidio (14-XI-1958), adoptó remarcadamente un punto de vista subjetivo, dando cabida a la tesis de continuo formulada por nosotros —siguiendo la inspiración del siempre recordado profesor R. Muñoz.

Ahora bien, que el subjetivismo que informa esta agravante aparece *también* en el injusto, dando lugar a lo que ahora se llama un “injusto

personal" está explícitamente expuesto en el "Considerando" reproducido, si bien por mi parte pienso sería preferible revestir esta impronta personal en el área de la reprochabilidad, ocupada por la culpabilidad, en cuya parcela habría de verse y ponderarse de la mejor manera el problema que presenta el último párrafo de la relación circunstanciada de los "hechos probados", en que se dice textualmente: "después del alumbramiento una grave crisis psíquica que no le privó totalmente de la lucidez mental y durante la cual ejecutó el hecho de autos".

La apreciación, pues, por parte de la Sala de una atenuante muy calificada al amparo de la analógica del número 10.º del art.º 9 y en referencia inmediata con la circunstancia 8.ª del mismo precepto halla aquí su fundamento. No hay duda que existe una plataforma fáctica que posibilita, dada la calificación y la sentencia dictada por el Tribunal "a quo" para apreciar la atenuante: "de obrar por estímulos tan poderosos que, naturalmente, haya producido arrebató u obcecación". En referencia directa, claro está, con la interpretación analógica que facilita la circunstancia 10.ª de este mismo precepto. Sobre todo, si no se olvida que, en fin de cuentas, en estos casos —como en la mayoría de los Códigos— el infanticidio es un tipo privilegiado, en atención a una situación criminológica excepcional, surgida, claro está, de unos momentos especiales deparados por el proceso *post-partum*.

El problema que suscita el último párrafo de los "hechos probados" en referencia con la alevosia carece de importancia en su planteamiento; no sólo porque ha sido desestimado por la Jurisprudencia y considera que es compatible el vicio parcial de la mente con la agravante de alevosia, sino porque en realidad la problemática de más envergadura y aliento consiste en plantear la tesis de si funciona en estos supuestos y dada la característica del sujeto pasivo la alevosia o, por el contrario, se trata de un elemento constitutivo del tipo. La respuesta por nuestra parte está a la vista. Y viene dictada estrictamente por la propia semántica, como decíamos antes, del contenido de la definición dada por el legislador en el párrafo 2.º de la circunstancia 1.ª del art.º 10 del Código penal. Conviene conocer más de cerca cuáles son las razones que han inducido a la decisión suprema adoptada por la Excma. Sala de nuestro más Alto Tribunal. Y aparte de las que se entrevén en el 3.º de los "Considerandos", literalmente reproducido, es digno de mención el 2.º de los "Considerandos", en donde se expone textualmente lo que sigue: "que al desconocer esta reiterada doctrina de esta Sala, la sentencia recurrida ha de modificarse, al no aplicar la agravante de alevosia referida, y por realizarlo indebidamente del artículo 59, párrafo 2.º del Código penal, toda vez que la procesada cometió el parricidio, previsto en el art.º 405 del Código penal, al dar intencionada y querida muerte a su hijo, a las cuatro horas de nacer en una clínica, comprimiéndole con la mano fuertemente la región cervical, y por lo mismo, de manera alevosa, según se consignó, sin que pueda admitirse el argumento que dicha resolución empera, para reclamar dicha circunstancia de mayor punibilidad, de "que es inherente al hecho mismo, ya que no al tipo penal abstracto", porque con él se desconoce radicalmente

lo dispuesto en el citado art.º 59, párrafo 2.º, que elimina de su función ordinaria las agravantes de tal manera inherentes al *delito*, que sin la concurrencia de ellas no pudiera cometerse, por lo que la inherencia ha de referirse al tipo “in abstracto” y no al hecho “in concreto”, pues, incluido expresamente aquel supuesto, se rechaza éste y el parricidio tanto puede tener como objeto a niños recién nacidos —caso típico del infanticidio— como a personas de condición adulta, por lo que no puede asegurarse que la privación de vida a un infante acabado de nacer o de corta edad sea consustancial con tal delito, ni que constituya uno de los elementos integrantes, sin el cual no tendría existencia el tipo legal, como ha venido exigiendo esta Sala en su doctrina interpretativa de la norma tan citada”.

Es indiscutible que el “Considerando” acabado de transcribir toca de lleno en el problema planteado por nosotros, y en cierto modo lo ha entrevistado con agudeza metódica, digna de encomio, puesto que observa dos planos en la consideración sobre el parricidio: uno, en *abstracto*, y otro, en *concreto*. Sin embargo, el razonamiento no ha llegado al resultado congruente con las premisas establecidas, puesto que nadie duda de que no es consustancial al delito de parricidio el que el sujeto pasivo revista las condiciones excepcionales de este caso, sino, antes al contrario, se dan mayor número de parricidios sobre los sujetos pasivos adultos.

Ahora bien, a mi modo de ver y salvando la inteligencia con que ha sido planteado el problema en el “Considerando” que comentamos, resulta que se entremezcla con ello un problema que nosotros hemos salvado en el comentario realizado en los párrafos anteriores, puesto que no se trata del planteamiento de la inherencia en el tipo del delito; en una palabra, sería discutible el planteamiento de si es aplicable o no el párrafo 2.º del art.º 59, en que textualmente dispone: “tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que, sin la concurrencia de ellas, no pudiera cometerse”. Como decíamos antes, no se trata de un problema de inherencia o no con el tipo, sino de que la agravante de suyo por su propia naturaleza es inaplicable en estos casos concretos, porque no se dan, de una parte, la premisa lógica de la elección de los modos, medios o forma que tiendan directamente a asegurar la muerte; ni la dependencia lógica, especie de corolario de esta premisa, que es la de evitar el riesgo que pudiera venir por parte de la víctima. Estamos a presencia de la estimación de la agravante sin que se haya tenido en cuenta la bilateralidad de la misma, puesto que son dos las personas que intervienen en la relación o titularidad de esta agravante de alevosía. El sujeto que actúa de una manera alevosa, traidora, cobarde, que elige unos medios para cometer de una manera segura y directamente la muerte; y, de otro lado, la víctima, que no puede defenderse en razón a los medios elegidos por el sujeto activo. En el caso concreto que nos ocupa, la titularidad del sujeto activo y pasivo. Esa especie de relación, y que se traduce en una dinámica de un comportamiento activo, y por otra parte, de un comportamiento pasivo, que está condicionado por la actividad traidora o aleve, no sucede en el caso actual, ya que estamos a presencia de un

sujeto pasivo inimputable, en donde no puede defenderse, sea cual fueren los medios elegidos.

En consecuencia, no se trata, a mi modo de ver, dicho sea con los máximos respetos para los comentaristas españoles al respecto y la Jurisprudencia reiterada de la Excma Sala, de un problema de inherencia o no en el tipo penal, tanto en *abstracto* como en *concreto*; en ninguno de los dos casos puede hablarse de inherencia por el hecho de que estamos en una contemplación de la alevosía, formando parte de la culpabilidad de la persona, y con un carácter presuntivo, y cuya aplicación o no depende de una condición que está exclusivamente por fuera del concepto de la alevosía, cual es la del sujeto pasivo sobre el que recae la acción.

En cuanto a la consideración que hace la Sala estimando los restantes motivos de impugnación del Ministerio Fiscal y que son consecuencia insoslayable de la apreciación de la circunstancia agravante, carece de importancia traerlo a colación y a comentario.

Quizá la importancia de esta sentencia radica en que ha planteado, en toda su integridad, una buena parte de la problemática aplicativa del art.º 59, párrafo 2.º, en referencia con el 405 y con la circunstancia 1.ª del art.º 10. Y, sobre todo, porque ha suscitado un problema antiguo, que al cabo del tiempo y reeditando sobre el mismo, particularmente desde un punto de vista fáctico, hemos llegado a una conclusión interpretativa completamente distinta (1).

(1) Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Escudero del Corral.

Jurisprudencia procesal penal

(Sala 2.^a del Tribunal Supremo)

Primer semestre de 1967

FERNANDO GISBERT CALABUIG
Del Instituto de Derecho Procesal

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: A. Principios generales del proceso penal: a) Principio de legalidad. b) Principios de igualdad de partes y de medios de defensa. B. Interpretación de las normas. Aplicación de la analogía.—II. PARTE GENERAL: 1. Órgano jurisdiccional: A. Jurisdicción: a) Extensión: Improrrogable y atractiva. b) Delimitación con la jurisdicción militar: a') Con los Tribunales ordinarios. b') Con el Juzgado de Orden Público. 2. Partes: A. Acusador particular: Carácter. B. Responsable civil subsidiario: Vínculo con el acusado. 3. Objeto del proceso: A. Acción penal: Su ejercicio. B. Cuestiones de competencia: a) Entre Magistrados de lo penal. b) Entre Juzgados de Instrucción. c) Entre un Juzgado de Instrucción y otro Especial. d) Entre Juzgado Municipal y Juzgado de Paz. D. Acción civil: a) Reserva improcedente. b) Extensión de la responsabilidad civil. c) Señalamiento de cuotas. 4. Actos del proceso penal: Redacción de los escritos. 5. El proceso penal *stricto sensu*: A. Iniciación del proceso penal: Denuncia condicionante. B. Instrucción preliminar: Personalidad del delincuente: Calificación de antecedentes penales. C. Desarrollo normal del proceso: Prueba: a) Proposición extemporánea de prueba. b) Valoración. c) Medios a') Personales: Careo. b') Inspección ocular. c) Reales: Documentos: Valor de las fotografías. D. Desarrollo anormal del proceso: Crisis procesales: a) Crisis subjetivas: Recusación: a') Interés directo o indirecto en la causa. b') Pronunciamiento sobre costas. c') Relación con el delito de desacato. b) Crisis objetiva: Conformidad del acusado. c) Artículos de previo pronunciamiento: Perdón del ofendido. Crisis de la actividad: Suspensión del juicio oral: a') Al amparo del número 3.º del artículo 746. b') Al amparo del número 6.º del artículo 746. E. Terminación del proceso: Sentencia: a) Declaración de hechos probados. b) Planteamiento de la tesis. c) Pronunciamiento sobre costas. 6. Impugnación del proceso: A. Recurso de casación: a) Ambito: Resoluciones contra las que procede. b) Clases: Casación por infracción de Ley: Motivación: a) Infracción de precepto penal sustantivo (art. 849, núm. 1.º). b') Error de hecho resultante de documento auténtico (art. 849, núm. 2.º). c') Casación por quebrantamiento de forma: a'') Denegación de diligencia probatorias (art. 850, número 1.º). b'') Falta de citación de una de las partes (art. 850, número 2.º). c'') Falta de claridad de los hechos probados (art. 851, número 1.º, inciso 1.º). d'') Contradicción entre los hechos probados (artículo 851, núm. 1.º, inciso 2.º). e'') Predeterminación del fallo (art. 851, número 1.º, inciso 3.º). f'') Declaración de falta de prueba (art. 851, número 2.º). g'') No resolución de todos los puntos objeto de debate (artículo 851, núm. 3.º). h'') Punición por un delito más grave (art. 851, número 4.º). i'') Sentencia dictada por menor número de Magistrados que el señalado por la Ley (art. 851, núm. 6.º). d) Procedimiento del recurso. Admisión. e) Adhesión improcedente al recurso. f) Efectos del recurso.—III. PARTE ESPECIAL: Procedimiento de urgencia: Denegación de prueba.

I. INTRODUCCION

A.—PRINCIPIO GENERAL DEL PROCESO PENAL: a) *Principio de legalidad*: El principio de legalidad es eje del procedimiento punitivo en nuestro sistema. (Sentencia de 6 de marzo de 1967.)

b) *Principios de igualdad de partes y de medios de defensa*: El principio de igualdad de las partes en el proceso penal y el de no limitar los medios de defensa del acusado, en cuanto puedan contribuir al esclarecimiento del hecho, conducen a no privar al procesado en el juicio oral de aquellos mismos medios de prueba utilizados por las acusaciones en el sumario y a cuya práctica él no tuvo acceso por la índole secreta del mismo. (Sentencia de 11 de abril de 1967.)

B.—*Interpretación de las normas: Aplicación de la analogía*: La analogía opera en supuesto no previsto ni emitido por el legislador, por extensión asimiladora de norma semejante que llene el vacío, pero no en los casos en que dicho legislador, teniendo en cuenta el supuesto, no quiso articular disposición alguna. (Sentencia de 12 de junio de 1967.)

Se impone la responsabilidad civil subsidiaria al recurrente sin que en la sentencia impugnada, y en sus bases de hecho, conste motivo alguno que la justifique, pues sabido es que para poder ser exigida se precisa la existencia entre el autor y el responsable civil subsidiario de un vínculo que ligue el uno al otro, por virtud de obrar el responsable directo a virtud de órdenes, interés o cuenta del segundo, lo que no consta en el caso de estos autos; argumento que es de recoger a los efectos perseguidos por el recurso, pues cierta es en efecto la doctrina de esta Sala en cuanto a la existencia absolutamente necesaria de un vínculo previo entre el procesado y el responsable civil subsidiario, que obligue a éste a responder de las resultas del hecho producido por aquél de tal modo que si dicho vínculo no existe, falta el fundamento legal para que la responsabilidad subsidiaria en el orden civil pueda exigirse, como dice la S. de 28 de diciembre de 1945, y en el caso que se contempla no aparece por parte alguna de la sentencia recurrida el vínculo necesario de relación, y tan sólo se dice en la relación fáctica que el procesado conducía el vehículo que expresa, del que era propietario Juan S. C., sin más detalles de orden alguno relativo a que el inculpado obrase en virtud de orden, dependencia, interés o cuenta del dicho propietario, y siendo ello así, y siguiendo las orientaciones de la propia naturaleza de la responsabilidad subsidiaria y de la doctrina de esta Sala, es preciso declarar haber lugar al recurso. (Sentencia de 20 de abril de 1967.)

II. PARTE GENERAL

1. ORGANISMO JURISDICCIONAL: A.—*Jurisdicción*: a) *Extensión: Improrrogable y atractiva*: Por el artículo 8.º de la L. E. Crim., la jurisdicción de este orden es improrrogable y su competencia exclusiva se halla establecida según los preceptos del Título II de la misma Ley, jurisdicción atractiva cuando no está expresamente reservada en el artículo 10 o variaciones de los

siguientes; los hechos materia de la actuación judicial son las palabras que el Sacerdote D. José Antonio A. A., dirigió el 1 de mayo de 1966, en San Sebastián, al personal de la Policía Armada en acto de servicio; y al no corresponder a la jurisdicción ordinaria específica de Orden Público, según el artículo 3.º, a), de la Ley de 2 de diciembre de 1963, porque no era organizador o dirigente de la manifestación ilegal ni a la jurisdicción castrense, porque los denunciados insultos no eran de obra o actos de violencia en contra de la Policía Armada, artículo 18 de la Ley de 8 de marzo de 1941, orgánica del citado Cuerpo, ha de tenerse por mal planteada la competencia negativa entre la Capitanía General de la Sexta Región y el Juzgado de Orden Público; y procede enviar lo actuado al Juzgado de Instrucción de San Sebastián para la incoación del correspondiente sumario. (Auto de 22 de febrero de 1967.)

Como las dos resoluciones de la jurisdicción militar, provenientes del Teniente General Jefe de la Región Aérea del Estrecho, inhibiéndose una en favor de la jurisdicción ordinaria, y recabando otra, la por éste efectuada en su favor, se basan en el hecho de haber infringido el conductor paisano, el artículo 21 del C. Circ., siendo el causante del accidente sobrevenido, el auto del Magistrado de lo penal de la Audiencia Provincial de Málaga, por lo contrario, imputa el posible delito de imprudencia cometido, el conductor afectado a la jurisdicción especial, al intentar adelantar un camión parado sin camino libre, es evidente, que en posición encontrada, parte de la interpretación diferente, de las pruebas articuladas en las diligencias preparatorias instruidas por cada jurisdicción, por lo que la única manera de resolver la discordia excluyente, es pronunciándose *prima facie* esta Sala, y a los solos efectos de la resolución de la competencia, sobre las justificaciones realizadas en ambas, pues actuando de otra manera, el criterio inconciliable mantenido, impediría una adscripción competencial cierta, por no existir razón, para declarar preferente una creencia sobre otra; y así, como las declaraciones de los respectivos conductores se oponen, por defender sus particulares versiones, ha de atenderse, a otras justificaciones más objetivas; en primer lugar a la categórica afirmación contenida en el informe de la Guardia Civil de Churriana —folio 41—, luego a los croquis existentes en los folios 8, 9, 32 y 42, y por fin a las declaraciones de cuatro testigos —obrantes a los folios 40, 44 y 46—, de las que en conjunto se deduce que, la motocicleta conducida por el paisano, caminaba por la izquierda, en la calle Monsalves de dicha localidad, que estaba pavimentada, y por hallarse en su zona de la derecha en malas condiciones el piso terroso, y en dirección contraria por su rigurosa zona derecha avanzaba la motocicleta conducida por el soldado, y como éste quisiera rebasar a un camión parado también en la derecha, y viera el camino libre, pues el otro conductor se hallaba detrás del camión por caminar a contramano, intentó el adelantamiento, y cuando lo efectuaba, surgió rápidamente el otro motorista que también deseaba realizar igual maniobra, chocando ambos en el centro de la calzada, y a la altura de la mitad del camión, con las consecuencias de sufrir recíprocas lesiones y daños en los vehículos; y de esta versión fáctica y previsoramente deriva, que si bien la actividad del militar ha de estimarse correcta, al realizar un adelantamiento teniendo visibilidad, y sin obstáculos en la zona izquierda a ocupar, guardando las precauciones

que el artículo 30 del C. Circ. le imponía, no ha sucedido lo mismo, con el paisano, que posiblemente caminaba antirreglamentariamente por la izquierda, infringiendo el artículo 21 de dicho cuerpo legal, y que además intentó el adelantamiento, cuando la zona estaba ocupada preferentemente por otro vehículo, al que anteriormente no se había hecho visible como debiera, todo lo que conduce a entender, que como en principio el posible culpable está sometido a la jurisdicción ordinaria, ésta es la única competente, para el conocimiento de la causa, a la que en cualquier supuesto, por lo demás, sería de aplicar la norma contenida en el artículo 19, párrafo 2.º del Código de Justicia Militar, que lleva a igual conclusión, por ser la jurisdicción ordinaria atractiva, y absorber hacia su fuero no sólo tal caso, sino el de conexidad objetiva de un solo hecho, del que resultan inculpadlos varias personas sometidas a jurisdicciones distintas, según lo dispuesto en el artículo 11 de la L. E. Crim. y 332 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. (Auto de 30 de mayo de 1967.)

b) *Delimitación con la jurisdicción militar*: a') *Con los Tribunales ordinarios*: El hecho que ha motivado la presente cuestión de competencia es la colisión de dos vehículos, uno conducido por persona aforada y el otro por persona sujeta a la jurisdicción ordinaria, apareciendo de lo actuado que cada una inculpa del accidente a la otra, que la Policía de Tráfico informa que las dos debieron infringir el artículo 30 del C. Circ. y que no hay elementos suficientes hasta el momento para determinar *a priori*, ni siquiera a efectos de competencia la culpabilidad de una y la inculpabilidad de la otra, por lo que es procedente resolver la presente cuestión a favor de la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 de la L. E. Crim. que así lo dispone cuando los presuntos culpables pertenezcan a distintas jurisdicciones y no haya ley que atribuya el conocimiento a una especial; que es el caso de autos, que al no tratarse de delito militar ni cometido en territorio declarado en estado de guerra, el aforado queda sujeto a la jurisdicción ordinaria en unión de los no aforados incluidos en la misma causa según lo dispone el artículo 19 del Código de Justicia Militar. (Auto de 17 de junio de 1967.)

La negativa del Juzgado de Instrucción de Mahón a conocer de esta causa tiene por base el hecho de constar en el informe de autopsia que determinada persona falleció a consecuencia de asfixia por inmersión en agua del mar, siendo hallado el cadáver en una pequeña caleta del término de San Luis, en la isla de Menorca, estimando en consecuencia que de conformidad con lo preceptuado en el apartado b) del artículo 9.º del Código de Justicia Militar ha de conocer de estos hechos la Jurisdicción de Marina; mas es lo cierto que sin contrariar cuanto queda relacionado como situación de hecho, y a los solos fines de dilucidar la actual cuestión, no pueden silenciarse otros extremos que asimismo constan en las actuaciones, tales como los referentes a que la víctima se hallaba breves minutos antes de su fallecimiento en la playa en la que se abre aquella caleta, en unión de familiares y amigos en apacible descanso, alejándose momentáneamente, sobreviniendo el accidente, bien por caída desde las rocas al mar, bien en forma no concretada hasta el presente, sufriendo erosiones y heridas, y recuperada acto seguido sobre el agua del mar, pero a una mínima e in-

significante distancia de tierra firme, sin que de todo ello se aprecie indicio alguno que permita atribuir la competencia a la Jurisdicción de Marina, por estimarse insuficiente el repetido dato de la causa de la muerte, según el informe de autopsia, expresivo de la asfixia por inmersión, pero extensivo también a una serie de heridas de importancia en cara y cabeza, con conmoción cerebral como causa fundamental de la muerte. (Auto de 3 de junio de 1967.)

b') *Con el Juzgado de Orden Público*: Al publicarse la Ley de 2 de diciembre de 1963, que creó el Juzgado y Tribunal de Orden Público, queda sometido a esta Jurisdicción el conocimiento de los delitos que como de rebelión Militar se relacionan en el artículo 2.º del Decreto de 21 de septiembre de 1960, dictado en uso de la autorización concedida al Gobierno por la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, y si bien es cierto que el delito atribuido a Alfonso B. V., fue cometido con anterioridad a la vigencia de la Ley primeramente citada, la competencia para tramitar el sumario, y en su caso, conocer del juicio oral y dictar sentencia, corresponde al Juzgado y Tribunal de Orden Público, respectivamente, conforme a lo establecido en las disposiciones transitorias 1.ª y 2.ª de dicha Ley, porque en primer lugar las normas penales contenidas en el C. P. común que sancionan los hechos que se dicen cometidos por el inculpado y que tiene que aplicar el Tribunal de Orden Público, son más beneficiosas para el presunto reo que las contenidas en el Código de Justicia Militar, para castigar los mismos hechos, por ello, es preciso en virtud del principio de retroactividad procesal y penal contenido en las dos disposiciones transitorias citadas resolver la cuestión de competencia negativa planteada entre el Capitán General de la 1.ª Región Militar y el Juzgado de Orden Público en favor de esta última Jurisdicción, porque aunque un Consejo de Guerra dictó sentencia contra 17 encartados en la causa en que también fue procesado el B. V., esta sentencia no pudo afectarle, ni por tanto ser firme para él, puesto que estaba declarado en rebeldía y ni siquiera había sido oído y por ello no está comprendido el caso de autos en la excepción a que aluden las tan mencionadas disposiciones transitorias, y por último, como de las actuaciones remitidas por la Autoridad Militar y de las practicadas por el Juzgado de Orden Público, todo lo que se tiene a la vista, no puede concretarse cuál fuera la actividad delictiva del inculpado, si es que tuvo alguna, ni si en el supuesto afirmativo estaba relacionada o tenía concomitancia con los hechos cometidos por los otros encartados que ya fueron juzgados, no es posible hacerse *a priori* la afirmación de que se rompería la continencia de la causa al atribuir la competencia a la Jurisdicción de Orden Público (Auto de 26 de enero de 1967.)

2. PARTES: A.—*Acusador particular*: *Carácter*: En 9 de septiembre D. M. L. denunció los hechos en declaración ante el instructor; en 2 de octubre, el Ayuntamiento en sesión extraordinaria acordó delegar en dicho señor para que en nombre de la Corporación «conozca en cuanto sea preciso dicho sumario y la Ley le autoriza defienda el asunto en la forma que proceda»; autorización para ejercitar la acción penal que como derecho de acusación, no de iniciativa, cuando ya está incoado el sumario, potestad otorgada que

nunca ejerció en forma de querrela y de la cual se sirvió sólo para apoderar procuradores, uno de quienes se personó en su nombre, fue admitido como parte y siguió en la fase de instrucción hasta la terminación del sumario y durante el juicio oral; actuó en delito público con intervención potestativa, actuante en el Ministerio Fiscal, y no formuló querrela reducida su participación al derecho concedido en el artículo 101 de la L. E. Crim., como ofendido particular y representante de la Corporación a la cual también se refieren los hechos, se inició el proceso penal de oficio en virtud de la denuncia del Ministerio Fiscal, se oyó después al señor C. L. y continuaron después las diligencias, sin que la parte acusada se opusiera a la legitimación del acusador privado ni en la fase sumarial ni en la decisoria hasta el juicio oral, cuando la Audiencia se negó a suspender por esta excepción tardíamente formulada conforme a lo mandado en el artículo 801 de la mencionada Ley, ya que establecida la relación procesal entre la acusada y el acusador de oficio Ministerio Fiscal, no introduce modificación sustantiva la validez o invalidez de los actos del acusador particular, ofendido directo además, adherido a las conclusiones del primero, y la falta de requisitos, consentida durante todo el procedimiento, tampoco se funda en razón estable, porque el artículo 338 del Decreto de 17 de mayo de 1952 requiera informe previo al acuerdo de Letrado, pero no que se acompañe al poder, y el incidente quedó resuelto al negarse la suspensión, sin necesidad de nuevos pronunciamientos de hecho o derecho, pues no se halla obligado el Tribunal a reseñar todas las alegaciones de las partes, sino las que llevan al conocimiento y juicio sobre los hechos. (Sentencia de 5 de mayo de 1967.)

B.—*Responsable civil subsidiario: Vínculo con el acusado*: Nace la responsabilidad subsidiaria de los amos, organismos y empresas de los delitos o faltas en que hubieran incurrido sus dependientes o empleados en el desempeño de sus obligaciones o servicio, no porque estas infracciones estuvieran mandadas o consentidas, pues entonces serían participantes, sino porque al ejecutar lo concerniente a sus deberes contravinieren a lo prohibido en la Ley penal; el servicio que prestan en beneficio ajeno es la circunstancia ocasional entendida en el artículo 22 del C. P. para los actos realizados como constitutivos de su servicio, aquí cerrar las barreras al paso del tren por la vía; la tardanza en verificarlo no se sale de las funciones del guardabarrera, quien debió obedecer prestamente a la llamada telefónica; si no lo hizo con esta diligencia es culpable, pero la responsabilidad civil recae sobre el que le eligió, para quien trabaja y de él se vale a la vista de todos confiados en el servidor de la empresa. (Sentencia de 7 de abril de 1967.)

3.—OBJETO DEL PROCESO: A.—*Acción penal: Su ejercicio*: El escrito de calificación provisional del Ministerio Fiscal es el verdadero ejercicio de la acción penal hecho por quien está facultado por la Ley. (Sentencia de 19 de abril de 1967.)

B.—*Cuestiones de competencia: a) Entre Magistrados de lo penal*: En ciertas diligencias de la Ley de 24 de diciembre de 1962, el Ministerio Fiscal solicitó la imposición al inculcado de una pena de tres meses de arresto mayor y unas indemnizaciones que totalizan la cantidad de 500.000 pesetas,

solicitando el acusador privado 865.029,20 pesetas. La representación del inculpado solicitó a la Audiencia que se sirviera mandar oficio inhibitorio al Tribunal unipersonal de lo penal para que se abstuviera de conocer de las diligencias y se inhibiera a favor de la Audiencia. Esta dictó auto por el que resolvió no haber lugar a declarar su competencia para conocer de las repetidas diligencias. Contra el expresado auto la representación del acusado interpuso recurso que el T. S. desestima con base a los siguientes razonamientos: En el párrafo 1.º del artículo 27 de la Ley de 24 de diciembre de 1962, se distribuyen las competencias del Tribunal Colegiado y del Magistrado de lo penal, con base en la pena pedida por el Ministerio Fiscal o por tasación de los daños en cifra superior o inferior a las 500.000 peseta, dos presupuestos distintos: uno fundado en la pena con peticionario determinado y otro en la acción reparatoria, concretada en tasación, cuyo titular puede ser el Ministerio Fiscal y las partes comparecidas con él; la separación gramatical de ambos supuestos hace que el segundo opere por sí mismo cualquiera que sea el sujeto de la pretensión civil sin preferencia, y menos exclusividad, del Ministerio Público, porque sobre todo la naturaleza jurídico-privada de la acción para responsabilidad civil, aunque el interés del resarcimiento sea público también, concede al perjudicado disposición como titular sobre su derecho en el proceso y su pedimento asimismo cuenta respecto a la congruencia cuantitativa. Esas reglas de competencia contienen un límite por los daños, no sólo pedidos sino «tasados», presupuesto razonable porque la simple petición de la parte condicionaria la competencia a su voluntad, impulso indebido en lo penal aun tratándose de la acción civil, y bastaría un pedimento excesivo o rebajado para disponer del orden legal de la competencia, carácter predominante sobre las razones de interés privado; la cuestión accesoria de esta materia en la función judicial penal y su ámbito se regulan con signo formal e inderogable en los artículos 8.º y siguientes de la L. E. Crim.; y tanto en el auto del Magistrado de lo penal como en el de la Audiencia falta la tasación que pudo solicitar el recurrente, por lo que al no estar tasados procesalmente los daños queda sin base la inhibitoria, ante lo cual el criterio del Tribunal establece la petición del Fiscal como frontera provisional, dentro de su facultad, que puede modificarse en las conclusiones definitivas y producir los efectos, mediante la tasación de los daños, del artículo 30 de la referida Ley, en su número 2.º y determinar la competencia del órgano colegiado, el cual puede conocer también en apelación sobre el cuanto de la responsabilidad civil, según el artículo 33; no se ha infringido el artículo 27 por no haber sido tasados los daños ni los 28 y 30 de la repetida Ley, y no es estimable el motivo primero. (Sentencia de 18 de abril de 1967.)

b) *Entre Juzgados de Instrucción*: El Juzgado de Instrucción número 1 de Gijón siguió sumario en virtud de querrela formulada por don R. A. V., contra don A. A. M., en el que se decretó el procesamiento del querellado como presunto autor de un delito de injurias graves y con base en el hecho de que el Juzgado de 1.ª Instancia de Valverde de Hierro, que cumplimentaba exhorto del Juzgado de igual clase, número 2, de Gijón, dimanante del juicio de testamentaria de don A. A. B., que en dicho Juzgado se tramita, se requirió a don A. A. M., para que se tuviera por notificado del

nombramiento para el cargo de administrador del caudal hereditario, recaído en la persona de su madre, y procediera a entregar a la misma determinados documentos, manifestándose por el requerido entre otras cosas «que se reserva todos los derechos y acciones para proceder contra los que con manifiesta mala fe dirigen a su madre, muy agotada mentalmente, sin duda por sus muchos sacrificios, simulando defenderla y cuyas únicas miras son como vulgarmente se dice, dejarla en la calle, representando esta comedia tan burda como osada».

A instancia del interesado y oído el Ministerio Público el Juzgado de Instrucción de Valverde de Hierro acordó requerir la inhibición al Juzgado número 1 de Gijón por creerse competente, de acuerdo con lo dispuesto en el número 2 del artículo 14 de la L. E. Crim., ya que las manifestaciones que se dicen injuriosas tuvieron lugar en el Juzgado de 1.ª Instancia de Valverde al cumplimentar exhorto del de igual clase, número 2, de Gijón.

El Juzgado de Instrucción número 1 de Gijón, rechazó la inhibición propuesta y planteada así la cuestión ante el T. S., éste declara competente para conocer del referido sumario al Juzgado de Instrucción número 1 de Gijón, según doctrina señalada en el considerando siguiente: «Para decidir la competencia suscitada, a favor del Juzgado de Instrucción de Gijón, determinada por el número 2.º del artículo 14 de la L. E. Crim., por ser el lugar donde se consumó el supuesto delito de injurias, existen los siguientes fundamentos: 1.º Que si bien los conceptos que por el querellante se estiman injuriosos fueron emitidos por el querellado mediante expresión oral, lo fueron ante un funcionario y en un acto en el que necesariamente tomarían forma escrita, con indudable autenticidad, prestada por el autorizante de la diligencia de quien lo dijo y de lo que dijo, aunque su competencia no alcance a medir las intenciones del que hablaba; 2.º Que se vertían en un proceso civil con unidad de tramitación, compuesta por la agregación de sus diferentes diligencias que no atentan ni disuelven aquella unidad, aunque por necesidades geográficas se practiquen algunas en diferentes territorios jurisdiccionales, en la misión auxiliadora que corresponde a los distintos organismos y autoridades; 3.º Que cualquiera que fuesen los propósitos del querellado, que pertenecen a la intimidad de su conciencia y que no es este el momento de dilucidar, los efectos de lo que decía necesariamente se habían de producir en el lugar de tramitación del proceso en el que se hacían las manifestaciones; y 4.º Que la única autoridad competente para dar la autorización necesaria para perseguir las supuestas injurias es ante la que se tramita el proceso en que se vertieron. (Auto de 9 de marzo de 1967.)

c) *Entre un Juzgado de Instrucción y otro Especial*: Para resolver la cuestión de competencia por inhibitoria, planteada entre el Juzgado de Instrucción número 1 de Zaragoza y el Especial en los asuntos penales de «El Ocaso, S. A.», con sede en Madrid, se ha de tener presente, no solamente las disposiciones del Título II de la L. E. Crim., sino también el acuerdo adoptado por la Excma. Sala de Gobierno del T. S. en sesión de 1 de diciembre de 1965, disponiendo la designación de Juez Especial con jurisdicción en todo el ámbito nacional, para la instrucción del sumario número 409 de 1965 del Juzgado número 8 de Barcelona y de cuantos se deriven de la querrela que dio lugar al mismo o de las relaciones entre la

Sociedad «El Ocaso, S. A.», y sus Agencias. Los hechos formulados en la denuncia, que dieron origen a la incoación del sumario número 411 de 1966 del Juzgado número 1 de Zaragoza, de cuyo conocimiento se inhiere a favor del Especial de Madrid y cuya competencia, éste rechaza, fueron, que como consecuencia de acuerdo tomado en el mes de mayo de 1966 por dicho Juzgado Especial de suspender provisionalmente en sus funciones a don Cipriano B., agente afecto a la Compañía «El Ocaso, S. A.», en Zaragoza, nombrándose depositario-administrador judicial de la Agencia a don Aurelio M., revocándose posteriormente por el propio Juzgado este acuerdo en 13 de octubre, reponiéndose al señor B. y cesando por tanto, el señor M., que a pesar de ello, siguió percibiendo el importe de recibos de primas de los asegurados en la Agencia, remitiendo el saldo resultante a «El Ocaso», realizando por consiguiente las mismas gestiones que el Agente repuesto, desobedeciendo las órdenes del Juzgado Especial y produciendo el natural desconcierto entre los asegurados.

Estableciéndose en el artículo 9.º de la L. E. Crim., que los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de una causa determinada, la tendrán también para todas sus incidencias, la relación de causa a efecto, entre la orden del Juzgado Especial, suspendiendo al señor B. y nombrado el señor M., para reformar posteriormente el acuerdo, reponiendo al primero y cesando el segundo, no puede ser más evidente, arrancando todo de la misma fuente, la querrela que dio lugar a que por la Excm. Sala de Gobierno de este Alto Tribunal, se designase un Juzgado Especial para conocer de la misma y sus derivaciones, siendo consecuencia lógica y natural, que la denuncia presentada ante el Juzgado de Zaragoza, no obedece a un acto espontáneo o independiente del denunciante, sino que emana de disposiciones tomadas por el Juzgado Especial, precisamente en el sumario que motivó su nombramiento, por lo que no tiene aplicación en sentido estricto lo prevenido en los artículos 14, 17 y 18 de la citada Ley y sí lo determinado en el artículo 9.º de la misma. (Auto de 26 de junio de 1967.)

d) *Entre Juzgado Municipal y Juzgado de Paz*: Se remitieron al Juzgado de Paz de Villagonzalo Pedernales, las diligencias preparatorias número 208/66 por lesiones sufridas por Jesús O. H., Angel V. H. y Fernando H. M. al chocar el coche que conducía Jesús contra el puente de Villagonzalo Pedernales, en cuyas diligencias el Magistrado de lo Penal de la Audiencia dictó resolución reputando falta el hecho, y dicho Juzgado, envió las actuaciones al Juzgado Municipal número 2 de Burgos por estimar no ser competente para conocer de ellas, pero este Juzgado rechazó su conocimiento por estimar era competencia del de Villagonzalo, a tenor de lo establecido en el número 3.º del artículo 586 del C. P.; habiéndose insistido por el Juzgado de Paz en su negativa quedó entablada la cuestión de competencia. Recibidas las actuaciones en el Juzgado de Instrucción número 2 de Burgos se acordó oír al Ministerio Fiscal por haberse omitido por los Juzgados inferiores, habiéndose emitido el oportuno informe en el sentido de entender que es competente el Juzgado Municipal. El Juzgado de Instrucción dictó auto declarando competente al Juzgado de Paz y contra el expresado auto el Ministerio Fiscal recurrió en casación alegando la infracción del artículo 9.º del Decreto de 24 de enero de 1947.

El T. S. declara que es competente el Juzgado Municipal, con base en la siguiente doctrina: «Una vez calificados los hechos como falta por el Magistrado de lo penal, cerrado el trámite de las diligencias preparatorias, la competencia del Juzgado de Paz dentro del ámbito de la Ley de 24 de diciembre de 1962 es atribuible a éste, si se entiende que la seguridad de las personas o de los bienes, bien jurídico señalado en el artículo 1.º, subsume todas las infracciones cometidas en la conducción de vehículos de motor, aunque no sean los delitos descritos en los artículos 2.º y 3.º, derogado el 565 del C. P. por la Disposición Final 3.ª de aquella Ley especial, lo que equivale a sentar el principio del crimen de culpa, la imprudencia como figura penal con nombre propio de derecho: a tal concepto admitido por parte de resoluciones y doctrina, dada la gran apertura del citado artículo 565, en lugar de considerar lo culposo como especie positiva de la culpabilidad, la imprudencia, modo ejecutivo y su consecuencia de los delitos culposos por imprudencia, se opone la misma contextura de la citada Ley especial, pues se refiere en el artículo 1.º a determinadas conductas que responden al conducir con temeridad manifiesta y peligro concreto e inminente o a la conducción descuidada e infracción reglamentaria, aunque las lesiones sean leves; cuando no concurren estos presupuestos objetivos, las lesiones leves no quedan sujetas a la repetida ley, son lesiones del artículo 586 del C. P., y su enjuiciamiento corresponde al Juzgado Municipal por el Decreto orgánico de 24 de enero de 1947, artículo 9.º, a), al desarrollar la Ley de Bases de 19 de julio de 1944. (R. 1040 y Dic. 11872), criterio corroborado ahora en el artículo 4.º de la Ley de 8 de abril de 1967 (R. 700) para la futura competencia; procede por ello declarar la competencia del Juzgado Municipal número 2 de Burgos, al que se enviará las diligencias para su continuación.» (Sentencia de 5 de mayo de 1967.)

Acaba de declarar esta Sala en S. de 5 de este mismo mes y ahora vuelve a repetir que una vez calificados los hechos como falta por el Magistrado de lo penal, cerrado el trámite de las diligencias preparatorias, la competencia del Juzgado de Paz dentro del ámbito de la Ley de 24 de diciembre de 1962 es atribuible a éste, si se entiende que la seguridad de las personas o de los bienes, bien jurídico señalado en el artículo 1.º, subsume todas las infracciones cometidas en la conducción de vehículos de motor, aunque no sean los delitos descritos en los artículos 2.º y 3.º, derogado el 565 del C. P. por la Disposición Final 3.ª de aquella Ley especial, lo que equivale a sentar el principio del crimen de culpa, la imprudencia como figura penal con nombre propio de derecho. (Sentencia de 26 de mayo de 1967.)

B. *Acción civil*: a) *Reserva impropia*: La sentencia recurrida ha resuelto todos los puntos que fueron objeto de acusación y defensa, dada la forma en que se produjeron sus respectivas peticiones, especialmente en cuanto se refiere a la indemnización por los daños y perjuicios causados, pues no hay que olvidar que la acusación particular, ahora recurrente, en su escrito de conclusiones provisionales pidió simplemente que se condenase al procesado a pagar una indemnización de 28.106,72 pesetas y en el acto del juicio oral al elevarlas a definitivas, solicitó que en el caso de que no se fijaran en la sentencia la cantidad que solicitaba como indemnización,

se le reservase el ejercicio de la acción civil por la vía correspondiente, y como la sentencia de instancia condena a que el procesado satisfaga en concepto de indemnización al recurrente la cantidad de 5.200 pesetas, que es lo que interesó al Ministerio Fiscal, y declaró no haber lugar a la reserva de acciones solicitada por el recurrente quedaron resueltos todos los puntos de derecho planteados en el juicio, porque si bien es cierto que al artículo 112 del ordenamiento procesal vigente faculta al perjudicado para la renuncia o reserva de la acción civil, para ejecutarla después de terminado el juicio, esta reserva tiene que hacerse de manera expresa, como ordena el precepto citado, pero lo que no autoriza el mismo es que tal reserva se haga condicionalmente, para el supuesto de que no se le concediera todo lo que pedía, pues al ejercitar la acción penal y al propio tiempo la civil, queda vinculado en cuanto a ésta a lo que resuelva el Tribunal *a quo* respecto a la cuantía de la indemnización que haya fijado, en vista del resultado que ofrecieran las pruebas practicadas. (Sentencia de 8 de marzo de 1967.)

b) *Extensión de la responsabilidad civil*: Se dice que el hecho probado fija que los jornales dejados de percibir por el lesionado, fueron en cantidad inferior a la que se fijó como condena en concepto de responsabilidad civil, afirmación que se hace sin tener en cuenta que la responsabilidad civil no debe abarcar solamente el abono de jornales dejados de percibir, sino también a la indemnización de los demás daños, incluso los de carácter moral ocasionados por el delito, entre los que en este caso hay que tener en cuenta la enfermedad del lesionado, que duró 247 días, que debe jugar en la fijación de la cifra total de la cantidad objeto de indemnización, según tiene establecido, de conformidad con las disposiciones legales, la doctrina constante de esta Sala, de la que es última expresión la S. de 10 de marzo del presente año, ello aparte de que en definitiva el motivo de recurso viene a combatir la fijación del *quantum* de la indemnización, extremo que no puede ser objeto de la casación. (Sentencia de 15 de marzo de 1967.)

c) *Señalamiento de cuotas*: Se denuncia la infracción por su no aplicación de los artículos 21 y 22 del C. P. al no haber hecho la sentencia impugnada el señalamiento de cuotas a los responsables civiles, pero el preceptivo señalamiento a que se refiere el artículo 106 del mencionado ordenamiento punitivo, ha de entenderse para los casos en que haya terceros perjudicados extraños a la infracción, pero no cuando son los perjudicados los propios culpables del mismo y único delito a cuya comisión contribuyeron ambos con sus actos descuidados o negligentes, pues en este supuesto que es el que se contempla, carecen de acción el uno con respecto al otro, porque los dos están incurso en culpa originaria de los daños causados. (Sentencia de 19 de enero de 1967.)

4.—ACTOS DEL PROCESO PENAL: *Redacción de los escritos*: Los escritos judiciales deben redactarse con la máxima corrección y el debido respeto a la Administración de Justicia y a sus autoridades y funcionarios. (Sentencia de 6 de marzo de 1967.)

5.—EL PROCESO PENAL «STRICTO SENSU»: A.—*Iniciación del proceso penal: Denuncia condicionante*: El procesado S. D. R., realizó con seis niños menores de doce años los actos deshonestos que se detallan; incoado el sumario a virtud de la denuncia de M. B. B., padre del menor, M. B. S., el Instructor extendió la investigación sumarial a los hechos que afectaban a los otros menores, para abarcar toda la actuación del inculpado, dictando auto de procesamiento contra el mismo por la pluralidad de actos libidinosos realizados con todos aquellos; con posterioridad a esa resolución los padres y representantes legales de todos los menores le otorgaron su perdón expreso, manifestando su deseo de que no se persiguieran los hechos realizados por el procesado, lo que determinó que el sumario fuera elevado por el Instructor a la Audiencia, a efectos de su aprobación, a la que se opuso el Ministerio Fiscal, haciendo constar expresamente que asumía la representación de todos y cada uno de los menores ofendidos, denegándose por la Sala la aprobación del perdón otorgado, ante la trascendencia de los hechos, por alcanzar a tan considerable número de ofendidos, en virtud de lo cual se continuó el procedimiento, representando a todos ellos el Ministerio Fiscal.

Condenado el encausado, como autor de seis delitos de abusos deshonestos del artículo 430 en relación con el 429, caso 3.º, ambos del C. P., a las penas correspondientes, recurrió en casación alegando la infracción, por aplicación indebida, de los párrafos 1.º y 3.º del artículo 443 del citado Código. El T. S. rechaza el recurso con base a la doctrina siguiente: La sentencia recurrida no incurre en la infracción del artículo 443, párrafos 1.º y 3.º del C. P., porque en cuanto al hecho de que fue sujeto pasivo el menor M. B. S., ya medió la denuncia de su padre M. B. B., y en cuanto a los demás menores ofendidos, la falta de denuncia previa quedó convalidada por la manifestación del Ministerio Fiscal reflejada en los hechos declarados probados, formulada al amparo del párrafo 2.º del citado artículo, por ser todos los ofendidos menores de dieciséis años, siendo ociosa, por lo tanto, la cuestión planteada en el motivo segundo, acerca de si las personas agraviadas eran de todo punto desvalidas; doctrina mantenida por esta Sala, entre otras en la sentencia de 3 de diciembre de 1958 (Sentencia de 16 de enero de 1967.)

Se alega la infracción del artículo 443 del C. P., al hacerse constar en el encabezamiento de la sentencia recurrida que la causa se siguió de oficio; frase que no demuestra, no procediera la denuncia que determina el precepto penal aludido, es muy distinto iniciar que seguir, máxime en delitos como el de estupro, que no es necesaria la querrela para incoar el sumario, basta la simple denuncia verbal, conforme a lo establecido en el artículo 265 de la Ley procesal y una vez iniciado el procedimiento, la tramitación es de oficio, como así lo tiene declarado la doctrina de esta Sala, pero es más, aun suponiendo que hubiera podido haber algún defecto inicial, ha quedado sobradamente subsanado en el ofrecimiento de acciones al representante legal de la víctima y a que después se haya mostrado parte en la causa, con Abogado y Procurador que la defendiera y representara, para coadyuvar en el esclarecimiento de los hechos e impetrar el castigo del procesado. (Sentencia de 6 de mayo de 1967.)

El delito de estupro-incesto del artículo 435 del C. P., que defiende por encima de todo bien protegido la *commixtio sanguinis*, lesionada por los sujetos que yacen, litigados por relación muy cercana de consanguinidad, requiere al igual que los demás semi-privados, que con posterioridad a la reforma del artículo 443, manifiestan amplias facetas de defensa de derechos públicos, y según dicha norma, la condición procesal de punibilidad, de que para proceder y castigar por los estimados como tal, se ejercite denuncia, de manera excluyente y disyuntiva, en primer lugar, por la persona agraviada, que sea capaz de ejercitar los derechos, en su defecto, de su cónyuge, ascendiente, hermano, representante legal, o por fin, del guardador de hecho de la víctima inválida, si bien los párrafos 2.º y 3.º de la norma últimamente citada, conceden en el supuesto de ofensa a menores de dieciséis años, la facultad potestativa de denunciar los hechos al Ministerio Fiscal, a la Junta de Protección de Menores o a los Tribunales Tutelares de éstos, y sólo al primero de ellos, además de al Juez procediendo de oficio, en los casos de personas de superior edad, cuando en su juicio estimen oportuna la defensa de una persona agraviada, que fuere desvalida; concepto éste de desvalimiento, que no puede circunscribirse a actuación sustitutiva, sólo para el supuesto de inexistencia de los parientes citados en la norma, sino que opera, cuando concurriendo éstos, no protejan, tutelen o amparen, debiendo hacerlo racionalmente, a la mujer ofendida o incapaz, por su imperdonable omisión o desinterés o por atender maliciosamente a otros intereses en juego, con postergación de los prevalentes de aquélla, creando un impunismo que perjudica perennes derechos individuales familiares y sociales, y el patrimonio ético de todas estas personas o agrupaciones, pues en tales casos de ausencia de amparo o protección de la persona desvalida, por inercia injusta o por contraposición de intereses personales o familiares, frente a los prevalentes de la ofendida y los comunes, debe ceder en favor de la acción pública y discrecional del Ministerio Fiscal, la preferencia marcada por la ley para supuestos normales. En el caso de examen, al ser recluida la menor, objeto pasivo del incesto, en un Centro de Protección a la mujer, cuando tenía dieciocho años, luego de haber estado tres en un Colegio particular, y siempre a instancia de unas tías que conocían su relación carnal, desde antes de tener aquélla quince años, con su padre, por confesión de la muchacha, y que adoptaron tales medidas para evitar su nefasta continuidad, se puso de relieve, por declaración de la ofendida, la realidad de los hechos incestuosos —indiscutidos en el recurso— pasando testimonio de la declaración prestada al Ministerio Fiscal de la Audiencia Territorial, que con oficio lo envió al Instructor, pidiéndole la incoacción del sumario a su instancia, y acusando luego por tal delito con exclusividad, por lo que recayó sentencia condenatoria, al no aprobar el Tribunal el perdón que la menor y su madre concedieron; y es bien cierto, que de estos hechos deriva, que la perjudicada no poseía capacidad para denunciar, y que cuando se produjo la incoacción de la causa tenía dieciocho años, pero como su padre era el ofensor y no podía exigirsele una autoacusación, y su madre, coparticipe de la patria potestad con aquél, carecía de libertad espiritual para acusar a su marido, por su situación ambivalente, entre defender a una hija, que irremediablemente se hallaba perjudicada en intereses sagrados e irreversibles, y castigar al ofensor, con quien tan unida se encontraba,

con agravio propio para ella misma extensivo a la familia por el baldón que representaría, aquélla impuso su inercia, sacrificando un mal hecho a otro mal que ella debía provocar, por lo que lo lógico es, estimar a la hija desvalida, desamparada y destutelada, concediendo la facultad representativa al Ministerio Fiscal, que juntamente con su denuncia y acusación ejercitó, para proteger a una menor que lo merece y para dar relieve a unos intereses comunes y sociales y hasta familiares gravemente lesionados, con el castigo de una acción deshonesta, que ha preterido la dignidad de un hogar, y significa una afrenta irreparable para un ser, en ciernes de mujer, a quien se ha causado un traumatismo psíquico y moral profundísimo y de imposible liberación futura, precisamente por la persona que más obligada estaba a su educación, defensa, moralización y dirección, por ser su padre; razones todas que impiden acoger el primer motivo del recurso de fondo, que creía indebidamente aplicado el artículo 443 citado, ya que por lo demás, los hechos, no los denunció el Patronato de la mujer, como alega el recurrente, sino el Ministerio Fiscal, aunque a éste le comunicara la noticia de los hechos aquél en su conocimiento, actuando la representación pública con indudable legitimación, poniendo en marcha, la indispensable condición procesal de punibilidad ya aludida. (Sentencia de 27 de junio de 1967.)

B.—*Instrucción preliminar: Personalidad del delincuente: Certificación de antecedentes penales:* Aunque el artículo 379 de la Ley Procesal Penal se refiere a que los antecedentes penales deben pedirse exclusivamente al Registro Central, las disposiciones administrativas correspondientes han tratado de coordinar el citado Registro Central con la realidad, para los casos que no consten en aquél los antecedentes que puedan no haber sido anotados en el mismo, y la propia doctrina de esta Sala ha establecido, que el contenido del citado precepto legal no impide que se acojan las certificaciones referidas a los antecedentes que consten en Juzgados y Tribunales, que se hayan aportado a la causa de modo independiente de las certificaciones del Registro Central, según expresan, entre otras, la decisiones de 21 de junio de 1943, 6 de febrero y 12 de diciembre de 1953 y 13 de enero de 1954. (Sentencia de 15 de febrero de 1967.)

C. *Desarrollo normal del proceso: Prueba:* a) *Proposición extemporánea de prueba:* Si bien es cierto que la parte propuso en su escrito de conclusiones provisionales entre otras pruebas, la documental consistente en una factura que presentó, del importe que dice satisfizo a un taller de Francia por la reparación que le hicieron en su vehículo, en dicho escrito no solicitó que la factura en cuestión fuere averada por la persona que la autorizaba; se admitió toda la prueba propuesta en el correspondiente auto, uniéndose al rollo la factura mencionada, y señalando el juicio oral para el 10 de diciembre de 1964, se acordó la suspensión al dar principio el mismo, a instancia del acusador particular, por la incomparecencia del perito que había propuesto para la valoración de los daños, pero sin que entonces se hiciera petición alguna respecto al reconocimiento de la factura por su expedidor; se hizo nuevo señalamiento para celebración del juicio oral el 18 del mismo mes de diciembre, y el día 16 después de las horas de audiencia, como acredita la diligencia puesta por el Secretario, se pre-

sentó escrito por la acusación, solicitando se suspendiera el señalamiento y se librara exhorto a Francia para la ratificación del contenido de la factura por la persona que la firmó, a lo que por Auto de la Sala se declaró no haber lugar por no ser conforme con lo dispuesto en el artículo 798 de la Ley Procesal, contra cuya resolución no se entabló recurso alguno ni consta en las actuaciones que se formulara reclamación a ulteriores efectos, y celebrado el juicio oral en el día señalado, no consta en el acta, que del mismo se extendió y que se tiene a la vista, que se hiciera protesta alguna sobre este particular que se reprodujera la petición, ni que de nuevo se solicitara la suspensión del juicio, por lo que es visto que el recurrente, no cumplió con el requisito que, para que pueda prosperar la casación por quebrantamiento de forma, exigen, como previo o indispensable, el último párrafo del artículo 855 y el cuarto del 659, ambos de la L. E. Crim., y que, por su carácter general, son aplicables tanto al procedimiento ordinario como al de urgencia. (Sentencia de 8 de marzo de 1967.)

b) *Valoración*: La prueba en el proceso penal no está tasada, ni limitada más que por la conciencia de los juzgadores. (Sentencia 23 de enero de 1967.)

Cualquiera que sea la índole y clase de las pruebas practicadas en el juicio oral, el Tribunal de instancia tiene facultad para apreciarlas libremente conforme a su conciencia que es el único faro que, conforme al artículo 741 de la L. E. Crim., ha de servirle de guía en esta delicada materia, y que, al propio tiempo, limita su actuar, sin que venga obligado por ningún principio de prueba sistematizada, ni por reglas de análisis preestablecidas, que por su propia naturaleza constituirían una limitación de la soberanía que le otorga la ley; por lo que se deduce que no ha podido infringir, por no tener que cumplirlo, lo prevenido en los artículos 1249 y 1253 del C. Civ., referente a las presunciones. (Sentencia de 24 de enero de 1967.)

c) *Medios*: a') *Personales*: *Careo*: Tanto en el procedimiento ordinario como en el procedimiento de urgencia, con arreglo al artículo 729 y reiterada doctrina de esta Sala que lo interpreta, es facultad discrecional del Presidente del Tribunal de instancia negar o conceder los careos de los testigos entre sí o con los procesados, sin que por tal discrecionalidad la celebración o el ser denegados constituya materia de casación. (Sentencia de 26 de junio de 1967.)

b') *Inspección ocular*: Como reiteradamente ha declarado esta Sala, incluso en recentísima fecha, la inspección ocular practicada por el Instructor con todos los requisitos formales que la Ley previene, es documento auténtico y como tal debe producir sus efectos, en cuanto se limita a constatar datos puramente objetivos y perceptibles por los sentidos de las particularidades del lugar de autos, y que el Juez, en su función privativa, hace constar en el correspondiente acto adverado por la fe del secretario, y no lo es, en cuanto las apreciaciones críticas y subjetivas que indebidamente hiciera el Instructor en el referido acto que no es, como se ha mantenido, lugar adecuado para hacer apreciaciones probatorias el órgano judicial. Otro tanto puede decirse de los croquis que directamente o bajo su

inmediata supervisión levanta el propio Instructor que en cuanto sean meramente «descriptivos» y para facilitar una representación gráfica al Tribunal Superior que de ordinario no puede observar el precitado lugar de autos en directa intermediación son auténticos; no siéndolo por el contrario, los croquis «interpretativos» confeccionados para fijar posiciones de las partes o testigos o para expresar hipótesis sobre la forma cómo se desarrolló el hecho inculminado, en rigurosa función de apreciación de pruebas. (Sentencia de 18 de abril de 1967.)

c') *Reales; Documentos; Valor de las fotocopias*: Según reiteradamente ha declarado esta Sala, una fotocopia no es, por razones obvias de su fácil alteración y la posibilidad de composiciones fotográficas modificadoras de su verdadero texto; no siendo la forma legal predeterminada de aportar documentos públicos al proceso, y aunque en la práctica vengan admitiéndose y produciendo efectos probatorios, no puede pretenderse en el trance solemne de la Casación que se mantenga, dada la trascendencia de tal declaración, que una fotocopia es documento auténtico desde un punto de vista formal y extrínseco, sin cuya autenticidad formal previa es imposible afirmar tampoco la autenticidad material. (Sentencia de 30 de mayo de 1967.)

D.—*Desarrollo anormal del proceso; Crisis procesales*: a) *Crisis subjetivas; Recusación*: a') *Interés directo o indirecto en la causa*: El interés directo o indirecto en la causa 9.ª del artículo 54 de la L. E. Crim., como circunstancia impeditiva de la legitimación de Magistrados o Jueces para conocer en procedimiento criminal, se desdobra por aquellos adjetivos en dos órdenes de sentimientos contrarios a la serenidad e imparcialidad de juicio, esperanza de beneficio propio de cualquier índole, material o espiritual, sentimiento egocéntrico frente al movimiento anímico desinteresado, altruista, afecto, adhesión, simpatía; hechos o estados psicológicos más poderosos que la tendencia profesional hacia la recta administración de justicia; han de probarse al recusar sobre datos revelados por sí mismos, independientes de las deducciones suspicaces que ponen en tela de juicio la voluntad maliciosa recusable o amplitud inmoderada de conciencia, e implican acusación indirecta contra el que no halló sobre tales datos motivo para abstenerse.

Pertenecer a la Acción Católica no denota sumisión profesional u obstáculo al recto cumplimiento de los deberes del cargo, antes bien, en garantía del más cuidadoso quehacer en la vida privada y pública, base exigida de suyo para fines de perfección y labores de apostolado, y no hay ligazón lógica, moral o religiosa para deducir un interés directo o indirecto en el Instructor que cifra su nombramiento en la organización por méritos contraídos y reconocidos por el recurrente; B) tampoco la denuncia formulada en el Obispado en virtud del fuero personal del acusado aparece alguna de interés en el Magistrado, ya que la actuación misma diocesana es trámite concordado y correspondiente a la naturaleza de la persona y del delito, sin atisbo de animosidad o interés suprallegal; las alegadas irregularidades, por diligencias particulares practicadas antes de ratificarse los denunciadores, desconocen las normas de los artículos 269 y 308 de la L. E. Crim., y no demuestran otro interés que el estricto ejercicio de la función instructora ordenada: razones para desestimar el único motivo por infracción del

artículo 54 de la citada Ley Procesal, sin acogida por la causa 4.ª del artículo 884, en relación con el número 2.º del 874, ambos de repetida Ley. (Sentencia de 12 de junio de 1967.)

El interés directo o indirecto en la causa, que el número 9.º del artículo 54 de la L. E. Crim. establece como legítima causa de recusación contra Magistrados y jueces, cualquiera que sea su grado y jerarquía, es aquel que afecta íntimamente a la persona privada del recusado con apariencia, al menos, de trascender sobre su voluntad para desligarle de su primordial deber público de hacer imparcial justicia en el caso concreto sometido a su conocimiento y competencia; situación aparente o real, que destruyen la confianza que la autoridad judicial ha de inspirar a los justiciables; y como en el caso sometido a nuestro examen y censura no podía afectar a la honorabilidad del Juez recusado el que fuera cierta la manifestación atribuida al recurrente de haber solicitado determinada cantidad a una persona para entregarla al Juez Especial de Vagos y Maleantes con el fin de arreglar un asunto judicial, ya que lo que podía quebrantar su prestigio es que se hubiese dicho que la solicitud se hacía mediante su previa conformidad, y como, además, para aclarar estos extremos y exigir, en su caso, la correspondiente responsabilidad se envió testimonio de los particulares necesarios al Juzgado de Instrucción de Pamplona, quedando limitado el expediente de Vagos y Maleantes, según la denuncia del Ministerio Fiscal, a indagar y comprobar si el hoy recusante estaba comprendido en la categoría de estado peligroso prevista en la causa 10 del artículo 2.º de la Ley de 4 de agosto de 1933 por su conducta reveladora de inclinación al delito; es decir, dos cauces distintos con objetivos finalistas dispares, pues el sumario tiende a catalogar un hecho y su autor y el expediente de peligrosidad a examinar una conducta y tratar de corregirla y enmendarla para lo sucesivo, si es calificada de peligrosa para la sociedad; por todo lo cual ha de rechazarse el motivo. (Sentencia de 27 de marzo de 1967.)

b') *Pronunciamiento sobre costas*: El artículo 70 de la Ley procesal dispone la condena en costas al que hubiere promovido la recusación cuando ésta sea denegada; y para el caso de apreciarse que obró con temeridad o mala fe, previene, que, además se le imponga una multa de la cuantía que señala; y como no hay datos fácticos que pongan de manifiesto la temeridad o la mala fe, ha de acogerse el motivo del recurso. (Sentencia de 27 de marzo de 1967.).

c') *Relación con el delito de desacato*: Se declara probado que con el número 70 de 1963 el señor Juez de Instrucción de G. siguió sumario por desacato a su misma autoridad contra el hoy también procesado Isidro Z. F., quien, durante la Instrucción sumarial suministró a su entonces Letrado y hoy co-procesado don Julián V. S. unos informes y datos, que el citado Isidro atribuía al señor Juez en referida Instrucción, consistente en los extremos que más adelante se especificarán tomándolos literalmente del documento en que fueron consignados. El Letrado procesado no hizo uso, de momento, de tal información, ni obstaculizó la marcha del sumario, y ya concluso éste, abierto el juicio oral y calificada la causa por el Ministerio Fiscal, al pasársele las actuaciones en trámite de instrucción —calificación,

por ser de urgencia—, presentó escrito ante la Sala en el cual comenzaba por hacer alusión a un pleito civil que Isidro Z. había mantenido bastantes años antes contra el señor B. y que perdió, porque otro Juez había dictado sentencia «cuya justicia notoria (sic) por ir contra lo establecido en Ordenes Ministeriales de... que declaran los olivos de interés nacional». Y continuaba con la inserción de los demás datos e informaciones que de su cliente había recibido, añadiendo que «el día de la detención del procesado (refiriéndose siempre al sumario núm. 70), durante su declaración y antes de resolver en el sumario, se ausentó S. S. del Juzgado, conferenciando en el Casino de C. previamente haberse citado telefónicamente, con los mencionados íntimos del señor B. ...;» agregaba que el Instructor «tenía interés directo en la causa, por ser el ofendido: «amistad íntima con quienes su defendido tiene enemistad manifiesta»; «que el Juez es al mismo tiempo denunciador». Todo ello para suplicar «que se estimaran procedentes las causas de recusación alegadas, dándose por recusado el Juez Instructor», y «en caso contrario, ordenar la formación de pieza separada con este escrito y el auto denegatorio de inhibición». Condenados los encausados como autores de un delito de desacato a la autoridad del artículo 244 del C. P., a las penas correspondientes, recurrieron en casación. El T. S. estima parcialmente los recursos, sentando la doctrina siguiente: «Cualesquiera que sean los efectos procesales que el Tribunal ante el que se presentó diera al escrito formulado por el procesado, Abogado director del asunto en el que fue presentado y que redactó con los datos que le tenía facilitados su cliente, el otro procesado, es lo cierto que el deseo de ambos era recusar al Juez que había intervenido en el sumario y este primordial propósito no puede quedar desvirtuado y hacer perder su carácter de escrito recusatorio al aludido, por la circunstancia de que la Audiencia lo considerase extemporáneo y sin más trámites acordase su remisión al Juez Instructor para la exigencia de la responsabilidad penal, lo que no es momento a dilucidar, y con estos antecedentes y siempre en el supuesto de que para los recurrentes se trataba de un escrito de recusación en el que tenían que verter hechos que creían ciertos y que dada la naturaleza del escrito y la tramitación especial que legalmente creían le correspondía, venían obligados a probar lo afirmado con las consiguientes responsabilidades, incluso de índole penal, si no acreditaban la certeza de sus dichos. (Sentencia de 6 de marzo de 1967.)

b) *Crisis objetivas: Conformidad del acusado*: Este acto de disposición procesal encaminado directamente al proceso mismo, a su alteración en el desarrollo normal para terminarlo, prescindiendo del juicio oral, no es un acto dispositivo, declaración de voluntad sobre el contenido, que no vincula por ello al Tribunal a quien cabe la posibilidad para desatenderla, si estima que los hechos no son dlictivos o no en el grado acusado y puede absolver o imponer pena menor; pero los efectos de esta llamada confesión, considerada o no como prueba, sobre los puntos resueltos por la mutua conformidad no cabe discutirlos en casación, según resoluciones de esta Sala, Sentencias de 14 de noviembre de 1906 y 29 de enero de 1935. (Sentencia de 23 de junio de 1967.)

Es la conformidad acto dispositivo formal si reúne las condiciones de personal, pura, completa e indivisible y no está sujeta a las limitaciones del artículo 614 de la L. E. Crim. y causa los efectos del párrafo 2.º del artículo 655 de la dicha Ley; el Tribunal dictará sin más trámites la sentencia. (Sentencia de 6 de marzo de 1967.)

c) *Artículos de previo pronunciamiento: Perdón del ofendido*: Se extingue la responsabilidad penal por el perdón, condicionado a la audiencia del Ministerio Fiscal y a la aprobación de la Sala, supuestos negativos los dos en este caso; este derecho puede ejercitarse en cualquier momento del proceso y aún durante la ejecución de sentencia por abusos deshonestos, mas no consta cuándo se perdonó y si no puede negarse que fue con antelación a las conclusiones definitivas del acusador público en las cuales se opone a esta gracia privada, es trámite inmediato al fallo en el que se consideran las razones para denegarla de acuerdo con el artículo 443, párrafo 5.º, en el C. P.; en el considerando 3.º se declara lo improcedente de admitir el perdón y, en consecuencia, califica y condena en forma que respaldece la desaprobación. (Sentencia de 8 de junio de 1967.)

d) *Crisis de la actividad: Suspensión del juicio oral*: a) *Al amparo del número 3.º del artículo 746*: Aunque revisable en casación, es facultad potestativa o discrecional del Tribunal de instancia, la de acordar o no la suspensión del juicio oral por incomparecencia de un testigo, y si de manera restrictiva se interpreta por esta Sala, el número 3.º del artículo 746 de la L. E. Crim., más restringidamente ha de ser el criterio hermenéutico, para el procedimiento de urgencia creado por la Ley de 8 de junio de 1957, y para el nuevo artículo 801 de aquella normativa penal, ya que la indefensión que para el reo produzca la ausencia del testimonio y de la no suspensión, sin pruebas presuntivamente favorables, ha de ser relevante, y además ha de resultar indebida la estimación del tribunal, de considerarse suficientemente informado con las justificaciones practicadas, para formar juicio completo sobre los hechos, no pudiéndose contrariar su convicción psicológica sino en virtud de causas graves y de entidad. (Sentencia de 10 de junio de 1967.)

b) *Al amparo del número 6.º del artículo 746*: El precepto del artículo 850, número 1.º, se refiere a diligencias de prueba propuestas en tiempo y forma, y denegadas por el Tribunal; caso distinto del que motiva el recurso que contempla la no suspensión del juicio oral para la práctica de una instrucción suplementaria, sobre el estado mental del procesado, que ya fue alegado en trámite de calificación provisional acompañando el certificado médico correspondiente, documento que fue admitido como prueba; por lo que, no se trataba de revalidaciones o retractaciones inesperadas que produjeran alteraciones substanciales en el juicio, que es el caso previsto en el número 6.º del artículo 746 de la referida ley que en el recurso se cita como infringido, sino corroboración o ampliación de prueba sobre un hecho que ya había sido alegado anteriormente y sobre el cual pudo articularse la prueba que se hubiera creído oportuna, y no hacerlo estemporáneamente en el acto del juicio; denegación, que además de ser facultativa del tribunal, según el artículo 747, no produjo indefensión al acusado, porque ese «cambio

de personalidad con amnesia enterógrada en la fecha del accidente» la sentencia lo da como existente en la declaración de hechos probados, admitiendo la certeza de lo que se pretendía acreditar con la instrucción solicitada. (Sentencia de 3 de febrero de 1967.)

E.—Terminación del proceso: Sentencia: a) *Declaración de hechos probados:* No consiste el respeto a los hechos probados en la reiterada manifestación de guadarle, sino en la efectiva sumisión a ellos. (Sentencia de 16 de enero de 1967.)

En el artículo 142 de la L. E. Crim., obra el deber de los Tribunales para declarar los hechos despues de comprobada su certeza mediante la prueba, a fin de que la representación mental del juzgador coincida con la realidad misma, y han de reunir tales hechos todos los elementos necesarios para conocer la antijuridicidad e imputabilidad de la acción; por eso la existencia de una clínica dedicada exclusivamente a prácticas abortivas, con material y medicamentos destinados a este propósito, así como la organización adecuada del personal no completan la figura del aborto, delito de resultado que se consigna con los vocablos de «causare», «ocasionado» y «produjere», término de una acción trascendente y no sólo peligro o disposición, ni meras prácticas abortivas; pero en la sentencia, no como simple presunción, sino como realidad demostrada, se dice que fue realizado gran número de abortos, mas no designa los sujetos activos, puesto que los médicos se alternaban y no especifica cuántas veces operó cada uno, tampoco los sujetos pasivos quedan determinados, no constan los consentimientos, los resultados lesivos o no, los delitos posibles e imposibles, en fin, no expresa los presupuestos objetivos referentes a cada figura penal y no presenta los hechos completos en lo objetivo ni en lo subjetivo para ser certeramente valorados. Por otra parte, los configura en unidad de acción como varios actos parciales de un solo impulso volitivo en prosecución o renovada resolución de actuar en una línea propuesta, con homogénea ejecución y sobre una figura penal única; pero, al quedar indeterminado el objeto concreto de ataque, la persona de la mujer y del ser que como esperanza de vida o vida incipiente son titulares, sujetos pasivos principales en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que sólo de modo indirecto admite a la sociedad con su bien demográfico, falta este elemento primordial para admitir el delito continuado; y procede estimar el motivo. (Sentencia de 26 de enero de 1967.)

Se denuncia que la Sala sentenciadora, no expresa clara y terminante cuáles son los hechos que se consideran probados, pues dice, la resultancia fáctica se limita a dar como tales los mismos admitidos por el Ministerio Fiscal, en su escrito de conclusiones, empleando los mismos conceptos, y utilizando, incluso, las mismas frases que la acusación pública, y ha de rechazarse porque no hay ningún precepto que impida al Tribunal a reproducir, incluso literalmente, los hechos formulados por alguna de las partes que intervienen en el proceso, acusaciones, pública y privada, y defensas, y elevarlos a la categoría de probados, si en conciencia estima que lo están. Y acepta su redacción por contener todos los elementos y datos necesarios para el claro conocimiento del suceso y para su valoración jurídica. (Sentencia de 6 de febrero de 1967.)

La no coincidencia exacta del relato de hechos probados con lo manifestado en la denuncia no es materia del recurso de casación, ya que el Tribunal narra lo sucedido en la forma en que estima acaeció, sin tener que sujetarse a lo que dijera el denunciante, porque éste se limita a denunciar el atentado a la honestidad de su esposa, atentado que ha de ser después matizado debidamente en el curso de las actuaciones en sus detalles y circunstancias. (Sentencia de 24 de febrero de 1967.)

Si de la simple lectura basta para cerciorarse de quiénes son los sujetos activo y pasivo, el bien jurídico protegido, el objeto de ataque en la propiedad industrial y las circunstancias de la acción; el juzgador de instancia dio perfecto cumplimiento a lo mandado por la regla 2.^a del artículo 142 de la L. E. Crim. (Sentencia de 13 de marzo de 1967.)

Para que se estime con suficiente justificación el quebrantamiento de la regla 2.^a del artículo 142 de la L. E. Crim., es preciso la ausencia de hechos probados, y como en el correspondiente resultando de la sentencia impugnada aparecen acreditados unos hechos dados como tales, el que se le agregue, además, una cláusula negativa, de no estar probados que se profiriesen otros conceptos, que son los que mencionada representación estimó injuriosos, y por ende criminales, al no constar los mismos, dada la insuficiencia de prueba, confesada por la Sala, esta manifestación negativa no invalida aquella declaración fáctica positiva limitada a lo que la sentencia estimó probado, la manifestación de extrañeza por la presencia de la querellante en aquella casa que pertenecía a la familia de la querellada, pues el Tribunal sentenciador no podía añadir más si no obtuvo su constancia del conjunto de las pruebas practicadas. (Sentencia de 18 de marzo de 1967.)

Manda el artículo 142 de la L. E. Crim., en su número 2.º, se expresen clara y terminantemente los hechos que estimen probados, en un doble sentido: explícita declaración respecto a los que describa como tales y con claridad entre ellos, por lo que cumplió la primera formalidad al encabezar el relato con las palabras «probado y así se declara», y con la segunda, pues enumera los sujetos, la llamada telefónica para cerrar las barreras, la tardanza en ejecutarlo y el accidente, con la circunstancia de ser obrero al servicio de Hullera Española; sin oscuridad alguna, la cual consiste según el motivo en no haber recogido el expediente ni la sanción que la Sociedad Hullera instruyó e impuso al inculpado, con doble error porque tal procedimiento interno de la empresa es posterior al hecho, no es el acto mismo, será una valoración privada que no interviene como hecho en la conciencia del Tribunal provincial y no está procesalmente utilizado con el artículo 851 para corregir tal omisión, pues la falta de hechos, si lo fuera, se acredita con el número 2.º del artículo 849, y, por otra parte, no está el Tribunal obligado a relatar todos los hechos alegados, sino los que considere pertinentes para completar la realidad de lo sucedido y fundar el fallo; y tampoco ha de mantenerse que fuese punto propuesto y no resuelto, porque esta condición afecta sólo a los de derecho en su enjuiciamiento con las normas. (Sentencia de 7 de abril de 1967.)

Los Tribunales de instancia sólo vienen obligados a relacionar aquello que estimen probado, necesario y suficiente para la debida calificación de

los hechos, sin que sea preciso que hagan suyos los que plantearon las partes, si no reúnen aquéllos conjuntas circunstancias de probanza, necesidad y suficiencia para calificar; y como en el considerando primero de la resolución impugnada se recoge el hecho de la imprecisión o desconocimiento de la realidad de la deuda, ni por ende, si la cantidad que el prestamista reclama en el correspondiente procedimiento judicial sumario, es superior a la que el prestatario le debe y con tal reclamación pretende defraudarle, es indudable que estos datos *de facto* contenidos en inadecuado lugar de la sentencia recurrida, son los que la Sala estimó probados, y necesarios y suficientes para calificar, absorbiendo de la tentativa de estafa, en contra de la opinión acusatoria. (Sentencia de 8 de abril de 1967.)

Es muy deseable, que las sentencias de las Audiencias, al dar cumplimiento a la obligación de consignar los hechos probados, derivados de las pruebas practicadas y valoradas en soberana apreciación de conciencia, que finalmente representan su psicológica convicción, y que imponen los artículos 142 y 741 de la L. E. Crim., deben reflejar con claridad y precisión el acaecimiento ocurrido en la vida real, que constituya la premisa mayor de su decisión, estableciendo el mayor número de circunstancias conocidas y necesarias, para concretar positiva o negativamente, la posterior y delicada función calificadora o tipificadora penal, en posesión del más completo arsenal de datos, que pueda conducir a establecer adecuadamente el juicio de valor decisorio penal, siendo muy relevante esta exigencia cuando se trate de delitos de imprudencia (Sentencia de 19 de junio de 1967.)

b) *Planteamiento de la tesis:* Versa el motivo primero por quebrantamiento de forma sobre la conformidad obstativa del acusado en el juicio y su poder vinculante para el juzgador de instancia, sobre la eficacia de este acto dispositivo procesal como excepción del principio de legalidad, eje del procedimiento punitivo en nuestro sistema; no se verificó tal conformidad en las conclusiones provisionales ni en el juicio hasta las definitivas, porque en las primeras la acusación era por robo y la pena de presidio mayor, llegando en estas últimas el Ministerio Fiscal a modificarlas, cambiar la calificación a la de hurto con pena de un año de presidio menor, conclusiones a que se conformó verbalmente la defensa y el acusado nada añadió cuando fue preguntado, y siguió el fallo que condena por hurto a la pena de cuatro años de presidio menor.

En la conformidad acto dispositivo formal si reúne las condiciones de personal, pura, completa e indivisible y no está sujeta a las limitaciones del artículo 614 de la L. E. Crim. y causa los efectos del párrafo 2.º en el artículo 655 de dicha Ley: el Tribunal dictará sin más trámites la sentencia; el momento de la conformidad en juicio dentro del procedimiento de urgencia está regulado por el artículo 800 de la repetida Ley, y en su regla 3.ª preceptúa la formulación por escrito de las conclusiones definitivas. Sobre estos preceptos, el motivo primero por quebrantamiento de forma suscita dos temas: el momento de la conformidad en juicio y su influencia sobre el fallo: como acto de disposición procesal que altera el desarrollo ordenado del proceso ha de hacerse cuando éste consienta su paralización, por eso tiene su lugar en las conclusiones provisionales, y evita la celebración de la vista.

o al contestar al Presidente cuando la entidad de la pena lo permite, mas una vez se hayan terminado las actuaciones del juicio oral, como sucede en el procedimiento de urgencia y a seguido haya de dictarse sentencia resulta estéril tal acto, porque sin conformidad o con ella el proceso finaliza con la resolución, los efectos procesales paralizantes son nulos, pero habrá de admitirse que es momento posible para formularla, pues si al acusador es dable mantener o modificar la calificación o pena, establecer el término primero de la relación procesal, no existe causa para impedir que el defensor determine el segundo, conforme o divergente con la acusación; sin embargo, la eficacia sobre el fallo, mientras se mantenga la calificación de los hechos y sea la conveniente a juicio del Tribunal, la conformidad no vincula al sentenciador el cual puede moverse dentro del grado; esto hizo la Audiencia, resolvió sobre calificación y pena dentro de sus facultades, no infringió el artículo 851, en su número 3.º, de la Ley procesal criminal y no procede el motivo primero, advertido, además, que la parte defensora no formuló por escrito sus conclusiones definitivas conformes y el procesado no manifestó su expresa conformidad, limitado a no añadir nada a lo dicho por su defensor. No asiste razón al inculpado en su segundo motivo, de la misma naturaleza procesal, cuando sostiene que el Tribunal para sancionar con pena mayor a la pedida debió utilizar el artículo 733 de la siempre mencionada Ley, pues este precepto se refiere a la calificación con manifiesto error; la calificación por hurto es la conforme de las partes y admitida por la Sala sentenciadora, mientras que, sea o no la punibilidad elemento del delito en abstracto, como amenaza de pena, se halla recogida en el artículo 1.º del C. P. y puede ser considerada como real y concreta en su medición que se referirá al hecho y a la personalidad del autor, dentro del marco del artículo 27, dejado el cuánto a los artículos 58 con los siguientes y en especial a la regla 4.ª del 61, arbitrio judicial que no implica mayor o menor gravedad en el delito para calificarle, sino aplicación de las normas de justicia y utilidad social, no recurribles. (Sentencia de 6 de marzo de 1967.)

c) *Pronunciamiento sobre costas*: La sentencia de la Audiencia condenó a la procesada M. S. C., como autora de un delito de adulterio a la pena correspondiente y al pago de la mitad de las costas. Asimismo absolvió a la mencionada procesada del delito de abandono de familia y al procesado J. H. A., del delito de adulterio de los que se les acusaba por la parte querrelante. Contra la expresada resolución la representación de la encausada recurrió en casación alegando la infracción, por interpretación errónea, de los artículos 109 y 110 del C. P.

El T. S. estima el recurso y condena a la procesada al pago de una cuarta parte de las costas ocasionadas, declarándose de oficio los otros tres cuartos, manteniendo la doctrina que sigue: Junto a las responsabilidades civiles derivadas del delito coloca el C. P. en el Título IV del Libro I las costas procesales, revestidas por su posición sistemática del carácter de consecuencia patrimonial por ejercicio privado o público de la acción penal en cuanto a los gastos que ha causado, y el artículo 109 las impone a los criminalmente responsables del delito o falta; de aquí que se sigan por cada delito, aunque su reparto en cuotas deba hacerse en los casos penales de

participación penal; en la sentencia recurrida halla el motivo único de fondo un acusado defecto al sancionar a la recurrente en la mitad de las costas y declarar la otra de oficio, porque fue absuelta del abandono de familia, como única acusada y condenada solamente por el adulterio en el cual se absolvió al otro procesado; y procede estimar el recurso en este extremo, de acuerdo con el artículo citado, así como en el 110 del Código y los 241 y 242 de la L. E. Crim.» (Sentencia de 18 de febrero de 1967.)

6. IMPUGNACIÓN DEL PROCESO: A.—*Recursos de casación*: a) *Ambito*: *Resoluciones contra los que procede*: No procede el recurso de casación contra el Auto dictado por la Audiencia de Sevilla que confirmó el del Juzgado de Instrucción de la misma capital que decretó el archivo de unas diligencias y sin pronunciar sobre tal extremo, se hace preciso desestimar el recurso, pues el artículo 848 de la citada Ley lo concede contra los Autos definitivos dictados por las Audiencias y únicamente por infracción de ley cuando ésta lo autorice de modo expreso, y el recurso no cita disposición alguna que lo haga admisible en los casos a que el presente se refiere. (Sentencia de 8 de abril de 1967.)

Para poder llegar al examen de la cuestión de fondo planteada, y consistente en la procedencia o no de revocar el Auto del Tribunal de Orden Público, negándose a plantear cuestión de competencia por inhibitoria al Ministro de la Gobernación a instancia de los recurrentes, que entendían que, los hechos sancionados por la dirección General de Seguridad con multa, a tenero del artículo 2.º, apartado a) de la L. de 30 julio 1959, y que confirmó en la alzada aquella Autoridad, eran constitutivos del delito de propaganda ilegal del artículo 251, núm. 3.º del C. P., y del conocimiento de aquel Tribunal especial con exclusividad, es necesario previamente plantearse el problema de forma que puede impedir el examen de aquel recurso por su condición impeditiva, de si es procedente la casación contra dicha resolución, o no está en la Ley concedida directa y claramente, ya que la norma general proclamada en el artículo 848 de la L. E. Crim., es la de que el recurso de casación contra Autos que dicten las Audiencias, y por lógica extensión cualquier Tribunal subordinado a este T. S., exclusivamente podrán recurrirse por infracción de ley, en casación, «en los casos en que éste lo autorice de modo expreso»; consagrando una manifestación evidente y de naturaleza estricta en su interpretación, del principio de la legalidad procesal que domina la materia de recursos, a medio de una disposición imbuida en orden público, que debe respetarse por su propia excepcionalidad, en materia de procedimiento tan extraordinario, como el que supone el acceso al control modificador de esta Sala. No sólo porque escueta y rotundamente el artículo 8.º de la Ley de 2 de diciembre de 1963, sobre creación del Tribunal de Orden Público, manda regir los conflictos jurisdiccionales que al mismo afectan y por la Ley de 17 de julio de 1948, sino por la propia eficacia de esta última Ley, dictada para regir exhaustivamente las cuestiones de competencia que se susciten entre los Jueces y Tribunales ordinarios y especiales creados o que se creen, y la Administración —arts. 1.º a 8.º, núm. 6—, a su contenido ha de estarse de manera total y única, para determinar los trámites procesales a seguir en el desarrollo de tales conflictos, ya que precisamente su disposición deroga-

toria, dejó expresamente sin eficacia al artículo 51 de la L. E. Crim., y normas civiles a que ésta se remitía, y que con anterioridad a su vigencia, manifestaban el procedimiento a guardar, para encauzar y resolver aquellas cuestiones entre la Administración y los Tribunales; y atendiendo al contenido observante y exclusivo de la referida Ley de 17 de julio de 1948, se aprecia, que en sus artículos 16 y 17, únicos que se refieren al planteamiento de la cuestión de competencia por inhibitoria positiva entre Tribunales y Administración, no contiene disposición alguna que permita recurrir en casación, contra el acuerdo del Tribunal, denegatorio de la formulación operante del requerimiento de inhibición, por estimarse a sí mismo, y luego de oído el Fiscal, incompetente para conocer de los hechos enjuiciados —sucedido lo propio en caso de declaración de competencia—, por lo que esta ausencia de norma permisiva, que resulta enteramente necesaria para la articulación de la casación, por lo ya dicho, impide el conocimiento del recurso, que se basó en el artículo 35 de la L. E. Crim., y que no es de aplicación en el caso de examen, por referirse a las cuestiones de competencia entre los Jueces y Tribunales ordinarios, según reza el epígrafe del capítulo II del libro 1.º de aquella Ley en que está sito, en supuesto bien diferente, por los órganos intervinientes al de la cuestión de estudio, que no puede extenderse analógicamente, no sólo por no caber en materia de estricta interpretación que requiere un precepto expreso, sino también porque la analogía opera en supuesto no previsto ni emitido por el legislador, por extensión asimiladora de norma semejante que llene el vacío, pero no en los casos en que dicho legislador, teniendo en cuenta el supuesto, no quiso articular disposición alguna, como acaece precisamente en el caso normado en los citados artículos 16 y 17 de la Ley de 1948, ya que voluntariamente omitió otorgar recurso contra las resoluciones en ellos contenidas, como lo demuestra en los artículos 23, 24 y siguientes de la misma, en que proclama un criterio preciso de concesión de recursos de apelación en ciertos supuestos, para las decisiones de la Administración y de determinados Tribunales, en relación a sus decisiones declarándose competentes o incompetentes, una vez que fueron requeridos de inhibición por acuerdo de la otra parte, lo que lleva a la conclusión, de que si el legislador sometió estos acuerdos dictados, mas avanzando el procedimiento, a un recurso de menor entidad y ordinario, cual resulta el de apelación, es que no deseó que el control casacional opere en las decisiones de cuestiones de competencia o incompetencia por inhibitoria anteriormente, y concretamente el caso de negarse a formularla el órgano requerido por la parte procesal pública o privada; por cuyas razones, al no poder aplicar el artículo 35 invocado de la L. E. Crim. y no contener norma expresa la Ley de 17 de julio de 1948 que rige la materia, en su relación con la de 2 de diciembre de 1963, para autorizar como exige el artículo 848 de la Ley procesal penal el recurso de casación, éste no puede admitirse en su formulación en el supuesto examinado, imposibilitándose por consecuencia, el conocimiento de la cuestión de fondo planteada, pues la validez o nulidad del procedimiento seguido, debe siempre declararse de oficio y más cuando los artículos 3.º y 4.º de dicha Ley de conflictos, lo imponen. (Sentencia de 12 de junio de 1967.)

b') *Clases: Casación por infracción de Ley: Motivación:* a') *Infracción de precepto penal sustantivo (art. 849, núm. 1.º):* Un Reglamento de Verificaciones Eléctricas no es precepto penal de carácter sustantivo. (Sentencia de 25 de febrero de 1967.)

Si bien la correcta interpretación del número 1.º del artículo 849 de la L. E. Crim. permite controvertir en la casación penal no sólo la infracción de los preceptos penales de carácter sustantivo, sino también de otros preceptos extrapenales igualmente sustantivos —ya que la frase («del mismo carácter») no refiere a penal la distinción entre preceptos penales y otros que no lo fueren—, para que estos últimos entren en el ámbito de la casación penal es requisito esencial e imprescindible que estas normas guarden relación con los preceptos penales y le sirvan de complemento —caso de «las leyes penales en blanco», remisorias o preceptos extrapenales sustantivos—, o de aquellas otras que deban ser observadas por mandato expreso en la aplicación de la Ley penal, entre las cuales se encuentra sin duda el artículo 189 que fue rectamente aplicado por la Sala de Instancia, las disposiciones posteriores a la citada Ley de Seguridad Social, que aun sin efecto retroactivo vienen a patenzar la posición legislativa anterior (Sentencia de 31 de mayo de 1967.)

Sólo cabe, según el número 1.º del artículo 849 de la L. E. Crim., la casación por infracción de precepto penal de carácter sustantivo o de otra norma jurídica del mismo carácter, que deba ser observada en la aplicación de la ley penal, y dichos preceptos 45 y 48 no son penales en ningún aspecto ni directamente ni por la vía remisoria, no conteniendo tipicidad penal, ni sanción, sino que están caracterizados por la regulación de los elementos impeditivos de la admisión de patentes contra las ya inscritas, siendo su matiz puramente registral y administrativo e irrelevante en un todo del Derecho penal, que parte de la existencia de una patente protegida y que sólo indirectamente relaciona dicha ley en sus artículos 133 a 145, con el 534 del C. P., por ser éste una norma en blanco integrada por aquéllos, pero no con los demás. (Auto de 16 de junio de 1967.)

El motivo del recurso a cuya admisión se opone el Ministerio Fiscal, se basa en la infracción de los artículos 17 y 19 del Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, en relación con el artículo 9.º, b) de la Ley de 2 de diciembre de 1963, bajo el argumento de que si bien este artículo 9.º, b) permite la celebración del juicio oral estando en rebeldía el procesado, nada dice en cambio si ha de celebrarse, cuando la representación del mismo ha solicitado, al proponer la prueba, que se le oiga en dicho acto trascendente, no quedando de esta manera contrariados los artículos 17 y 19 indicados; pero al argumentar así, como en su escrito de oposición a la admisión de este motivo alega el Ministerio Fiscal, no se tiene en cuenta que tales normas no contienen normas de carácter penal sustantivas, sino preceptos de condición adjetiva, por referirse al procedimiento y a sus garantías, no cabiendo el examen por la vía del invocado número 1.º del artículo 849 de la L. E. Criminal, que sólo ampara la lesión de normas sustantivas penales o jurídicas de igual carácter, condición de las que aquéllas no participan, al referirse, a

la obligatoriedad o no, de la presencia del procesado en el juicio oral, y al alcance del juicio en rebeldía en el supuesto especial que plantea la representación y defensa del procesado rebelde; pero aun atendiendo a la especial situación creada, es evidente que no puede acogerse con los efectos dichos, ya que la no presencia en el acto del juicio sólo debe imputarse a la falta de comparecencia del procesado recurrente, y si fue propuesta por su representante que en tal acto se le oyera, bastaba hubiera comparecido, cesando en su situación de rebeldía, mas al mantenerla voluntariamente, no puede beneficiarse con la situación creada por su solo propósito, dando lugar a la no celebración del juicio que es lo que pretendía, vulnerando una norma clara y obligatoria, que no puede excepcionarse con conducta tan poco respetuosa a la normalidad procesal y a su debido cumplimiento por el esfuerzo leal de las partes; por lo que es de admitir tal motivo. (Auto de 14 de junio de 1967)

El principio «pro reo», no puede invocarse en casación, como ha afirmado en distintas ocasiones esta Sala, y últimamente en la sentencia de 16 de enero del presente año, por no tener el valor de un precepto sustantivo penal que pueda ser infringido, infracción que por otra parte tampoco aparece en eso de que se trata, porque el apotegma expresado sólo adquiere valor en caso de duda, para obrar en beneficio del reo, y aquí no hay duda alguna que este apotegma pueda resolver, por la sencilla razón antes dicha de que admitirlo equivaldría a sentar una declaración opuesta a los hechos probados, lo que en manera alguna puede admitirse dada la naturaleza y los efectos de los motivos de recurso aducidos, que lo son al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley Procesal. (Sentencia de 30 de junio de 1967.)

b') *Error de hecho resultante de documento auténtico (art. 849, número 2.º)*: La constante doctrina de esta Sala niega el carácter de autenticidad a las declaraciones de testigos, las cuales no adquieren tal fuerza porque hayan sido el único medio de prueba utilizada, como pretende el inculpado, sino en calidad de manifestaciones que el Tribunal de origen valora en conjunto atendidas las circunstancias personales y reales de cada uno, y en el recurso sólo cabe contrastarlas para la censura del juicio de hecho con un documento dotado de una solemnidad y poder probatorio evidente que resalte el error padecido al examinar la realidad, lo cual no ofrecen las declaraciones testificales alegadas. (Auto de 12 de enero de 1967.)

Se admite el carácter auténtico de la inspección ocular. (Sentencia de 16 de enero de 1967.)

Los oficios de la Guardia Civil, Policía, el Cura Párroco y dictámenes médicos, no son documentos auténticos a efectos de casación, y lo que es motivo de inadmisión lo es de desestimación en este trámite, ninguno demuestra por sí, el error evidente del Juzgador, pretendiendo el recurrente interpretarlos como a su derecho interesa, y afirmar que de todos ellos se deduce la falta de honestidad de la recurrida. (Sentencia de 27 de enero de 1967.)

La denuncia del marido de la ofendida no puede reputarse como documento auténtico a efectos de casación, y no se opone tampoco a la declaración de hechos probados, pues el marido pudo denunciar el hecho según la versión que le diera su esposa, y aun omitir ciertos detalles, como el de tocamiento de los pechos dada la índole del suceso si aquélla no se lo contó o él quiso silenciarlo, y el Tribunal sentenciador hacer la narración fáctica con los detalles y circunstancias que estimara probados y fueran necesarios para su calificación jurídica. (Sentencia de 24 de febrero de 1967.)

Por error de hecho en la apreciación de las pruebas, ha de entenderse no solamente la discrepancia u oposición entre lo afirmado por la sentencia y la realidad contenida en documentos fehacientes, sino el silencio u omisión de datos o circunstancias que aparezcan en esos documentos y sean esenciales para la calificación jurídica del caso enjuiciado, que es lo que ocurre en el que motiva el recurso, que al decir la sentencia que el procesado conducía una camioneta con permiso de conducir caducado sin hacer constar la fecha de su expedición, no es posible saber la fecha de la caducidad para relacionarla con los plazos establecidos para la renovación de esos permisos por disposiciones administrativas, y como esa fecha aparece en el permiso de conducción extendido a favor del procesado, que obra unido al sumario y que ha sido invocado por el Ministerio Fiscal como documento auténtico a los fines de este motivo de casación, procede adicionar la narración fáctica con la fecha de ese permiso, que es la de 24 de junio de 1947. (Sentencia de 2 de marzo de 1967.)

El error de hecho en la apreciación de las pruebas, no puede ser otro que el que resulte de una manifiesta contradicción entre lo afirmado por la sentencia y la verdad contenida en documentos fehacientes no desvirtuados por otros medios probatorios; y en el motivo que se examina se da la particularidad que los documentos ofrecidos por el recurrente se utilizan no para mostrar error alguno de la sentencia, sino para desvirtuar la denuncia por el recurrente. (Sentencia de 3 de marzo de 1967.)

El acto del juicio oral no justifica la absoluta certeza de las manifestaciones que hicieron los que depusieron ante el Tribunal, que es precisamente la nota distintiva entre las llamadas declaraciones de voluntad y las expresiones de verdad, y como el recurrente al invocar este documento, apoya sus razonamientos en las declaraciones de los testigos que en la misma y en el sumario se recogen, queriendo imponer su personal criterio interpretativo al soberano de la Sala de instancia. (Sentencia de 4 de marzo de 1967.)

Repetidas resoluciones de esta Sala no conceden autenticidad en casación a las declaraciones del procesado. (Sentencia de 6 de marzo de 1967.)

Sólo es útil en la diligencia de inspección ocular y en la de reconstitución del hecho, cuanto fue directamente observado por el Instructor, la medida de siete metros de calzada y de un metro en cada uno de los andenes laterales, el buen estado de la carretera y la excelente visibilidad en ambas direcciones; el resto, como su representación gráfica en el croquis corres-

ponde a la reconstrucción del hecho conformada a las manifestaciones de las distintas personas y es inaceptable como documento auténtico; no hay oposición en aquella primera parte con los hechos declarados probados, los cuales no han de modificarse. (Sentencia de 20 de marzo de 1967.)

El recurso de casación por infracción de ley del número 2.º del artículo 849 de la L. E. Crim., se otorga cuando en la apreciación de las pruebas haya existido error de hecho, si éste resulta de documentos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador y no estuvieran desvirtuados por otros medios de justificación, y como sólo gozan de tal condición de autenticidad, las pruebas preconstituidas, públicas o privadas, que hagan perenne una realidad fáctica, existente e indudable, como expresión de una verdad acaecida, y que se fija para la posteridad, a fin de su adecuada valoración y efectividad, es evidente, que para alcanzar esta condición superior y privilegiada, deben contener en su constitución, la forma y elementos extrínsecos adecuados, que los hagan proceder de personas legitimadas para dar fe con sus actos, y con el acatamiento de los requisitos necesarios de observancia, y además, el contenido intrínseco preciso para entender evidente las realidades que proclaman, de manera que decreten una acomodación entre lo acaecido y lo expresado, sin la más ligera sombra de duda. (Sentencia de 10 de abril de 1967)

En el problema tan reiteradamente planteado y tantas veces debatido y resuelto en la jurisprudencia de esta Sala sobre la «autenticidad documental», a efectos del número 2.º del tan referido artículo 849 de la L. E. Criminal, es preciso distinguir, entre la mera «autenticidad formal» de que gozan de ordinario todos los documentos otorgados o intervenidos por autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus privativas funciones y cumplidos los requisitos legales que para la formación de cada tipo de documento público la Ley exige, y la autenticidad material objetiva e intrínseca» de que pueda o no gozar el contenido de cada documento; y en este sentido tanto el juez como el notario pueden y deben en determinados casos realizar inspecciones oculares y reconocimientos extrajudiciales las de éstos y judiciales las de aquéllos, y respecto a que estuvieron en el lugar examinado, a lo que vieron o incluso a los que hacen constar que sea simple y objetiva percepción de los sentidos, todo ello es auténtico; pero las apreciaciones críticas que en tales actos realizan, y que por cierto los jueces no deben realizar ni en el ámbito probatorio civil ni en la instrucción o fase probatoria penal, ya que no son dichas actuaciones lugar procesalmente apropiado para establecer sus puntos de vista apreciatorios; éstas, ni gozan ni deben gozar del privilegio de la «autenticidad» que sólo se da en los supuestos de «la plenitud de la eficacia probatoria» que no es confundible ni con la autenticación, ni con la fehaciencia ni con la notoriedad, ya que la autenticidad sólo se puede afirmar cuando una plena eficacia probatoria, dotada de una «indiscutibilidad» absoluta y total.

Aunque debe reconocerse el carácter de documento auténtico a la inspección ocular y croquis en que con fiel objetividad el Instructor se limitó a constatar por escrito y gráficamente lo que vio y observó, estando ador-

nadas estas apreciaciones con el sello de «indiscutibilidad» probatoria, que es la condición esencial para que un documento pueda reputarse de auténtico a efectos de la Casación Penal, esto no obstante la predicada autenticidad no obsta a la certeza de la resultancia probatoria, ni en manera alguna la contradice. (Sentencia de 26 de mayo de 1967.)

El número de documentos no excusa del concreto señalamiento de particulares de una forma precisa y terminante, según la Ley exige. (Auto de 30 de mayo de 1967.)

La noción del documento auténtico a efectos de la casación penal, es concepto relativo que se necesita ponderar en cada caso, pero sin olvidar que al no definir la Ley cuáles documentos sean los que se reputan propiamente auténticos, ha tenido que ser la jurisdicción quien llene tal vacío, habiéndose distinguido entre la autenticidad extrínseca formal y la autenticidad intrínseca material o de fondo, manteniéndose que para que un documento pueda ser invocado eficazmente en casación como auténtico, ha de tener en la literalidad de un texto la suficiente fuerza explicativa del hecho básico del error esencial, debiendo ser, a efectos penales, vínculo de una verdad evidente. (Auto de 30 de mayo de 1967.)

c) *Casación por quebrantamiento de forma*: a') *Denegación de diligencias probatorias* (art. 850, núm. 1.º): No produce indefensión del procesado la no suspensión del juicio oral por la incomparecencia de dos testigos ya que se trataba de testigos no presenciales del hecho de autos, que depusieron en el sumario sobre las amenazas que el interfecto había proferido contra el acusado —hecho que recoge la sentencia dándolo por probado— por lo que no podían aportar nuevos datos de interés, al punto de que ninguna de las partes que pidieron la suspensión manifestaron sobre qué materia se proponían interrogar; y si a esto se añade que tales testigos no pudieron ser citados por no ser habidos y que las gestiones de la policía fueron infructuosas para localizarlos, se comprenderá el acierto del Tribunal sentenciador al denegar la suspensión solicitada. (Sentencia de 23 de enero de 1967.)

Habiendo sido admitida la propuesta sobre dictamen pericial de dos médicos para reconocimiento del estado mental del procesado, llegado el acto del juicio no fue practicada; alegación, a la que se adhirió en el acto de la vista el Ministerio Fiscal y que es de todo punto acogible a los efectos señalados por el recurrente porque en efecto, en el auto de fecha 10 de junio de 1966 la Sala sentenciadora admitió la prueba pericial de dos peritos propuesta por la defensa, y al llegar el momento de su práctica y no comparecer los peritos, cuya citación no consta del rollo correspondiente, la parte interesada solicitó la suspensión del juicio oral, que la Sala expresada no aceptó, por decir que se consideraba convenientemente instruida, teniendo los elementos oportunos de juicio para resolver, por lo que la dicha defensa hizo constar su protesta a efectos legales, y con entera razón, en primer lugar porque ya se indica que la citación de los peritos no se había practicado, y además porque la razón dada por la repetida Sala no podía ni puede considerarse como válida, ya que no era caso de aplicar lo prevenido

en el artículo 801, párrafo 3.º de la L. E. Crim., pues el procedimiento no era el de urgencia, pidiendo el Fiscal, como pedía en sus conclusiones provisionales las penas de once y de diez años a los procesados recurrentes, y siendo así el Tribunal no podía dar razón para la no suspensión del juicio oral la que efectivamente dio, no aplicable a los trámites del juicio ordinario. (Sentencia de 16 de marzo de 1967.)

Entiende que se debió suspender la vista del juicio oral para recibir declaración a la esposa del recurrente, y no debe prosperar, pues es facultad discrecional del Tribunal suspender o no, y aunque la resolución que adopte sea revisable en casación, es preciso que conste de una manera clara y terminante las preguntas que se van a dirigir y la eficacia que su contestación pueda tener en la prueba, y en este caso, queda reducida a si la entrega de la cantidad al procesado fue presenciada o no por su esposa y cualquiera que fuera la respuesta no modifica el hecho de que percibió el dinero. (Sentencia de 31 de marzo de 1967.)

El principio de igualdad de las partes en el proceso penal y el de no limitar los medios de defensa del acusado en cuanto puedan contribuir al esclarecimiento del hecho, conducen a no privar al procesado en el juicio oral de aquellos mismos medios que prueba utilizados por las acusaciones en el sumario y a cuya práctica él no tuvo acceso por la índole secreta del mismo; razón tanto más indicada en el caso de autos en cuanto la culpabilidad del procesado descansa en lo que arroje el examen de libros y documentos que han de ser estudiados por los peritos antes del juicio oral para poder en éste informar con conocimiento de causa; y de aquí, que al haberse hecho tal examen por peritos nombrados por el Juez y por la acusación privada y denegarse esa prueba al procesado en el momento procesal en que pudo solicitarla, al darle traslado de la causa para calificación, manifestando que el informe de los peritos del Juzgado no pudo ser examinado por haberse concluido el sumario con tal diligencia y el de la acusación privada por haberse unido después de tal trámite, y teniendo en cuenta además la forma dubitativa del informe de aquéllos, es visto que el auto del Tribunal en la parte que denegó la práctica de esa prueba produjo de hecho indefensión del procesado cualquiera que fuera su resultado y la libertad del Tribunal para apreciarla; y como la repulsa de esa prueba fue recurrida en súplica, lo que equivale a una protesta razonada con petición de que se dejó sin efecto, el requisito procesal del artículo 658 de la L. E. Crim. hay que estimarlo cumplido, y acoger el primer motivo del recurso interpuesto por quebrantamiento de forma al amparo del número 1.º del artículo 850 de la citada Ley. (Sentencia de 11 de abril de 1967.)

Se combate la negativa de la Sala sentenciadora de instancia a suspender el juicio por la incomparecencia del testigo, que el recurrente estimó trascendente e importante, Casimiro N. B. y al que dice referir la protesta preparatoria del recurso; tiene que ser desestimado, siendo imposible su acogimiento, por las siguientes razones: 1.ª), porque imperativamente la Sala tiene que atenerse para resolver el recurso a la resultancia documental obrante en el rollo de Sala de la Instancia, del cual no aparece que en la

calificación fiscal, en la formulada por la defensa, ni después en el acta del juicio se haya propuesto en momento alguno la declaración como testigo de Casimiro N. B., como tampoco figura, que por no comparecer se formulara petición de suspensión ni protesta, pues lo único que en referencia a testigos de la defensa consta en el acta del juicio es lo que literalmente transcrito dice así: «Llamado el testigo de la defensa Jacinto M. S., no comparece, solicitándose, por la defensa la suspensión del juicio, por estimar de gran importancia su declaración, a lo que se opone el Ministerio Fiscal por considerar que carece de trascendencia, con relación al hecho de autos su declaración, y la Sala acuerda no haber lugar a dicha suspensión, y tener en cuenta sus declaraciones sumariales. La defensa formula su respetuosa protesta contra dicha negativa de la suspensión del juicio, por lo que se consigna en esta acta a los efectos oportunos»; 2.^a), porque siendo el Casimiro N. B. procesado en esta causa en la cual figura en situación de rebelde; si cuál afirma el recurrente fue habido y está preso, pudo pedir la defensa, de conformidad con lo prevenido en los artículos 846 y párrafo 3.º del artículo 801 reformado, ambos de la L. E. Crim., que se alzara en rebeldía y que se celebrara el juicio con la presencia de ambos procesados, conveniente por la conjunta actuación y no susceptible de enjuiciamiento independiente y separado, que no era ya obligado al ser habido el rebelde; 3.^a), porque si inicialmente fue preparado el recurso de casación por quebrantamiento de forma con la oportuna protesta por la incomparecencia de un testigo; y después fue interpuesto por la incomparecencia de otro distinto no propuesto y que además era procesado, en vista la notoria incongruencia del mismo, que debió ser rechazado de plano por la Sala de instancia, sin que pueda ampararse en el número 1.º del artículo 850 de la Ley citada, pues la prueba cuya denegación indebida se pretende, no consta que fuera propuesta, ni por consiguiente le afecta una protesta que a tal prueba no refiere, por lo que incide en el motivo antes de inadmisión y ahora de desestimación, previsto en el número 5.º del artículo 884 de la propia Ley. (Sentencia de 11 de mayo de 1967.)

Se hacía innecesaria la suspensión del juicio oral por la incomparecencia del perito propuesto por la defensa del procesado, toda vez que su informe había de versar sobre la velocidad de marcha que llevaría un vehículo automóvil que dejara unas huellas de frenado de 12,20 metros de longitud, dado que el Tribunal *a quo* no funda su fallo en exceso de velocidad, por lo que no estimaba preciso determinarla con exactitud, lo que tampoco hubiera podido hacer el perito, por los diversos e imprecisos factores, peso, capacidad de frenaje intensidad de su uso, estado de la calzada, desgaste de las gomas, y algunos otros que contribuyen, cada uno en proporción indeterminada, a calcular la velocidad de las señales de la frenada. (Sentencia de 18 de mayo de 1967.)

Se denuncia el quebrantamiento de forma que supone que no se aportara a los autos la copia certificada de la inscripción registral de la declaración de obra nueva a que refieren; y además, en el segundo recurso, que se aportara copia certificada de la sentencia dictada en la ciudad de León por Consejo de Guerra ordinario contra el procesado, motivación que se precisa rechazar

a tenor del número 5.º del artículo 884 porque no fue protestada en tiempo y forma la falta de incorporación de las referidas pruebas documentales como exige el último párrafo del artículo 855 cuando se recurre al amparo del artículo 850, aparte que ambos medios de prueba eran intrascendentes para la existencia o inexistencia del delito de falsedad y estafa, su omisión no ha causado por consiguiente indefensión; y en la vigencia actual no podría aportarse como antecedentes penales las condenas por responsabilidades políticas. (Sentencia de 26 de junio de 1967.)

b') *Falta de citación de una de las partes (art. 850, núm. 2.º)*: Se alega el haberse omitido para la celebración del juicio oral la citación del señor Abogado del Estado como representante del Fondo Nacional de Garantía creado por Decreto-ley de 3 de octubre de 1964, cuyo artículo 10 establece que la representación y defensa en juicio del citado Fondo, corresponde al Cuerpo de Abogados del Estado, determinando el artículo 3.º de la citada disposición las funciones que corresponden al mencionado Fondo, preceptos complementados por la Ley de 24 de diciembre de 1962 que en su artículo 43, autoriza a interponer recursos de apelación y casación, el artículo 45 que señala la autonomía patrimonial y contable del Fondo de Garantía, luego es por tanto inexcusable, y como pedía el Ministerio Fiscal, en su escrito de calificaciones provisionales, la citación del Abogado del Estado para el juicio, y al no hacerlo así, es pertinente estimar el recurso por haber infracción del número 2.º del artículo 850 de la L. E. Crim. (Sentencia de 16 de marzo de 1967.)

c') *Falta de claridad de los hechos probados (art. 851, núm. 1.º, inciso 1.º)*: Exigiéndose por la norma 2.ª del artículo 142 de la L. E. Crim., que en las sentencias se efectuará declaración expresa y terminante de los hechos que se estimen probados, el resultando fáctico de la sentencia recurrida, no se ajusta a ese imperativo mandato, le falta la claridad indispensable para concretar lo realmente probado, además de estar redactado todo él, en forma conceptuosa y confusa deja en la más completa nebulosa, alguno de los puntos esenciales debatidos, indispensables para poder llegar a una conclusión definitiva; en extremo tan trascendental, como es el de determinar si las cantidades que percibió por expedición de guías de sacrificio, el Veterinario de S. de los supuestos perjudicados, lo fueron antes o después de haber recibido la Circular de la Dirección General de Ganadería de 26 de marzo de 1962, recordando el cumplimiento del artículo 212 del Reglamento de Epizootias, indispensable para poder formar cabal juicio, de si fue o no correcta la actuación de dicho señor Veterinario, el expresarse de forma ambigua, como se efectúa, deja en la duda a pesar de que la frase «y aunque el Colegio de Veterinarios» parece querer indicar que fue después, no lo afirman categóricamente; igualmente se contienen en el supuesto fáctico expresiones que inducen a la confusión, como la empleada de «por lo visto», al referirse a la mencionada Circular, frase que nada afirma ni niega y en cambio viene a confundir más los hechos, sumiéndolos en manifiesta oscuridad haciendo imposible extraer de ellos consecuencias jurídicas en ningún sentido. (Sentencia de 24 de abril de 1967.)

El primer motivo del recurso se apoya en el número 1.º del artículo 851 de la L. E. Crim., por estimar falta de claridad en la redacción de los hechos

probados, y debe prosperar, pues cierto es que las palabras «aprovechando las facilidades que éste —el recurrente— les brindaba individualmente y por separado», no tienen la claridad necesaria para conocer la forma en que el recurrente y los demás procesados llevaban a cabo la falsificación, ni aparece tampoco explícitamente la intervención que éste tenía en el citado hecho delictivo. (Sentencia de 2 de mayo de 1967.)

Se alega falta de claridad que no existe, pues no es posible exigir la precisión de unas fechas, cosa inexacta en cuanto a los diferentes contratos que sobre la finca se hicieron, y la única que no concreta porque es imposible determinar por falta de pruebas, es el momento en que se hizo la alteración material en el documento, y en cuanto a si se realizó por el mismo recurrente o por tercera persona, es cuestión que sus efectos pueden discutirse al amparo del número 1.º del artículo 849 para determinar la responsabilidad del recurrente. (Sentencia de 11 de mayo de 1967.)

La falta de claridad consiste en la oscuridad de las palabras, en la confusión de las frases hasta impedir su recta inteligencia y el conocimiento de los hechos que representan, aquí «realizaron el coito» es la descripción concreta y clave del hecho; no equivale a este defecto la ausencia de los fundamentos circunstanciales para llegar a tal conclusión real, resultado de un progreso probatorio ante el Tribunal innecesario en el relato de hechos. (Sentencia de 27 de mayo de 1967.)

d) *Contradicción entre los hechos probados (art. 851, núm. 1.º, inc. 2.º):* La contradicción requiere que sea notoria y que produzca incompatibilidad entre extremos esenciales. (Sentencia de 17 de enero de 1967.)

Las contradicciones para que den lugar a la casación han de ser tan fuertes y palmarias, que puesta una afirmación frente a la otra sean incompatibles y haya que aceptar una y descartar la otra, o sea, que se destruyan por su propia virtualidad. (Sentencia de 20 de marzo de 1967.)

Los motivos por supuesta contradicción entre los hechos probados, no pueden ser acogidos porque uno y otro descansan en supuesto distinto al previsto en el precepto legal, al no basarse en contradicción de los hechos probados entre sí, sino en la oposición entre estos hechos y el fallo, al decirse en aquéllos que los perjudicados por los delitos son los titulares de las cuentas corrientes y concederse la indemnización a persona o entidad distinta, con lo que en realidad plantean una cuestión de fondo que no puede resolverse en un recurso por quebrantamiento de forma. (Sentencia de 8 de abril de 1967.)

Por razón de método debe examinarse en primer lugar el motivo interpuesto por quebrantamiento de forma, al amparo del número 1.º del artículo 851 de la L. E. Crim., y aunque lo funda en contradicción de las declaraciones que contiene el hecho, y realmente no concreta dónde y en qué existe la contradicción, razonando sobre el valor de las fechas que menciona, y haciéndose preguntas sobre lo que resultaría de supeditar una fecha a otra, cuestión ajena a este motivo y más propia del de infracción de ley,

pues en éstos no se puede estudiar ni resolver más que cuando el hecho contenga dos declaraciones tan completamente opuestas, que una destruya a la otra. (Sentencia de 2 de junio de 1967.)

e') *Predeterminación del fallo* (art. 851, núm. 1.º, inc. 3.º): Desde luego la declaración de no estar probados los hechos en que consistiría la responsabilidad penal y civil de ambos encartados o de uno de ellos concretamente predetermina el fallo absoluto, lo cual no implica que esas declaraciones expresen conceptos jurídicos que no se vislumbran en parte alguna del primer resultando, sino la apreciación en conciencia de las pruebas practicadas por lo que no está justificado el motivo del recurso. (Sentencia de 19 de enero de 1967.)

Es condición primaria en los conceptos jurídicos predeterminantes del fallo al ser empleados por una expresión técnica jurídica que por sí sola conduce a determinada sentencia, y no es apreciable esta cualidad cuando en el mismo relato se incluyen realidades que establecen el fundamento de la decisión judicial: en la sentencia figuran dos frases ofensivas a la Administración de Justicia, aun sin tomar en cuenta la frase «con ánimo de menosprecio a la Justicia»; por otra parte el estado anímico es un hecho en la conciencia del juzgador, extraída del conocimiento del asunto, y es manifestado aquí con palabras y frases que no se hallan en la descripción de la figura penal, vulgares no jurídicas, de dominio y empleo común. (Sentencia de 6 de marzo de 1967.)

La frase, «efectuando el yacimiento de esta naturaleza en diversas ocasiones», que emplea el relato refiriéndose a los dos procesados, no es concepto jurídico determinante del fallo, pues aun admitiendo la similitud con la palabra «yacer» que utiliza el precepto punitivo para configurar el delito, ello no es suficiente para servir de apoyo a la casación, ya que lo que constituye la materia de la casación prevista en el precitado artículo, es que la expresión que se denuncie, no sólo sea igual a la de la norma legal, sino principalmente que venga a sustituir indebidamente aquellos elementos de hecho de los cuales haya de decidirse la adecuada calificación, siendo así que en el caso que nos ocupa la frase va acompañada de datos precisos, claros y suficientes, tales como «íntimo trato que llegó a ser carnal» y «relaciones carnales habidas entre ambos procesados», para evidenciar lo sucedido, aunque se suprima el pasaje denunciado, que es utilizado en el relato, a mayor abundamiento. (Sentencia de 7 de abril de 1967.)

Como tiene repetidamente declarado esta Sala, las palabras «ánimo de lucro» no envuelven un concepto jurídico ni para su comprensión son necesarios conocimientos de esa índole, al ser la manera vulgar y corriente de dar a conocer el propósito del agente cuando se apropia de la cosa ajena; idea de lucro que va además implícita en los delitos contra la propiedad según tiene también declarado este Tribunal; por eso, al decirse en los hechos probados que los procesados se apoderaron del dinero y efectos que encontraron en la tienda, con ánimo de lucro, no añaden con estas palabras ningún concepto que sirva para matizar el hecho de la sustracción, ya que

basta éste con la expresión de la fuerza que emplearon para que el delito quede debidamente tipificado. (Sentencia de 10 de abril de 1967.)

No todo concepto jurídico que aparezca en la narración fáctica puede ser materia de recurso de casación por quebrantamiento de forma del número 1.º del artículo 851 de la L. E. Crim., sino que es preciso que aquél se utilice como hecho al punto de quedar la narración sin contenido con su supresión según tiene declarado esta Sala; por eso no puede ser acogido el primer motivo del recurso basado en aquel precepto procesal, porque en la narración circunstanciada después de dar a conocer las condiciones de la vía por donde circulaba con su automóvil el procesado se añade que esas circunstancias le imponían que circulase «con la máxima atención y cuidado», porque esta frase, aunque es la conclusión que se obtiene de los hechos que se van relatando y es más indicada para insertarla en los Considerandos, no añade elemento valorativo a lo que se va exponiendo y sin ella puede enjuiciarse debidamente el suceso; aparte que también se tiene dicho por esta Sala, que las palabras «falta de atención y cuidado» no son propiamente expresión de un concepto, sino de un hecho, el modo o forma de conducir. (Sentencia de 12 de abril de 1967.)

El motivo por quebrantamiento de forma basado en el número 1.º del artículo 851 de la L. E. Crim., por emplearse en el hecho probado, conceptos que por su carácter jurídico predeterminan el fallo, alegando que son tales las frases «se apoderó», «disponiendo y usando de dicho vehículo con afán de beneficiarse del mismo», y «desde que fue sustraído al propietario», que se aseguran están comprendidas en la definición del artículo 514, número 1.º del C. P., tiene necesariamente que desestimarse, ya que si, como reiteradamente ha dicho esta Sala, para existir tal error *in procedendo* los conceptos usados en la narración histórica, han de ser términos técnico-jurídicos, empleados por el legislador en la definición declarativa de un delito, que se utilizan en lugar indebido, estando prohibidos, por implicar su decisión final, es obvio, que confrontando las palabras que aquella norma sustantiva consignó en la definición del hurto —«tomar» y «ánimo de lucro»— y las que plasmó el juzgador en el hecho probado, producto de su conciencia, no se encuentra una sola coincidencia entre ellas, teniendo las frases denunciadas, sin duda, una significación gramatical o sentido semántico, vulgar o corriente, ausente de condición jurídica directa o indirecta, que utilizó bien y con acierto este último, sin incurrir en la prohibición procesal aludida. (Sentencia de 26 de abril de 1967.)

Es preciso en esta clase de delitos que se haga constar la expedición del cheque y que carecía de fondos, pues de otra forma no sería posible sancionar el hecho. (Sentencia de 10 de mayo de 1967.)

Las palabras «con finalidad de apropiarse de la finca», no son términos jurídicos, y sí declaración necesaria, para aplicar, como hace la sentencia, el artículo 306 del C. P., que exige el perjuicio de tercero o el ánimo de causarlo y de no contener el resultado alguna declaración sobre tal fin, quedaría sin elementos para fundamentar el fallo. (Sentencia de 11 de mayo de 1967.)

La lectura de la premisa de *facto* de toda sentencia nos lleva a la deducción lógica de lo que ha de ser el fallo, pues si están con acierto bien relacionados los hechos, han de contener todos los elementos necesarios, que hubieran sido probados, para hacer su acertada calificación, con las circunstancias modificativas de la responsabilidad, si es que concurrieron, y por ello, toda la relación probatoria prejuzga en cierto modo el fallo, sin que por ello incida en defecto procesal sancionable con su nulidad, pues si así fuese y se las estimase defectuosas, se llegaría a casar y anular aquellas que con mayor perfección y sin contener conceptos jurídicos, hicieran el relato histórico del suceso y esto no es lo que el legislador quiso, y por ello, con claridad y precisión, señala como vicio anulatorio que «se consignen como hechos probados concepto que por su carácter jurídico impliquen la predeterminación del fallo»; es decir, que lo que es censurable, es que los conceptos jurídicos sustituyan a los hechos, ocultando así lo sucedido que deja de relatarse, y en su lugar se emplea una frase de exclusivo significado jurídico sólo asequible para los profesionales del Derecho y aún para éstos con sólo una interpretación. (Sentencia de 1 de junio de 1967.)

Para su estimación es preciso no sólo «que se consignen como hechos probados conceptos jurídicos» sino que además tales conceptos y precisamente por su constatación en el resumen probatorio, «impliquen» necesaria e imperiosamente «la predeterminación del fallo». De esta formulación legal se infiere y deduce: a) que los conceptos tienen que ser jurídicos penales, pues los jurídicos de otra índole no presuponen el fallo; b) que tales conceptos sean exclusiva y unívocamente jurídicos, y no de aquellos que por su frecuente uso y conocimiento aparte ser expresiones jurídicas, son también entendidos por todos los humanos de cultura media; y c) que además de tratarse de conceptos jurídicos penales, exclusivos y excluyentes, predeterminen necesaria e imperiosamente el fallo en un determinado sentido condenatorio o absolutorio, pues de otra forma si a pesar de su carácter jurídico no lo predetermina, no se incide en el quebrantamiento de forma previsto como causa anulatoria en el último inciso del apartado 1.º del aludido artículo 851 (Sentencia de 17 de junio de 1967.)

El verbo «sustraer» que emplea la sentencia no es un concepto jurídico que se utilice en sustitución de un hecho, sino la expresión de este hecho con una palabra usual en el lenguaje ordinario, para cuya comprensión no se necesitan conocimientos de ninguna clase; y si esta palabra es sinónima de «tomar» que emplea el artículo 514 del C. P., tampoco por ello puede estimarse defectuosa la expresión, porque de alguna manera se ha de expresar la acción de aprehender o apoderarse de las cosas muebles ajenas, ya que de otra manera quedaría sin concretar el hecho y se haría imposible su sanción, o habría que buscar locuciones o términos rebuscados y no usuales que no serían comprendidos por la generalidad de los inculpados que son precisamente los destinatarios de las sentencias. (Sentencia de 22 de junio de 1967.)

No hay predeterminación en los hechos probados, ya que la expresión «apócrifa» no es concepto jurídico sino de uso normal para expresar, si se

afirma o si se niega, que una cosa es fingida o cierta; ni predetermina el fallo por carácter jurídico que no tiene sino por la negación que supone de los hechos que se alegaban como esencialmente constitutivos de un proceder delictivo, siendo de tener en cuenta que los hechos predeterminan o deben predeterminar el fallo, pues éste es el objeto y razón de las resultancias probatorias, dar base fáctica para su encuadramiento, afirmativo o negativo, en una tipificación penal sustantiva; siendo lo que la Ley prohíbe el sustituir los hechos por conceptualizaciones jurídicas que acarreen el fallo en un determinado sentido. (Sentencia de 26 de junio de 1967.)

El inciso 3.º del número 1.º del artículo 851 de la L. E. Crim., prohíbe al Tribunal de instancia, bajo la sanción de nulidad por defecto de forma, establecer en los hechos probados, conceptos que por su carácter jurídico impliquen predeterminación del fallo, por lo que esta norma viene a imponerle positivamente, que al narrar los hechos que exige el apartado 2.º del artículo 142 de la misma ley, como fundamental premisa mayor de la resolución, utilicen expresiones vulgares, corrientes, de lenguaje llano usual del pueblo provisto de cultura media, ausentes de todo tecnicismo legal o jurídico estricto y peculiar, a la vez que exclusivo, y que sirvan en este último supuesto para definir el núcleo esencial del tipo penal o de la institución, negocio o efecto jurídico, pues con ello se pretende, más que una generalizada comprensión popular del acaecimiento histórico, el evitar el grave defecto de sustituir el relato en lo esencial, y subsumir en él la calificación posterior, que se anticipa, involucrando o imbricando, dos funciones diferentes en una sola, e imponiendo ya antes de tiempo, en lo que debía ser descripción de conductas humanas antijurídicas o no para su valoración jurídica posterior a medio de la tipificación, un juicio de valor técnico condensado que lo evite, o que si de nuevo se realiza después, es simple repetición o ampliación de lo impuesto sin razón justificada, por el omnimodo y cómodo, aunque no deseable, en esta faceta, imperio del juzgador, que con todo ello predetermina indebidamente la decisión final de la resolución. (Sentencia de 27 de junio de 1967.)

2.º) *Declaración de falta de prueba (art. 851, núm. 2.º)*: El motivo del recurso, interpuesto por quebrantamiento de forma al amparo del número 2.º del artículo 851 de la Ley Procesal Criminal por limitarse la sentencia a decir que no se han probado los hechos alegados por las acusaciones sin hacer expresa relación de los que resulten probados tiene que ser acogido, porque imputándose al procesado un delito de revelación de secretos de la industria donde trabajó anteriormente, y otro de defraudación de la propiedad industrial por fabricar baldes iguales a los patentados por el querellante, la sentencia declara que no consta probado que fabricara esos baldes ni que revelara tales secretos, o sea, que da como inexistentes o no probados los hechos motivadores de la acusación sin relatar expresamente qué es lo que hizo el inculpado en relación con tales hechos, pues decir que se limitó a una competencia normal no es decir nada por la generalidad y amplitud del concepto, quedando por tanto con la lectura de tan sucinto Resultando de hechos probados sin saberse concretamente qué es lo que hizo el quere-

llado, si fabricó o no baldes, si guardaban o no analogía con los del querrelante, matices o elementos comunes o diferentes y hasta en qué consistía el objeto de la patente que se supone usurpada o defraudada; o sea, que no se da a conocer la materia propia que ha de ser objeto de la calificación jurídica con todos los elementos necesarios para que pueda servir de soporte al fallo condenatorio o absolutorio que proceda; cosa ineludible de puntualizar ya que en materia penal nada pueda quedar incorrecto ni incierto, y de aquí la procedencia de acoger este motivo de casación para que el Tribunal sentenciador dando nueva redacción a los hechos probados y con la amplitud que le da el artículo 741 de la L. E. Crim. para apreciar en conciencia las pruebas practicadas, diga con toda claridad y precisión cuál fue la actividad del procesado en relación con los hechos que le imputan las acusaciones pública y privada. (Sentencia de 28 de abril de 1967.)

Es doble la exigencia del número 2.º del artículo 851; no basta la escueta afirmación de que no han sido probados los hechos acusados, se necesita además que no haya otros expresamente así admitidos; en la sentencia recurrida queda antes examinado el cumplimiento de este segundo requisito, pues declara probados, entre otros, la constitución y reforma de la Sociedad, socios, parentesco, poderes, participaciones, acciones individuales, apertura de cuentas, balance de 1958, la cuenta P. y el convenio para no incluir sus saldos en el balance y reparto de beneficios, extensa lista de realidades en cuanto a la falsedad y apropiación indebida, que se analizan y concretan en cantidades y fechas en los tres considerandos, sin limitarse a pronunciar que no se han probado las acusaciones. (Sentencia de 28 de junio de 1967.)

g') *No resolución de todos los puntos objeto de debate (art. 851, número 3.º)*: Si bien es cierto que el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas, según se hace constar en el segundo resultando de la sentencia recurrida estimó que los hechos realizados por el procesado eran constitutivos de un delito del artículo 1.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, y un delito de imprudencia temeraria del artículo 565, núm. 1.º del C. P., con resultado de lesiones, punibles tales delitos en la forma que determina el artículo 13 de aquella ley, por lo que solicitó que se impusiera al procesado sólo una pena de arresto mayor; el Tribunal *a quo* no podía hacer pronunciamiento sobre el delito de infracción de la Ley especial citada, puesto que no se había solicitado pena alguna por la única parte acusadora, y por ello declarando que este delito estaba embebido en el de imprudencia, solamente condenó por esta figura punible, conforme a lo interesado por el Ministerio Público, con lo que quedaron resueltos todos los puntos que fueron objeto de la acusación y de la defensa, ya que esta última se limitó a negar que los hechos cometidos por su patrocinado fueran constitutivos de delito y solicitar la absolución. (Sentencia de 2 de febrero de 1967.)

La cuestión indirectamente planteada en conclusiones definitivas de la defensa del procesado está resuelta en el primer considerando de la sentencia recurrida en contra de la tesis sostenida por dicha parte, pues aunque no se invoque expresamente la excusa absolutoria a que se refiere el artículo 564 del C. P., sus razonamientos son claros en sentido de desestimarla. (Sentencia de 27 de enero de 1967.)

Sin discernir la naturaleza jurídica del comiso como consecuencia civil y procesal del delito, medida de seguridad o pena propiamente dicha, es cierto que figura en el artículo 27 del C. P., como accesorio y su artículo 48 extiende el contenido a los efectos que provinieron del delito, de donde los acusadores que elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales con pretensión de comiso plantearon una materia de derecho, pero sobre el supuesto de que las cantidades sustraídas al Banco M., pasaron a engrosar las cuentas corrientes del inculpado, de su madre y de su esposa en distintas entidades bancarias, supuesto de hecho que no fue recogido en el relato de los probados, lo que pudo ser objeto de recurso por error en la apreciación de la prueba por parte del Banco recurrente el cual en este motivo, al amparo del número 3.º en el artículo 851 de la L. E. Crim. opera solamente por no haberse resuelto sobre el punto de derecho, inconsistente porque le falta la base del hecho declarado probado, o sea, que los fondos sustraídos sean los de las cuentas indicadas y si la sentencia no lo admitió así, la omisión constituye un obstáculo para la censura por quebrantamiento de forma. (Sentencia de 9 de febrero de 1967.)

Se alega que la sentencia impugnada no ha resuelto todas las cuestiones planteadas por la defensa, pues aquélla de que el procesado se encontraba la mayor parte del tiempo en el extranjero cuando se vendió fraudulentamente el alambre suministrado y se desarrollaron los hechos, aparte de tratarse de una cuestión de hecho, que no es preciso resolver de modo expreso, es que el relato la resuelve al recoger que si bien cuando vencieron las letras el procesado estaba ausente, y después afirmar, asimismo, que las ventas fraudulentas de la mercancía fueron realizadas de acuerdo entre el recurrente y el procesado rebelde; y en cuanto a querer derivar de esta cuestión de hecho, la de derecho de que se está ante una cuestión civil nacida de relaciones de Derecho mercantil en torno a letras de cambio y que había que resolver ésta antes que aquélla, esto no es así, pues los Tribunales de esta jurisdicción no pueden quedar paralizados porque se aleguen cuestiones civiles, ya que en la sentencia pueden quedar o no resueltas implícita o explícitamente, según se haga necesario para la debida valoración bajo el prisma del Derecho penal de los hechos que están o pueden estar dentro de este campo, y la sentencia, además lo resolvió de manera implícita, al no remitir a otra jurisdicción, el tema planteado, o mejor dicho, los hechos que le sirven de base sustentadora. (Sentencia de 20 de febrero de 1967.)

La razón del recurso estriba en que la sentencia objeto del mismo se refiere de modo muy inconcreto a que los procesados V. recibieron algunas gratificaciones del S, y por lo tanto tenían que responder civilmente a tenor del artículo 108 del C. P.; argumento que resulta inadmisibles, porque tal declaración no se pidió de modo expreso, y no podía acordarse por la Sala de instancia, por cuanto que imputando la acusación privada a dichos procesados la comisión en concepto de autores de los delitos de estafa, ligó su actuación procesal a que el pronunciamiento fuera de condena o de absolución por este punto concreto, y ello lo resolvió el Tribunal al acordar la absolución de los mismos. (Sentencia de 5 de abril de 1967.)

La resolución de instancia aceptó la tesis acusatoria delictual patrocinada por el Ministerio Fiscal, y no la absolutoria de la defensa del ahora recurrente, condenándolo como autor de un delito de imprudencia simple antirreglamentaria del artículo 565, párrafo 2.º, en relación con el 420, número 4.º del C. P., y es bien sabido, que esta Sala, sostiene con harta reiteración, que la sentencia condenatoria, resuelve todas las cuestiones alegadas y debatidas en juicio, máxime cuando entre dos posiciones antitéticas acepta una, que excluye a la otra, que es lo que ha sucedido en el caso de examen, en que estimó en conciencia, calibrando las pruebas realizadas, que las lesiones del motorista durante treinta y dos días, y no quince como pretendía su defensa, a cuyo fin, pudo dar valor preferente de convicción, el dictamen del Médico Forense del Juzgado de El Escorial, sobre el emitido por el médico que informó en el Juzgado Comarcal de Villalba, y a los daños tasados por el perito designado de este último órgano, y no a los apreciados por el de aquél, porque es soberano para formar su estado de conciencia, de tomar los elementos de prueba más relevantes donde se encuentren, sin tener que atender, como sin razón pretende la parte recurrente, al conjunto de dictamen de uno u otro Juzgado, cuando además provienen de distintos peritos. (Sentencia de 16 de mayo de 1967.)

Existe notoria desarmonía entre el enunciado del motivo y su fundamentación y desarrollo, en el que se ataca las formalidades con que se efectuó en el sumario la tasación de los daños causados por el accidente, lo que en todo caso, podría ser objeto de otro motivo de casación, distinto del entablado, el previsto en el número 1.º del artículo 850 de la citada Ley, para lo que a su debido tiempo se debieron formular los oportunos protestos, no se hizo así y el motivo que se articula carece de base sólida en que apoyarse, pues la sentencia resuelve lo referente a la valoración e indemnización de perjuicios, según el prudente arbitrio del Tribunal, con sujeción a lo establecido en los artículos 103 y 104 del C. P., razonando incluso en extenso considerando, los motivos en que se basa, para efectuarlo como lo hace; siendo por lo demás inoperante la tasación a efectos de valoración de pena, dada la cuantía de los daños causados muy superiores, en relación con la pena de multa que se impone. (Sentencia de 29 de mayo de 1967.)

Si bien esta Sala tiene declarado que las sentencias condenatorias o absolutorias resuelvan en general las cuestiones propuestas, también mantiene que tal principio no puede ser tan absoluto que autorice al Tribunal de instancia a prescindir del estudio de los puntos de Derecho que le fueran planteados por las partes, ya que de otro modo jamás cabría el recurso de casación del número 3.º del artículo 851 de la L. E. Crim., quedando prácticamente sin contenido los artículos 142 y 742 de la misma Ley que obligan a resolver todas las cuestiones que hayan sido objeto del proceso, y consignar las conclusiones definitivas de las partes y los fundamentos doctrinales y legales de las circunstancias que hubiesen concurrido. Aun cuando en la interpretación de los preceptos anotados el criterio jurisprudencial operante se halla privado de severidad, el análisis del fallo ahora recurrido carece a estos efectos de aquellos mínimos requisitos indispensables para su viabilidad, y por contra adolece de sustanciales omisiones

denunciadas por el cauce procesal antes detallado, mediante el primero de los motivos articulados, puesto que en el tercero de sus resultandos se hace constar que la representación de la procesada, en sus conclusiones definitivas, mostró su conformidad a la calificación fiscal, siendo lo cierto que calificados los hechos por la acusación pública como integrante de un delito de infanticidio, previsto y penado en el párrafo 1.º del artículo 410 del C. P., entendió la defensa que lo eran de imprudencia temeraria, generador de infanticidio, del artículo 565 en relación con el 410-1.º, del propio Código, haciéndose en consecuencia caso omiso de esta alegación de la defensa, al igual que acaece con las asimismo invocadas circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal previstas en los números 1.º y 10 del artículo 8.º del mismo ordenamiento punitivo, sobre las que nada se razona ni resuelve. (Sentencia de 3 de junio de 1967.)

La motivación amparada en el número 3.º del párrafo 851 de la L. E. Crim. denunciando el quebrantamiento de forma debe ser acogida, pues, ciertamente a pesar de que acusatoriamente se reclamó la condena al pago de indemnizaciones civiles para ambos procesados, y no obstante hablarse en el cuarto considerando de la sentencia recurrida en plural, incluyendo sin duda a ambos procesados, en la parte dispositiva, inexplicablemente, no se declara qué parte de los respectivos daños debe soportar cada uno de los procesados, de tal forma que en primer término no se indica cuál de los procesados es el obligado a pagar directamente las indemnizaciones que se señalan, pues, condenados dos penalmente, no se precisa quién pagará las indemnizaciones ni en qué proporción, y después se impone, también erróneamente, al responsable civil tercero que pague la totalidad de los daños causados en el vehículo del también procesado y condenado Eduardo M. P. Tales defectos esenciales y trascendentes implican que ha dejado de resolverse el punto referente a la responsabilidad civil imputable al señor M. P. y hace procedente que se anule la sentencia impugnada para que por el Tribunal de instancia reponiendo los autos al estado que mantenían, cuando falle dicte nueva sentencia resolviendo sobre punto que quedó imprejuizado, indeterminación que perjudicaba evidentemente al recurrente y que legitima su pretensión revocatoria. (Sentencia de 7 de junio de 1967.)

h) *Punición por un delito más grave (art. 851, núm. 4.º)*: Al no existir en nuestro ordenamiento jurídico vigente la clasificación de delitos graves y menos graves hay que atender para graduar la gravedad de cada uno a efectos penales y frente al recurso de casación por quebrantamiento de forma del número 4.º del artículo 851 de la L. E. Crim., que es el que ampara al motivo que se examina, a la pena que tengan asignada no en abstracto, sino en el caso concreto de que se trate, que es lo que ocurre en el que motiva el presente recurso, que aunque en términos generales la imprudencia temeraria es más grave que la simple por tener mayor sanción, como se trata de un delito de resultado en que la punición está limitada por la pena del delito doloso según la regla del párrafo 4.º del artículo 565 del C. P., cuando por aplicación de esos principios la pena a imponer en una y otra imprudencia sea igual, igualados quedan dentro del tipo de infracción culposa y no puede hablarse de que la temeraria sea más grave que la simple

con infracción de Reglamentos, ni que el Tribunal sentenciador haya incurrido en el defecto que le atribuye el recurrente al variar la denominación de la imprudencia que fue objeto de acusación y que aun sancionó con menor pena de la pedida por las acusaciones. (Sentencia de 25 de enero de 1967.)

Aunque en el segundo resultando de la sentencia de instancia se dice inexactamente y con infracción de lo preceptuado en el artículo 142 de dicho ordenamiento procesal, «que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos procesales como constitutivos de un delito comprendido en el artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 y de otro del artículo 9.º de la misma Ley», cuando lo cierto es que en el escrito de conclusiones provisionales de dicho Ministerio, que elevó a definitivas en el acto del juicio oral, en su conclusión segunda se consigna literalmente: «Los hechos referidos en la conclusión anterior constituyen un delito del artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950», sin hacer alusión a otro delito distinto, y sin que se invocara el artículo 9.º de la mencionada Ley especial y en la conclusión tercera se dice «de expresado delito (en singular) es responsable en concepto de autor el procesado», y si bien es verdad que en la conclusión quinta se solicitó se impusiera al procesado dos penas de tres meses de arresto mayor y privación por un año del derecho a obtener permiso de conducir, o de este permiso en caso de que ya lo hubiese obtenido, una por cada delito y las costas, la realidad es que sólo acusó del delito del artículo 3.º de la Ley, y en parte alguna de su escrito de conclusiones ni en el acto del juicio oral se hace mención de otro delito diferente, ni se cita precepto alguno en el que esté tipificado y sancionado, y así debió entenderlo la defensa del procesado al mostrar su conformidad a las cuatro primeras conclusiones del escrito del Ministerio Fiscal y en cuanto a la quinta estimó que procedía imponer al procesado una multa de 5.000 pesetas y privación del permiso de conducir durante un año, es decir, que sólo hacía referencia al único delito que expresamente había sido objeto de acusación, y por ello al condenar el Tribunal *a quo* además de por ese delito por otro que no había sido calificado y tipificado, ha incurrido en el quebrantamiento de forma que se denuncia, vulnerando el principio acusatorio que informa nuestro ordenamiento procesal penal, y con lo que se ha producido una evidente indefensión del procesado, que de haberle imputado explícitamente la comisión del delito del artículo 9.º de la Ley especial, podía haber aportado pruebas sobre su exculpación, y hasta, aun aceptando los hechos, alegar la excusa absolutoria del artículo 564, número 3.º del C. P., toda vez que el dueño de la motocicleta que usó el procesado era un hermano suyo, según se declara en los hechos probados. (Sentencia de 18 de febrero de 1967.)

Lo mismo el Ministerio Fiscal que la acusación particular en sus conclusiones definitivas, solicitaron la pena de un mes y un día de arresto mayor y privación por un año del permiso de conducir vehículos y la condena fue por el citado mes y día de arresto y tres meses de privación del carnet de conducir, en términos estrictos pena inferior a la solicitada y penalidad perfectamente adecuada a la imprudencia simple con infracción de reglamentos, castigándola incluso en el límite mínimo permitido, sin que pueda influir

el hecho concreto, que en la sentencia se considera el error quizá mecanográfico de calificar el delito de imprudencia temeraria y citar como aplicable el párrafo 2.º, en lugar del 1.º del artículo 565 del C. P., cuando lo esencial, que es lo que pudiera determinar la casación, está bien aplicada la pena. (Sentencia de 4 de mayo de 1967.)

La sentencia de la Audiencia condenó al procesado Joaquín F. F., como autor de un delito del artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 (R. 585 y Dic. 1787), a la pena de multa de 5.000 pesetas y privación del permiso de conducir o del derecho a obtenerlo por tiempo de un año.

Contra el expresado fallo el Ministerio Fiscal y la representación del encausado recurrieron en casación, por quebrantamiento de forma, apoyándose en el número 4.º del artículo 851 de la L. E. Crim., ya que el Ministerio Fiscal había solicitado la privación del permiso de conducir por tres meses y el reo había expresado su conformidad con la meritada pena al comenzar la celebración del juicio, por lo que se le había impuesto una pena mayor que la solicitada.

El T. S. estima el recurso y manda que se devuelvan las actuaciones a la Audiencia para que reponiéndolas al estado de dictar sentencia pronuncie otra con arreglo a Derecho. Pte.: Excmo. Sr. D. Enrique Cid y Ruiz Zorrilla.

Los dos recurrentes fundan sus recursos en el número 4.º del artículo 851 de la L. E. Crim., y deben prosperar, pues aceptada la calificación y pena pedida por el Ministerio Fiscal no puede la Sala imponerla superior a la mutuamente aceptada, pues lo prohíbe expresamente el artículo 655 en su párrafo 2.º de no hacer uso el Tribunal de la facultad que le concede el párrafo 3.º del citado precepto. En este caso el reo expresó su conformidad con la pena pedida por el Ministerio Fiscal que era de privación por tres meses del permiso de conducir y la Sala condenó a un año de privación. (Sentencia de 8 de mayo de 1967.)

1º) *Sentencia dictada por menor número de Magistrados que el señalado por la Ley (art. 851, núm. 6.º):* Respecto a los tres motivos de la misma índole, encauzados por el número 6.º del artículo 851 de la repetida Ley, debe notarse que, no obstante el texto literal de aquel precepto una vez firme el auto a que se refieren los artículos 69 y 70 de la L. E. Crim., por el que se deniegue o declare no haber lugar a la recusación, cesa el apartamiento legal del proceso de los Magistrados recusados, efecto provisional previsto en el párrafo 1.º del artículo 61 de la misma Ley, los cuales pueden y deben intervenir válidamente en las actuaciones posteriores, y por consiguiente, concurrir a dictar la sentencia definitiva sin que ésta pueda ser anulada, haciendo valer lo prevenido en el referido artículo 851, número 6.º, razón por la que han de desestimarse esos motivos. (Sentencia de 3 de enero de 1967.)

Siendo de estricta interpretación todo motivo casacional y no extensible a situaciones distintas a las contempladas en la norma que lo autoriza, es evidente, que debe rechazarse dicho motivo, puesto que lo que pretende es, la singular medida de alcanzar la nulidad de todo lo actuado, desde que en junio de 1959 intervino por primera vez en el sumario, el Instructor del

mismo, que tenía enemistad manifiesta con doña Dolores C. C., hermana política suya, y sin embargo no se abstuvo hasta el 28 de diciembre de 1963, siendo así que, la razón de aplicación al caso invocado de tal número 6.º del artículo 851 es radicalmente diferente al supuesto en ésta regulado, en orden al órgano contra quien se da, el momento en que se produce el hecho que se impugna y el recurso concedido. (Sentencia de 27 de junio de 1967.)

d) *Procedimiento del recurso: Admisión:* La configuración en nuestro Derecho del recurso de Casación en lo Criminal no como una instancia, sino como un auténtico recurso extraordinario, tendente a corregir los errores *in judicando*, o las violaciones *in procedendo*, hacen que su ámbito sea estricto y limitado; y por ello la admisión pasa por dos tamices, que aseguran la ortodoxia procesal del recurso, y evitan que se traigan a la censura de la Casación, materias impropias del mismo. En primer término el artículo 858 confiere al Tribunal de Instancia la facultad de denegar la petición de que se tenga por preparado el recurso de Casación cuando no se hubieren cumplido todos los requisitos exigidos en los artículos anteriores; y concretamente en lo que se refiere a la proposición de recursos al amparo del número 2.º del artículo 849, la designación, sin razonamiento alguno, de los particulares del documento auténtico que según la parte recurrente muestren el error de hecho de la resolución impugnada. En segundo término, todavía en los artículos 882 a 890 regula la posibilidad de que a instancia de parte, o incluso de oficio, se pueda inadmitir total o parcialmente el recurso cuando concurre cualquiera de las causas que se enumeran en el artículo 884 de la propia Ley (Auto de 30 de mayo de 1967.)

Siendo el de casación un recurso extraordinario y revistiendo su preparación y formalización un carácter iminentemente formal, han de sujetarse a sus normas y a sus reglas aquellos que lo deducen, sin que el hecho de «interesar a la Justicia el que se llegue al fondo y a la verdad de las cosas por encima de todo», como se dice por el recurrente al contestar los fundamentos de la inadmisión acusada le eluda a su cumplimiento por ser tal aspiración común a todos aquellos que intervienen en las contiendas judiciales, tanto al Ministerio público como a los que asumen la representación de los recurridos, debiéndose unos y otros a ellas subordinar, pues ninguno pueden, ni deben, contrariar aquellas reglas y normas que le son obligadas, por ser designio común a todos la busca de tal verdad para llegar a lo que reclame, o impone, la Justicia, pero siempre en una armónica conjunción para obtenerla. (Auto de 12 de enero de 1967.)

Por clara exigencia del artículo 874 de la L. E. Crim., el escrito de interposición del recurso de casación habrá de contener —entre otros requisitos— en párrafos separados, con la mayor concisión y claridad, el fundamento o fundamentos doctrinales y legales aducidos como motivos de casación por quebrantamiento de forma, por infracción de Ley, o por ambas causas, encabezados por un breve extracto de su contenido, y el artículo de dicha Ley que autorice cada motivo, es evidente que tal escrito no cumple su esencial y trascendente cometido, si con base en el número 1.º del ar-

título 849 de la indicada Ley, sólo cita, sin más adiciones, los artículos del C. P. que se estimen infringidos, sin establecer el breve extracto aludido y lo que es mucho peor, sin expresar las razones jurídicas que decreten en juicio del recurrente la infracción de preceptos penales de carácter sustantivo, pues de esta manera se ejercita sólo un acto imperativo de voluntad contra la sentencia impugnada y sometida a condición, y no un acto de razón además, como exige la norma al principio indicada, que pide se fundamente y argumente, en extracto primero, e *in extenso* después, con las razones que a juicio del recurrente, ampare la necesidad de que la resolución se someta al control del Supremo Tribunal, para determinar en definitiva, si se encuentra o no ajustada a Derecho, por existir o no errores *in iudicando*, que impongan su aceptación o su modificación, ya que este escrito se diferencia precisamente del de preparación del recurso que precisa el artículo 855 de la propia Ley —que no requiere fundamentación alguna— en que por su esencia y finalidad ha de manifestar una voluntad enmarcada en una lógica jurídica, que exprese sin dudas ni ambigüedades: qué se pretende contra la resolución, por qué causa y con qué alcance; y al faltar en el caso de examen, ese indispensable fundamento y sólo citarse, sin otras precisiones, por el recurrente, los artículos 514, núm. 1.º; 515, 1.º y 3.º, y 516, número 2.º del C. P., lo que procede es tener por inarticulado el recurso, como han solicitado el Ministerio Fiscal y la acusación privada, por incidir en la causa de inadmisión 4.ª del artículo 884 de tan citada Ley de trámites. (Auto de 18 de abril de 1967.)

e) *Adhesión improcedente al recurso*: La representación del responsable civil subsidiario compareció primeramente como recurrido, pero al evacuar el traslado de instrucción, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 873 en relación con el último concepto del 861 de la Ley procesal, entabló el recurso de adhesión, formulando dos motivos de casación por infracción de Ley, que por referirse a los dos respectivos formulados por la representación del procesado, deben ser admitidos; pero no así el que con el mismo fundamento, formula esta parte en el motivo tercero por infracción del artículo 22 del C. P., ello en atención a que el recurso de adhesión debe limitarse a apoyar los razonamientos del recurso principal, en este caso el del procesado, que para nada alcanza a combatir la aplicación del precepto últimamente citado, por ser argumento suscitado únicamente por el responsable civil subsidiario y en atención a su propio interés y exclusiva conveniencia, ello según la doctrina de esta Sala, reiteradamente manifestada, últimamente en el auto de 15 de diciembre de 1966, en que se consigna la prohibición de formular motivos de casación que el recurso principal no formula, porque de este modo se admitiría de modo extemporáneo un recurso que no fue preparado en su momento oportuno ante el Tribunal sentenciador, y trastocando así la temática de la casación, según está articulada en la Ley. (Auto de 12 de enero de 1967.)

El motivo de recurso que por infracción de Ley suscita el Ministerio Fiscal en trámite de adhesión, no procede sea acogida, porque si bien se formula en tiempo y forma, su contenido para nada se adhiere y en todo se separa del formulado por el principal, es decir, el de la procesada, que

basa su impugnación en la aplicación indebida del artículo 563 del C. P., como motivo principal, aparte de otros extremos, pretendiendo en definitiva la absolución de la parte recurrente como finalidad del recurso, en tanto que el recurso del Ministerio Fiscal, pretende en esencia que se aplique el artículo 565 del repetido Cuerpo legal, con lo que aparece que el recurso formulado por adhesión, que según doctrina de esta Sala debe siempre tender a apoyar el recurso principal, en este caso lo impugna y ataca, yendo manifiestamente contra el mismo; apareciendo en resumen que al margen de la oportuna preparación del recurso ante el Tribunal de instancia y por la vía ordinaria, se pretende introducir un recurso, que si pudo en su momento haberse preparado, no puede ser admitido ahora al socaire de una adhesión que por ningún lado aparece, porque ello trastocaría la temática de la casación, según está articulada en la Ley Procesal, y según está interpretada por el criterio de este Tribunal, reiteradamente manifestado, últimamente en los Autos de 15 de diciembre de 1966 y 12 de enero de 1967. (Auto de 13 de marzo de 1967.)

f) *Efectos del recurso*: El motivo se refiere a la repartición de las responsabilidades civiles dimanantes del hecho producido, atribuyendo a cada procesado el pago de los daños causados al contrario, siendo así que según la doctrina de esta Sala en casos como el actual, los interesados responsables de un hecho a cuya producción han coadyuvado conjuntamente, responden ante terceros solidariamente, para soportar cada uno sus propios daños; en razón a cuya doctrina procedería en principio su aplicación a este caso, si no se diera en el mismo la circunstancia de que no siendo recurrente el procesado Agustín R. B., conductor del coche marca Seat, que chocó con el coche Land-Rover de la empresa concesionaria de las obras, y habiéndose conformado con el fallo de la sentencia recurrida, de ser ésta casada habría de ser condenado en la nueva segunda sentencia, a pagar una cantidad superior a aquella en que resultó primeramente condenado, cosa que impide terminantemente el final del artículo 903 de la Ley procesal, que terminantemente dispone que si a los procesados en el mismo caso del recurrente les es aplicable aquello que les fuera favorable, nunca les perjudicará la casación en lo que les fuere adverso; razón que motiva el que, sin perjuicio de reconocer la aplicación a casos análogos de la doctrina de esta Sala que queda citada no se pueda aplicar en el presente caso. (Sentencia de 10 de abril de 1967.)

III. PARTE ESPECIAL

Procedimiento de urgencia: Denegación de pruebas: No quebrantó la forma el Tribunal de origen, en modo que ahora sea recurrible, al no traer al rollo de la causa testimonio del auto de sobreseimiento en el sumario 369 de 1964 del Juzgado de Instrucción, número 2 de Santander, prueba pedida y aceptada como pertinente; este defecto alegado se censura en casación cuando llega después de reclamarse la subsanación de la falta mediante los recursos o la oportuna protesta, sólo posible esta última porque la premura del procedimiento de urgencia no admite otro trámite; el artículo 798 de

la L. E. Crim. en su párrafo 2.º autoriza para reproducir la petición el juicio y en el párrafo 3.º para aportar el testimonio; no lo verificó, no formuló protesta y el motivo es inadmisibles por la causa 5.ª del artículo 884 de la Ley citada, en relación con el número 3.º del artículo 850 y con el antes citado. (Sentencia de 13 de marzo de 1967.)

El motivo del recurso postula la casación por quebrantamiento de forma, fundado en denegación de pruebas, al haberse admitido por la Sala la testifical de cuatro testigos en el Auto de 13 de noviembre de 1964, tres de los cuales no comparecieron en el acto de la vista, por lo que aquélla, después de oír al Fiscal acordó no acceder a la suspensión del juicio oral, pedida por la representación del procesado recurrente, por estimar que tenía suficientes elementos para dictar sentencia, acuerdo del que se formuló la protesta debida en el mismo acto; motivo de impugnación que es de acoger, porque siendo el presente un procedimiento tramitado como de urgencia, la Sala de instancia al estimarse suficientemente instruida, no tuvo en cuenta lo que dispone el párrafo 3.º del artículo 801 de la Ley Procesal Penal, que autoriza tal medida siempre y cuando tratándose de testigos, como en este caso, los mismos hubieren declarado en el sumario, extremo que aquí no concurre por tratarse de tres testigos que intervinieron como Cabo de la Guardia Civil y dos Guardias auxiliares, que intervinieron como componente de la Agrupación de Tráfico del Sub-sector de Madrid, en las oportunas diligencias que obran en el sumario; sin que a ello pueda obstar el que la parte no hiciese constar las oportunas preguntas, porque lógicamente habrían de referirse a aclarar los detalles del atestado, al no haber presenciado los hechos en el momento de su ocurrencia, sino haber intervenido solamente en cumplimiento de su misión policial, y sin que quepa admitir simplemente que no ha habido indefensión, ya que en el atestado constan los detalles pertinentes, pues lo esencial aquí es que no cabe rechazar una prueba admitida como pertinente, si en el sumario no han declarado los testigos. (Sentencia de 28 de enero de 1967.)

La pena de muerte en los Estados Unidos de América

VICTOR M. RAMIREZ MORELL

Attorney-at-Law, Puerto Rico.

Licenciado en Derecho por la Universidad de Madrid.

I. DATOS HISTORICOS

La historia de la pena de muerte en los Estados Unidos es muy parecida a la historia de dicha pena en el resto del mundo occidental, con la única posible excepción de que debido al desarrollo tecnológico de esta nación, los medios de ejecución empleados han sido los más modernos que la ciencia puede aportar. Tanto la silla eléctrica como la cámara de gas, que han sustituido a la horca en la mayor parte de los Estados de la Unión, producen una muerte rápida, segura, y se supone que lo menos dolorosa posible.

Aún antes de que la Carta de Derechos de 1791 prohibiera castigos "crueles y extraños", no se empleaban extensamente medios de ejecución extremadamente crueles. Algunos esclavos prófugos fueron quemados en la hoguera en la época colonial, y en 1692, un hombre llamado Gle Cory fue aplastado hasta morir, en Salem, Massachusetts, por el solo hecho de negarse a admitir el delito de brujería. No obstante, el resto de las personas encontradas culpables de brujería fueron ahorcadas en vez de quemadas en la hoguera.

Los códigos penales de las colonias americanas, aunque menos severos que los de Inglaterra, contenían muchos más delitos capitales que los de los Estados de la Unión al presente. El Código de Massachusetts de 1636 señalaba la pena de muerte por los delitos de idolatría, brujería, blasfemia, asesinato, acometimiento encolerizado, sodomía, estupro, falso testimonio y rebelión. El Código de Virginia contenía setenta ofensas capitales de las que respondían los negros esclavos, y solamente cinco para las personas de la raza blanca. El Estado de Carolina del Norte tenía, igualmente, un código muy rígido, quizá por el hecho de que no tenían una penitenciaría en aquellos días y les resultaba más conveniente disponer de los malhechores.

En el año 1880 la legislatura del Estado de Nueva York aprobó una Ley que ordenaba la eliminación de la horca como medio de ejecución de los condenados a muerte, y la construcción de una "silla

eléctrica” como medio de ejecución mucho más eficaz y humano para la disposición de criminales sentenciados a la pena capital. Trece años más tarde, en el 1893, el señor William Kemmler se convirtió en la primera persona ejecutada legalmente en la silla eléctrica, a pesar de la lucha de su abogado para salvarle de dicha pena alejando que violaba la octava enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, la cual prohíbe los castigos crueles e inusitados.

En el año 1921 la legislatura del Estado de Nevada introdujo la siguiente innovación en el medio de quitar la vida a los delincuentes. Se ordenó que los criminales sentenciados a muerte fuesen ejecutados utilizando un gas venenoso, que se introduciría en su celdas mientras dormían, sin previo aviso, para que el condenado no supiese que se le estaba ejecutando. El gobernador del Estado, el señor Emmet Boyle, quien era un fuerte opositor a la pena de muerte, firmó la Ley en la creencia de que los tribunales de justicia hallarían que el castigo violaba las garantías constitucionales sobre castigos inusitados. Por varios años no se sentenció persona alguna a la pena capital en Nevada, y por lo tanto no hubo oportunidad de probar la constitucionalidad de la Ley que autorizaba el empleo del gas. En 1924 fue sentenciado a muerte un individuo llamado Gee Jon, y el Tribunal Supremo de Nevada halló que el empleo de gas venenoso en la ejecución de sentenciados no era cruel ni tampoco inusitado. No obstante, el sistema de introducir gas en la celda del condenado mientras éste dormía fue descartado, ya que existía la probabilidad de que el gas pasara a las celdas de los demás prisioneros. Por esta razón se ordenó la construcción de una cámara de gas especial, y el señor Jon se convirtió en la primera persona en ser ejecutada por medio del gas conocido por cianuro de hidrógeno. Desde entonces, muchos de los demás Estados han adoptado este método de ejecución sustituyendo a la silla eléctrica y a la horca.

II. LA SILLA ELECTRICA

La electrocución, o sea, la silla eléctrica, es el medio de ejecución preferido por la mayor parte de los Estados de Norteamérica que aún emplean la pena de muerte como castigo.

Los patólogos difieren en sus opiniones en cuanto a la forma en que este sistema mata a las personas. Algunos creen que los músculos del corazón sufren una paralización causada por el choque eléctrico. La mayor parte de ellos creen, o mejor dicho, están convencidos de que lo que causa la muerte es una paralización del sistema respiratorio, o sea, que la persona muere por asfixia. El alto voltaje de la corriente eléctrica que se le aplica al condenado aumenta de tal forma la temperatura de su cuerpo y de su cerebro que los sentidos y la vida quedan extinguidos en pocos segundos.

El procedimiento de electrocución en una penitenciaría típica de los Estados Unidos, como lo es la de Ohio, es el siguiente:

Lo que vulgarmente llaman “la última milla” es sólo de unos pocos metros de longitud. Dentro de las paredes de piedra existe un pequeño jardín de rosas detrás de la hilera de celdas. En un extremo del jardín se encuentra el ala del edificio, que contiene lo que llaman la “hilera de la muerte”: un grupo de celdas sin ventanas sometido a una vigilancia especial. En el otro extremo del jardín está lo que llaman la “casa de la muerte”: un pequeño edificio de ladrillos, rectangular, sin ventanas, y con sólo una puerta de entrada. Justamente al pasar esta puerta, hacia la izquierda, se puede ver una pequeña celda en cuyo interior hay una cama y una silla, y es allí donde el sentenciado a muerte pasa sus últimas horas.

En el día fijado para la ejecución, el prisionero es llevado desde el oscuro recinto llamado “hilera de la muerte” a través del jardín de rosas, en lo que es su último paseo. Una vez atravesado el jardín, es llevado a la “casa de la muerte” para prepararlo a su viaje hacia la eternidad. Su cabeza es cuidadosamente afeitada para asegurar un buen contacto con los electrodos que contiene el casco que le pondrán sobre la misma. Luego le hacen un pequeño corte a los pantalones para que se haga fácil ajustarle los cables eléctricos a sus piernas. Para su última cena, puede ordenar que le traigan lo que más desee, y su deseo será complacido. También puede invitar para esta cena a cualquier persona de la prisión, sea o no preso.

Unos minutos antes de la hora fijada para la ejecución, el condenado es conducido a la cámara de ejecución. Algunos caminan hacia la silla erguidos, demostrando un valor enorme. Otros tienen que ser llevados a la fuerza, o cargados hasta la silla, medio muertos de pavor. Un capellán acompaña al prisionero hasta la celda, si así éste lo desea.

Sobre una plataforma de tres metros cuadrados aproximadamente se encuentra la silla, artefacto hecho de madera de roble, con unas tenazas de metal para los brazos y los pies, y una variedad de cables eléctricos. Frente a la silla se sientan los testigos oficiales y los representantes de la Prensa. Sobre las paredes se encuentran las fotografías de más de trescientas personas que han sido ejecutadas en la silla eléctrica en el Estado de Ohio.

En pocos segundos le ajustan las correas de la silla al sentenciado, le aplican las tenazas de metal a los brazos y piernas, le ponen el casco y ajustan los electrodos, y, finalmente, le ponen una venda sobre los ojos. Al terminar todo esto, el encargado de la prisión hace una señal y un oficial de la misma hace sonar una especie de timbre. Inmediatamente, dos guardias, que se encuentran detrás de una puerta, oprimen cada uno un interruptor que pone a funcionar el sistema. Uno de estos interruptores se supone que sea falso, para que así ninguno de los dos guardias sepa cuál fue el que actuó de verdugo. Se oye lo que más bien parece un quejido, pero que es el ruido que hace una dinamo, y las luces pierden intensidad. El prisionero se tuerce hacia adelante tratando de desprenderse de las ligaduras y de las tenazas, y la parte visible de su cara se torna de un color escarlata bri-

llante. Se ve salir un poco de humo del casco que le han puesto sobre la cabeza. Luego, el "quejido" del motor desaparece, y vuelve a empezar, parando de nuevo. En medio de un silencio tenebroso se acerca de un médico y, con su estetoscopio, examina al ejecutado y anota la hora para el expediente oficial, declarando al condenado muerto a los efectos de la ley.

Los testigos, fuertemente impresionados, desfilan silenciosamente y salen del edificio, pasando cerca de la carroza fúnebre que espera el cuerpo del condenado. Los familiares del muerto pueden reclamar su cadáver si así lo desean, pero muy pocos lo hacen. Algunos cadáveres son enviados al laboratorio de anatomía de la Universidad de Ohio. Otros, son enterrados en el cementerio de la prisión. El Estado paga los gastos de entierro, al igual que los gastos de la ejecución. La ley ha sido cumplida, y la sociedad ha sido vengada.

III. LA CAMARA DE GAS

Como explicamos anteriormente, en el año 1921 el Estado de Nevada introdujo un medio nuevo de ejecución empleando el gas de cianuro.

Los científicos explican que los derivados gaseosos de cianuro son neurovenenosos, o sea, que atacan directamente los centros nerviosos del cuerpo, y que los aparentes síntomas de sufrimiento que demuestra el ejecutado son sólo reflejos inconscientes, ya que a la primera inhalación del gas quedan paralizados los sistemas respiratorios y cardíacos. Hasta la fecha, ninguno de los ejecutados por este medio ha podido contradecir esta teoría...

Una de las ejecuciones más famosas de los Estados Unidos ha sido la de Caryl Chessman, quien murió en la cámara de gas del Estado de California en el año 1960, luego de estar luchando más de doce años por conseguir una conmutación de su pena.

Los periodistas que presenciaron esta ejecución en la prisión de San Quintín describieron al mundo sus impresiones de cómo una persona muere al inhalar gas venenoso.

Aunque la "cámara" fue herméticamente cerrada para evitar que se escaparan los gases, los periodistas pudieron observar, a través de una pared de cristal, cómo el prisionero entró y se sentó en la silla sin aparente impresión por la proximidad de su muerte. Se sentó sin vacilar, con el cuerpo erguido, sus hombros cuadrados, y aparentemente tranquilo. Debajo de su asiento, colgando sobre un envase que contenía ácido, se encontraba un puñado de bolitas de cianuro. Chessman observó indiferente mientras le ataban los brazos y piernas. La puerta de la cámara fue cerrada y asegurada. Un minuto más tarde el verdugo oprimió un interruptor y las bolitas de cianuro cayeron en el envase que contenía ácido. Chessman había sido debidamente entrenado, y se le había explicado que para hacer más fácil la ejecución, y menos dolorosa para él, debía de contar hasta diez, luego de haber escuchado

la caída de las bolitas dentro del ácido. Durante este tiempo, los gases venenosos habrían ascendido hasta el nivel de su cabeza, y era entonces cuando debía aspirar fuertemente y todo terminaría. No obstante, el instinto de preservación es más fuerte que cualquier entrenamiento, y Chessman luchó, o aparentemente luchó fuertemente, para evitar su muerte. Se pudo notar que respiraba convulsivamente, boqueaba, hacía fuerza con las mandíbulas y luchaba contra las ataduras, moviendo la cabeza violentamente. Luego de dos minutos, aproximadamente, su cuerpo quedó inmóvil y postrado. Chessman había pagado su crimen con su vida.

IV. LA SITUACION ACTUAL EN LOS ESTADOS UNIDOS

Los Estados Unidos mantienen la pena de muerte en su legislación federal y en su Código de Justicia Militar. También la mantienen en su legislación local la mayor parte de los Estados de la Unión, así como el Distrito Federal de Columbia (Washington), capital de la nación.

En la actualidad, un total de 37 de los 50 Estados mantienen la pena capital. De éstos, 19 emplean la silla eléctrica como medio de ejecución, 11 emplean la cámara de gas y siete Estados ejecutan a sus prisioneros por medio de la horca. Solamente 13 Estados han abolido la pena de muerte, pero en muchos de los otros ha caído prácticamente en desuso.

Al presente, sólo existen siete delitos castigables con la pena de muerte en los Estados Unidos, excluyendo el delito de traición. En la legislación del Estado de California sólo aparecen cinco delitos castigables con dicha pena. Es interesante observar que todos los 110 hombres ejecutados en California entre los años 1938 y 1953 fueron sentenciados a dicha pena por el delito de asesinato en primer grado (murder).

De los 37 Estados que permiten la pena de muerte, 31 permiten al Jurado determinar la pena que se ha de imponer en los delitos graves. Entre éstos, 26 dividen el asesinato en grados y sólo permiten la imposición de la pena capital en los casos de asesinato en primer grado, delito calificado por la premeditación y otras circunstancias agravantes, muy parecido a la figura jurídica de asesinato del artículo 406 del Código penal español. En cuatro Estados la ley permite al Jurado recomendar la pena de muerte en determinados casos, pero el juez no está obligado a aceptar la recomendación. En tres Estados la pena capital es obligatoria en determinados delitos, a menos que el Jurado solicite clemencia para el sentenciado.

Los siguientes 19 Estados de los Estados Unidos imponen la pena de muerte para determinados delitos, empleando como medio de ejecución la electrocución, o sea, la silla eléctrica: Alabama, Arkansas, Florida, Georgia, Illinois, Indiana, Kentucky, Louisiana, Massachu-

setts, Nebraska, New Jersey, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, Carolina del Sur, Dakota del Sur, Tennessee, Texas y Virginia.

Los siguientes 11 Estados emplean el gas venenoso, o la cámara de gas, en sus ejecuciones: Arizona, California, Colorado, Connecticut, Maryland, Mississippi, Missouri, Nevada, Nuevo Méjico, Carolina del Norte y Wyoming.

Los siguientes siete Estados emplean la horca para ejecutar a sus sentenciados a muerte: Delaware, Idaho, Kansas, Montana, New Hampshire, Utah y Washington.

El Estado de Utah también emplea el fusilamiento, a elección del condenado a muerte.

El Gobierno Federal, a través de sus Tribunales federales, impone la pena de muerte para determinados delitos, empleando el medio que utilice el Estado donde se celebre el juicio, y si éste se celebra en un Estado donde no exista la pena de muerte, el Juez determinará el medio de ejecución.

Los 13 Estados que han abolido la pena de muerte son los siguientes, además del territorio de Guam, las Islas Vírgenes y el Estado Libre Asociado de Puerto Rico: Alaska, Hawaii, Iowa, Maine, Michigan, Minnesota, Dakota del Norte, Oregón, West Virginia, Nueva York, Rhode Island, Vermont y Wisconsin.

El primer Estado en abolir la pena de muerte fue Michigan en el año 1847. El más reciente ha sido Nueva York, en el año 1965.

No obstante, el Estado de Nueva York mantiene en su legislación la imposición de la pena capital como castigo excepcional a la persona que dolosamente mate a un policía mientras éste se encuentre en el desempeño de sus funciones oficiales, así como a aquellos confinados que cumpliendo pena de prisión perpetua maten dolosamente a otro prisionero o a un guardia del penal.

El Estado de Rhode Island, aunque también abolió la pena de muerte, castiga con la horca al confinado que cometa el delito de asesinato en primer grado (murder) mientras se halle cumpliendo pena de prisión perpetua.

El Estado de Vermont también mantiene la pena capital como castigo excepcional a los confinados que maten alevosamente a un empleado del penal.

Las ejecuciones por los distintos delitos en los Estados Unidos desde el año 1930 a 1965 se distribuyen de la siguiente forma (información obtenida del Boletín del Negociado de Prisiones, Departamento de Justicia de los Estados Unidos):

DELITOS:

1930 a 1939	1940 a 1949	1950 a 1959	1960	1961	1962	1963	1964	1965	Totales
Asesinato (murder):									
1.515	1.064	601	44	33	41	18	9	7	3.332
Violación (estupro):									
125	200	102	8	8	4	2	6	0	455
Otros delitos*:									
27	20	14	4	1	2	1	0	0	69
TOTALES:									
1.667	1.284	717	56	42	47	21	15	7	3.856

* (Robo a mano armada, 24; secuestro, 20; hurto, 11; espionaje, 8; acometimiento y agresión grave, 6).

De los ocho ejecutados por espionaje, seis lo fueron en 1942, durante la segunda guerra mundial, y dos en 1953.

Como se puede observar, el número de ejecuciones en los Estados Unidos ha disminuido considerablemente. En 1966 sólo se ejecutó a una persona y en 1967 a dos.

V. EL MOVIMIENTO ABOLICIONISTA

Se puede afirmar que el movimiento abolicionista comenzó en los Estados Unidos en 1778, cuando el doctor Benjamín Rush, médico, y firmante de la Declaración de Independencia del 4 de julio de 1776, escribió un ensayo titulado "Investigación sobre la Justicia de Castigar el Asesinato con la Muerte". Sus seguidores incluían a personas como Benjamín Franklin y William Bradford, ministro de Justicia. Con su trabajo consiguió la abolición de la pena de muerte en el Estado de Pennsylvania en 1794 "para todos los crímenes excepto el asesinato en primer grado". Thomas Jefferson era también un gran abolicionista.

Uno de los más importantes defensores de la teoría abolicionista lo fue Horace Greely, fundador y editor del periódico "New York Tribune" en 1840. En el año 1848, el entonces territorio de Michigan abolió la pena capital para todos los crímenes excepto el de alta traición, y se ha mantenido igual desde que entró a formar parte de la Unión como Estado. Rhode Island le siguió en el año 1852, Wisconsin en 1853, Maine en 1876, Minnesota en 1911, North Dakota en 1915, Alaska y Hawaii en 1957, Oregon en 1964, Iowa, Nueva York, Vermont y West Virginia en 1965.

Algunos de los Estados han hecho pruebas aboliendo la pena de

muerte por un tiempo, pero se han visto forzados a restablecerla luego de cometerse algún crimen horrendo en el Estado, o como resultado de la presión ejercida por los funcionarios de la policía. El Estado de Delaware es el caso típico.

La legislatura del Estado de Delaware eliminó la pena de muerte en 1958; pero en 1961 se cometieron cuatro asesinatos sucesivamente, que exaltaron la opinión pública. Una anciana de ochenta y nueve años fue salvajemente atacada y apuñalada por un joven de la raza de color en un sector rural del Estado. Una señora prominente fue muerta por un disparo de escopeta en la cocina de su casa, y el autor de la muerte nunca fue encontrado. Finalmente, un anciano matrimonio fue asesinado a tiros en su finca por un joven, también de la raza de color. Los familiares de las víctimas, así como la policía, iniciaron una campaña extensa insistiendo en que la pena de muerte era el único castigo que atemorizaba a los criminales, y el más justo castigo para los asesinos.

Uno de los que más ruidosamente pedía el restablecimiento de la pena de muerte era el sargento de la Detective, William Mulrine, de la Policía de Wilmington. El día 18 de diciembre de 1961, por el escaso margen de un voto, la legislatura del Estado restableció la pena de muerte sobre el veto del gobernador Elbert N. Carvel. El día 28 de diciembre del mismo año, o sea, diez días más tarde, el sargento Mulrine mató a su esposa de un disparo de revólver. No obstante, pudo escapar de la "justa pena" que tanto recomendaba. Se declaró culpable de homicidio y recibió una sentencia de prisión.

Podemos afirmar que la pena de muerte está desapareciendo en los Estados Unidos. Hace varios años que se desarrolla una fuerte campaña abolicionista en todos los sectores del país. Esta campaña comenzó en California en 1960, a raíz de la ejecución de Caryl Chessman. En el mes de febrero de 1960, el gobernador de California, el señor Edmund Brown, concedió a Chessman la octava suspensión de su ejecución, y, a la vez, solicitó de la legislatura que aprobaran una ley aboliendo la pena de muerte. La legislatura se negó a acceder a su petición y Chessman fue ejecutado en el mes de mayo. Inmediatamente comenzó una campaña en todo el país para tratar de convencer a los legisladores sobre la necesidad de abolir dicho pena. El efecto de esta lucha ha sido que varios Estados han abolido la pena capital desde el año 1960.

La razón principal que exponen los abolicionistas es que la ejecución de seres humanos es una venganza cruel e inhumana que ejerce el Estado a nombre de sus ciudadanos. Recursos judiciales interpuestos por la Unión Americana de Libertades Civiles y por la Asociación Nacional para el Progreso de las Personas de Color han logrado la suspensión de todas las ejecuciones en los Estados de Florida y California hasta que se decida por los tribunales de justicia si la pena de muerte es o no contraria a los principios contenidos en la Constitución de los Estados Unidos.

La opinión popular también se ha inclinado hacia la abolición de esta pena. El último informe Gallups indica que en la actualidad en Estados Unidos hay más personas que se oponen a la pena capital que las que la favorecen.

Otro síntoma abolicionista es el hecho de que sólo un pequeño número de los sentenciados a muerte son finalmente ejecutados. La mayoría de los que son declarados culpables de delitos que conllevan la sentencia capital, escapan de la ejecución a través del perdón o conmutación de la pena, bien por el gobernador del Estado o por el Presidente de la nación, según sea el caso.

También se puede advertir la tendencia abolicionista y la repugnancia que produce la ejecución de seres humanos en el tiempo que transcurre entre la fecha en que se han dictado las sentencias de muerte y las fechas en que finalmente se han ejecutado a los sentenciados. Obviamente, la mayor parte de este tiempo lo consumen los jueces y abogados tratando afanosamente de eliminar cualquier posible error en la administración de justicia.

Los argumentos a favor de la imposición de la pena de muerte son bastante convincentes. Eminentes autores norteamericanos afirman que la muerte como castigo por determinados delitos graves es la más eficaz fuerza intimidativa que existe, y que el hombre, por lo general, teme a la muerte más que a ningún otro castigo o sufrimiento físico o mental. Continúan afirmando que muchos hombres se someten a operaciones y tratamientos dolorosos y arriesgados en su afán por evitar la muerte. Los casos más recientes son las operaciones de trasplante de corazón. A pesar de los varios fracasos que han sufrido los que se han sometido a este tipo de operación, con la excepción del caso del señor Blaugberg, hay muchas personas dispuestas a someterse a dicha intervención cuando es su última esperanza de evitar la muerte.

Otros autores afirman que en el sistema penal moderno la pena de prisión perpetua en realidad no existe, ya que la mayor parte de los así sentenciados son puestos en libertad dentro de períodos relativamente cortos. Además, la vida en las prisiones es cómoda, con una variedad de programas de rehabilitación, recreo y demás facilidades que hacen la vida del reo bastante placentera.

Muchos afirman que la vida del hombre es sagrada, pero que deja de serlo cuando el hombre no respeta los derechos y la vida de los demás hombres. Un hombre que mata a otro alevosa y premeditadamente, siendo poseedor de una inteligencia que le permite distinguir entre el bien y el mal, es más peligroso que cualquier animal. ¿Por qué razón hemos de matar al tigre carnívoro y, sin embargo, cuidadosamente preservaríamos la vida de una bestia humana? Aunque la muerte del criminal no devuelva la vida a la víctima, tampoco lo hace la pena de prisión. Sin embargo, la muerte del asesino peligrosos elimina un riesgo para el resto de la sociedad. Sin la pena de muerte no existiría fuerza intimidativa capaz de evitar que los confinados a prisión perpetua

asesinen a sus compañeros de prisión o a los guardias penales. Concluyen afirmando que la pena de muerte sólo debe ser abolida luego que los asesinos procedan a abolirla primero.

Los argumentos en contra de la pena de muerte son también muy convincentes. Los más distinguidos teólogos americanos afirman que no hay poder humano para disponer libremente de la vida de los hombres, y que sólo Dios, con su infinita bondad y caridad, es el único con poder para hacerlo. Una de las más influyentes prédicas cristianas es la que afirma que el castigo por la comisión de delitos es un privilegio de Dios, y que Jesús siempre repudió el viejo principio de la Ley del Tali6n.

La legislatura del Estado de Massachusetts ha intentado varias veces abolir la pena de muerte, pero siempre ha triunfado la presión que ejercen ciertos grupos de opini6n p6blica y los representantes de la policia. En un reciente estudio hecho por una comisi6n legislativa de este Estado se afirm6 que "de la pena capital no resulta ning6n bien a la sociedad y s6 un mal. Dicha pena no es mejor protecci6n contra los cr6menes que una condena a prisi6n perpetua. Su fuerza intimidativa es escasa y no evita que ciertas personas se vean arrastradas hacia el asesinato. La verdadera fuerza intimidativa del castigo es su rapidez y seguridad, y no su severidad. Es muy posible que los juicios serian m6s cortos y la justicia m6s r6pida si la pena m6xima fuera prisi6n perpetua y no la pena de muerte.

A pesar de la tendencia abolicionista y de la disminuci6n de las ejecuciones en los Estados Unidos, el n6mero de delitos graves cometidos aumenta considerablemente. En las ciudades, suburbios y zonas rurales de la naci6n el crimen aument6 en un 17 por 100 durante los primeros meses de 1967, en comparaci6n con el mismo periodo del a6o 1966. Seg6n los informes del Negociado Federal de Investigaciones (F. B. I.), los delitos de violencia aumentaron en un 8 por 100, los de robo a mano armada en un 30 por 100, los asesinatos en un 20 por 100, el estupro en un 7 por 100 y otras agresiones graves en un 11 por 100.

La siguiente tabla, tomada del informe del F. B. I., indica el aumento de delitos graves en los Estados Unidos durante el periodo de 1965 a 1966:

	1965	1966	Aumento	Porcentaje de aumento
Asesinato (murder)	9.850	10.920	1.070	11 %
Violaci6n	22.970	25.330	2.360	10 %
Robo a mano armada	134.680	153.420	18.740	14 %
Agresi6n grave	212.000	231.800	19.700	9 %
Hurto mayor	1.246.400	1.370.300	123.900	10 %

No obstante, la estadística anterior no es prueba convincente de que la abolici6n de la pena de muerte y la reducci6n en el n6mero

de ejecuciones sea la causa principal del aumento en el número de delitos graves que se cometen en la nación.

La abolición de la pena capital no ha causado aumento alguno en aquellos Estados que han eliminado dicha pena de sus códigos. La comparación no se puede hacer en términos generales, ya que las zonas urbanas siempre tienen un promedio de crímenes, especialmente asesinatos, más alto que las zonas rurales. Además, aquellos Estados cuyo nivel de vida es más bajo, casi siempre tienen un promedio más alto de asesinatos. Sin embargo, al comparar Estados contiguos con un nivel de vida más o menos igual, no se puede observar una diferencia apreciable entre el Estado que retiene la pena de muerte y aquel que la ha abolido, excepto, quizá, por unos pequeños márgenes a favor de los Estados que ya no tienen la pena capital en su normativa. Por ejemplo, el Estado de Michigan, que abolió la pena de muerte hace más de cien años, tuvo menos asesinatos en proporción a su población, del año 1920 al 1958, que los Estados vecinos de Ohio e Indiana, que aún mantienen la silla eléctrica. Los Estados de Maine y Rhode Island, que no imponen la pena de muerte, comparan favorablemente con los de Massachusetts y New Hampshire, que aún ejecutan a sus delincuentes. Lo mismo se puede afirmar de los Estados de Minnesota, Wisconsin y Dakota del Norte al compararlos con los Estados vecinos del Mediano Oeste.

VI. LOS MAS DESTACADOS OPOSITORES DE LA PENA DE MUERTE

CLARENCE DARROW

Famoso abogado norteamericano que murió en 1938, luego de una larga vida dedicada al Derecho penal. Fue un gran defensor de los pobres, de los que carecían de medios para pagar un buen abogado. El famoso escritor y editor Arthur Weinberg publicó en 1957 un libro titulado "Abogado de los Condenados", en el cual describe los casos más interesantes que defendió este famoso criminalista. Clarence Darrow era un firme oponente a la pena de muerte.

Uno de sus casos más interesantes fue cuando en 1924 actuó como abogado defensor de los jóvenes Nathan Leopold y Richard Loeb, hijos de prominentes familias de Chicago. A estos jóvenes se les acusaba del secuestro y asesinato de Bobby Franks, otro jovencito de la misma ciudad. El crimen fue calificado como de vicioso y premeditado, y el fiscal solicitó la pena de muerte para ambos acusados. El señor Darrow, luego de un apasionante juicio, consiguió convencer al jurado que a pesar de que los acusados habían cometido un horrendo crimen y debían ser apartados de la sociedad, no debían ser ejecutados, sino sentenciados a prisión perpetua. Su exposición del caso al jurado duró más de doce horas. Fue un magnífico discurso, en el cual dijo, entre otras cosas: "Si este tribunal condena a estos jóvenes a la pena de muerte, los estará tratando con la misma piedad que ellos tuvieron

para con Bobby Franks. Sin embargo, esto no sería justicia, ya que el Estado no puede imitar a los criminales. El Estado tiene que ser más humanitario, más inteligente y considerado que estos jóvenes que han cometido un acto tan salvaje". Al final, la sentencia de prisión perpetua para ambos acusados, que fue dictada el 10 de septiembre de 1924. Darrow salvó de una muerte segura a estos dos jóvenes mediante su brillante exposición en contra de la pena de muerte.

Trece días después de dictada la sentencia, un juez de Nueva York, el señor Alfred J. Talley, atacó duramente, mediante escritos en la Prensa, al abogado Clarence Darrow y a su doctrina en contra de la pena capital. Darrow contestó los ataques e invitó al juez Talley a un debate público sobre el tema. El debate se celebró el 23 de septiembre de 1924 en el Manhattan Opera House, de Nueva York, bajo los auspicios de la Liga para la Discusión Pública. Los boletos se vendieron desde un precio de 1,65 dólares hasta 4,40 dólares, y todos los asientos disponibles fueron ocupados. El juez Louis Marshall presidió las sesiones, asistidos por el señor Lewis E. Lawes, alcaide de la prisión de Sing Sing. El señor Darrow fue interrumpido por los aplausos de los concurrentes más de 45 veces durante su primera presentación, y más de 20 veces durante su contestación a los argumentos de su adversario.

Durante el debate, el juez Talley afirmó: "Si los individuos tienen el derecho de matar en defensa propia, por qué no el Estado, que no es otra cosa que la suma de los individuos que lo componen, y que tiene derecho a defenderse de agresiones injustas y criminales viciosos. El castigo de cualquier crimen debe tener por objeto disuadir del crimen a los demás, y debe ser vindicativo, aunque no en el sentido de venganza, pero sí para que la majestad y santidad de la ley sea vindicada".

Durante su exposición, el abogado Darrow presentó sus argumentos en una forma brillante, y dejó una profunda impresión entre los asistentes. Afirmó que si la pena de muerte fuera un ejemplo que disuadiera del crimen a las demás personas, no habría tantos crímenes, lo cual no era cierto. La pena de muerte, dijo finalmente, es un castigo brutal que debe ser completamente abolido por una humanidad que se rige por los más profundos principios cristianos.

MICHAEL VINCENT DISALLE

Abogado prominente, graduado de la Universidad de Georgetown en el año 1931, Fue gobernador de Ohio desde el año 1958 al 1962, y alcalde de la ciudad de Toledo de 1948 a 1958. Es miembro del Colegio de Abogados de Ohio desde el año 1932. Sirvió bajo las órdenes del Presidente Harry F. Truman como Administrador de Estabilización Económica, y bajo las órdenes del desaparecido Presidente Kennedy como uno de los cuatro miembros del Comité de Gobernadores Consejeros del Presidente. En el año 1965 escribió un libro titulado "El Poder de la Vida o la Muerte", en el cual explica su lucha por

corregir las injusticias y desigualdades que se cometen en los tribunales de justicia, y denuncia el sensacionalismo de la Prensa pública; a quien acusa de muchas veces excitar sin razón la opinión pública. También hace un recuento de los casos en que tuvo que intervenir. De los doce condenados a la pena capital durante su término como gobernador, seis fueron ejecutados y a seis les fue conmutada la pena por prisión.

Su libro ha sido el primero sobre este tema escrito por una persona que tuvo el poder para perdonar la vida a los condenados a muerte, y que además, por cuatro años, vivió en una estrecha relación con ellos. Durante esos cuatro años, la Mansión Ejecutiva de Ohio, residencia del gobernador, tuvo a su servicio siempre a un grupo de personas todas condenadas por asesinato o por crímenes graves. Dichas personas trabajaban para el gobernador y su familia en calidad de sirvientes, cocineros, conductor del coche oficial, etc.

Disalle se opone a la pena de muerte por considerarla como una reliquia de una época bárbarica, pero además insiste que es un castigo horrorosamente final que una vez impuesto no es posible corregir errores. Afirmaba que los jueces y los miembros del jurado, humanos al fin, muchas veces cometen errores tratando honestamente de impartir justicia.

En su libro explica que la pena de muerte no resuelve los problemas del crimen en la nación. Dicha pena ataca a los síntomas del crimen, pero no ataca a sus principales causas, y además elimina la posibilidad de rehabilitación negándole a las personas la oportunidad de convertirse en ciudadanos útiles a la sociedad. La pena de muerte, sigue diciendo Disalle, es meramente una expresión colectiva de venganza, una pasión que no debe existir en una sociedad civilizada. La vida humana es un regalo de Dios, y destruirla deliberadamente es un crimen tanto para las personas como para el Estado.

Entre los casos que cita en su libro se destacan los siguientes:

1. En el año 1920 la señora Clarence McKinney fue encontrada culpable de asesinato en primer grado (murder) por un jurado de un tribunal de Ohio. La única prueba en su contra fue de carácter circunstancial, y aparentemente fue condenada por tener antecedentes penales desfavorables. Mientras estaba en prisión aguardando el resultado de un recurso de apelación, otro hombre confesó ser el autor del crimen por el cual había sido sentenciada la señora McKinney. El Estado estuvo muy cerca de ejecutar a una persona inocente.

2. En el año 1925 un tal Ed Larkman fue sentenciado a morir por un tribunal del Estado de Nueva York. Su sentencia fue conmutada por prisión perpetua por el entonces gobernador Alfred E. Smith, en 1927. Dos años más tarde, en 1929, el verdadero autor del crimen confesó su delito, y el gobernador del Estado puso en libertad a Larkman. Otra vida inocente a punto de ser liquidada por el Estado.

3. Tommy Banbrick estaba ya en la "casa de la muerte" de la prisión de Sing Sing aguardando su ejecución cuando se descubrieron nuevas pruebas que demostraban que otro había sido el autor del cri-

men por el cual se acusaba a Banbrick. Los esfuerzos de última hora para conseguir al gobernador del Estado y solicitar la suspensión de la ejecución fueron inútiles y Banbrick murió en la silla eléctrica afirmando su inocencia.

DONALD E. J. MACNAMARA

Decano del Instituto de Criminología de Nueva York y presidente nacional de la Liga Americana para la Abolición de la Pena Capital.

En el año 1960 compareció ante el Congreso de los Estados Unidos y explicó extensamente sus razones para oponerse a la pena de muerte como castigo. Entre otras cosas, dijo lo siguiente:

“La pena de muerte es un castigo criminológicamente erróneo, ya que viola un principio básico de la penología moderna, la rehabilitación de los delincuentes.

Esta pena no proporciona una fuerza intimidativa más eficaz que otras penas más aceptables bajo el punto de vista moral y cristiano. Es la seguridad del castigo lo que disuade a los delincuentes y no la severidad del mismo.

La pena capital no ha conseguido demostrar lo que pretenden sus defensores. Los hechos y estadísticas de aquellos Estados norteamericanos que han abolido la pena de muerte así lo demuestran.

Dicha pena ha sido utilizada desigual e inconsistentemente. Las estadísticas demuestran que más de la mitad de los ejecutados desde el año 1930 han sido personas que pertenecen a grupos minoritarios.

Cuando se ejecuta a un hombre que luego resulta ser inocente del crimen de que fue acusado, la sociedad no puede reparar el error, y el hecho se convierte en una injusticia irreparable.”

ERNEST HAVEMANN

Distinguido autor que en 1960 publicó un artículo en la revista *Selecciones del Readers' Digest*, titulado: “La Muerte no es la Respuesta”. En dicho artículo hizo referencia a los siguientes casos:

1. En una prisión del Distrito Federal de Columbia (Washington), un hombre llamado Charles Bernstein, sentenciado a muerte, aguardaba su ejecución. Minutos antes de ser ejecutado, llegó un mensajero con la orden del Presidente de que la pena de muerte le había sido conmutada por prisión perpetua. Si el mensajero hubiese tardado unos minutos en llegar, quizá por problemas de la circulación, Bernstein hubiese muerto. Dos años más tarde la policía encontró prueba positiva de que Bernstein era inocente del crimen de que había sido acusado, y fue dejado en libertad.

2. En el Estado de California, dos hombres, llamados Thomas y McCain, fueron acusados de asesinar a una mujer mientras llevaban a cabo un atraco a una tienda de comestibles. Thomas fue defendido por un abogado de oficio nombrado por el tribunal. El juicio se celebró ante un juez que era famoso por su severidad, y el abogado le aconsejó

a Thomas que se declarara culpable. Nada se dijo en el tribunal acerca de su buena conducta previa tanto como ciudadano como de soldado. Thomas fue sentenciado a la pena de muerte y ejecutado. El otro asesino, McCain, fue defendido por un buen abogado, quien llevo su caso ante el jurado. Fue encontrado culpable, pero sentenciado a prisión perpetua.

3. En el Estado de Texas, una mujer que había ya asesinado a siete hombres fue finalmente sentenciada a muerte por matar a su octava víctima. Durante esos mismos días fue también sentenciado a muerte un hombre que había matado a su esposa en un momento de coraje al verla en compañía de otro hombre. El acusado nunca había tenido problemas con la justicia y su conducta como ciudadano había sido ejemplar. La mujer que había asesinado a ocho personas nunca fue ejecutada. Su pena fue conmutada por prisión perpetua, pues el Estado de Texas deseaba mantener intacto su historial de no haber nunca ejecutado a una mujer. El pobre hombre que había matado a su mujer en un momento de pasión fue ejecutado.

Otros defensores de la abolición de esta pena han sido los siguientes:

Le Roy Collins, antiguo gobernador de Florida.

Edmund G. Brown, antiguo gobernador de California.

Goodwin Knight, antiguo gobernador de California.

Robert Holmes, antiguo gobernador de Oregón.

Frank Clements, antiguo gobernador de Tennessee.

Fred Hall, antiguo gobernador de Kansas.

C. E. Anderson, antiguo gobernador de Minnesota.

Orville Freeman, antiguo gobernador de Minnesota.

Caleb Boggs, antiguo gobernador de Delaware.

G. M. Williams, antiguo gobernador de Michigan.

M. L. Simpson, antiguo gobernador de Wisconsin.

Lane Dwinell, antiguo gobernador de New Hampshire.

Vernon Thomson, antiguo gobernador de Wisconsin.

Edmund Muskie, antiguo gobernador de Maine.

John Davis, antiguo gobernador de North Dakota.

Dennis Roberts, antiguo gobernador de Rhode Island.

August Vollmer, antiguo presidente de la Asociación de Jefes de Policía, por muchos años jefe de la Policía de Berkeley, en California, y profesor de la Universidad de Chicago, Universidad de California y Universidad de Hawaii.

Sheldon Glueck, profesor de Criminología de la Universidad de Harvard.

Thomas Mott Osborne, el gran penalista norteamericano.

Abraham J. Multer, miembro del Congreso de los Estados Unidos.

VII. CASOS CELEBRES

EL CASO LINDBERGH

Unos minutos después de las nueve de la noche del 1 de marzo de 1932, el niño Charles A. Lindbergh Jr., de veinte meses de edad, fue raptado de su cuna en la nueva casa de sus padres, cerca del pueblo de Hopewell, New Jersey. El niño era el primogénito del famoso aviador Charles A. Lindbergh y su esposa, Anne Morrow. Su cadáver fue descubierto días más tarde, luego de la búsqueda más intensa del siglo. Había sido asesinado luego de haber sus raptadores recibido el importe en dinero que pedían por su libertad.

Este crimen fue considerado el crimen del siglo y quizá el más misterioso de todos, ya que pocas personas saben toda la intriga y tragedia que rodeó al mismo. En el mismo se vieron envueltos, además del acusado, un carpintero alemán llamado Bruno Richard Hauptmann; su esposa, Anna; la enfermera del niño, llamada Betty Gow; el experto en madera Arthur Koehler, que fue quien identificó la escalera dejada en la escena del crimen; el doctor John F. Condon, el misterioso intermediario, y el gobernador Hoffman, del Estado de New Jersey.

El juicio comenzó el día 1 de enero de 1935, ante el juez Thomas Whitaker Trenchard, y actuó como fiscal el abogado David T. Wilentz. El abogado defensor lo fue Edward J. Reilly, asistido por otros. El caso se vio en el Tribunal de Flemington, Condado de Hunterdon, Estado de New Jersey.

El juicio terminó el día 12 de febrero de 1935. El jurado solamente deliberó por espacio de once horas y catorce minutos y encontró a Hauptman culpable de asesinato en primer grado. El juez Trenchard lo sentenció a morir en la silla eléctrica, fijando la fecha de la ejecución para el día 18 de marzo de 1935. El juicio sólo duró seis semanas. El expediente del caso contenía millón y medio de palabras y llenaba treinta volúmenes de cuartillas a máquina.

La prueba presentada en contra de Hauptman fue mayormente de tipo circunstancial y, por consiguiente, la sentencia fue considerada como extremadamente severa. La señora Eleanor Roosevelt, esposa del presidente Franklin D. Roosevelt, dijo a los periodistas: "Este juicio ha dejado una duda en mi mente. Aunque no siento simpatía hacia Hauptman, no dejo de pensar qué pasará si es ejecutado y luego resulta que es inocente".

Hauptman murió en la silla eléctrica a las 8,45 de la noche del 3 de abril de 1936. El extenso juicio de apelación y el veredicto del jurado lograron condenar a un hombre, pero no lograron esclarecer el misterio que rodeó al crimen. Nadie supo exactamente qué ocurrió en aquella noche trágica del 1 de marzo de 1932 en Hopewell.

La reacción del Congreso Federal por este crimen fue de coraje y se aprobó una severa ley, llamada la "Ley Lindbergh". En ella se

ordenaba que "la persona o personas que a sabiendas lleven de un Estado a otro a cualquier persona que ha sido víctima de secuestro ilegal y retenida hasta el pago de rescate, serán condenadas a muerte si el secuestrado no es puesto en libertad sin haber sufrido daños físicos y si el veredicto del jurado así lo recomienda". Esta ley prevaleció por muchos años tal y como fue redactada, pero una decisión reciente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (abril de 1968) ha suprimido la cláusula de la pena de muerte de la misma. Toda vez que, según la ley, la pena de muerte sólo podía imponerla el veredicto del jurado, los acusados se veían obligados a arriesgarse a recibir esta severa pena o a renunciar a un juicio por jurado. Si se declaraban culpables o pedían juicio por tribunal de derecho, no se arriesgaban a ser condenados a muerte. Toda vez que la enmienda VI de la Constitución de los Estados Unidos garantiza un juicio por jurado, el juez Potter Stewart, al explicar esta decisión de suprimir la cláusula de la ley, dijo. "El efecto inevitable de esta ley tal y como está redactada es privar a los acusados de ejercer un derecho que les garantiza la Constitución: el juicio por jurado". Esta decisión del alto tribunal dejó con efecto el resto de la ley según fue redactada originalmente en 1932. La cláusula de la pena de muerte le fue añadida en 1934.

EL CASO CHESSMAN

Caryl Whittier Chessman fue acusado de un crimen grave y sentenciado a muerte en California en el año 1952. La fecha de su ejecución fue fijada para el día 28 de marzo de 1952.

Chessman sobrevivió ocho diferentes fechas fijadas para su ejecución y finalmente sufrió la pena capital en mayo de 1960.

Durante su estadía en la "casa de la muerte" de California escribió cuatro libros. Uno de ellos, titulado "La celda 2.455 de la Casa de la Muerte", publicado en 1954, fue un gran éxito y del mismo se han vendido más de medio millón de ejemplares en los Estados Unidos solamente. También ha sido traducido a más de doce idiomas extranjeros.

Chessman también sobrevivió al juez que le condenó a muerte y se convirtió en el prisionero más famoso del mundo.

Cuando la fecha de su ejecución estaba cerca en 1960, el gobernador Brown del Estado, celebró una sesión especial con la legislatura cuyo propósito principal era salvar a Chessman mediante una ley aboliendo la pena de muerte. La sesión se celebró en contra de la presión de la opinión pública, que, aunque favorecía la pena de muerte, clamaba por que se le perdonara la vida a Chessman. Una caravana de automóviles trajo 384 firmas de catedráticos y profesores de la Universidad de California pidiendo la abolición de la pena capital. Un maestro de escuela, llamado Norbert Nicholas, sufrió una huelga de hambre de cuatro días pidiendo por Chessman. Se celebraron demostraciones públicas, paradas; se recibieron cartas y telegramas de toda la nación y del extran-

jero en la oficina del gobernador Brown. Se recibieron mensajes de personajes famosos, incluyendo uno de la reina madre de Bélgica y otro de la Cámara de Diputados de Italia. En Brasil se recogieron más de dos millones y medio de firmas pidiendo la conmutación de la pena de Chessman por prisión perpetua.

A pesar de esto, y de que su ejecución había sido suspendida ocho veces durante cerca de doce años, Chessman fue ejecutado en la prisión de San Quintín, de California, el día 2 de mayo de 1960. Con esta ejecución se cerró un capítulo más en la historia de la pena de muerte en los Estados Unidos.

VIII. CASOS RECIENTES

En marzo de 1968, un hombre, llamado William Dale Archers, de cincuenta y cinco años de edad, fue encontrado culpable de tres acusaciones de asesinato en primer grado por haber matado, mediante el empleo de inyecciones de insulina, a dos de sus antiguas esposas y a un sobrino de quince años. A menos que el gobernador del Estado de California le conmute la pena, Archers será ejecutado en la cámara de gas de la prisión de San Quintín.

En el condado de Allegheny del Estado de Maryland, ha sido acusado el joven Gary Lee Miller Jr., de dieciséis años de edad, del asesinato de la jovencita de veinte años Judy Lee Ziegler al ésta resistir un intento de violación. El juicio se celebró ante dos jueces, a quienes les bastó solamente dos minutos de deliberación para encontrarlo culpable del cargo. El juez Harold Naughton, que presidía el caso, sentenció a Gary a la pena de muerte.

En el Estado de Ohio, un jovencito de dieciséis años, llamado Fred Sherick Jr., mató a su padre, aunque luego alegó que la muerte había sido accidental. Hace pocas semanas, el Jurado lo encontró culpable de asesinato en primer grado y no recomendó clemencia al juez sentenciador. Fred fue sentenciado a la pena de muerte, y se encuentra aguardando la fecha de su ejecución.

En estos últimos dos casos es muy probable que las sentencias sean conmutadas por prisión perpetua. Tanto el gobernador Spiro Agnew, de Maryland, como el gobernador James Rhodes, de Ohio, son firmes opositores de la pena de muerte. Además, ninguno de estos dos Estados ha ejecutado a persona alguna durante los últimos cinco años, y ninguna persona menor de dieciocho años de edad ha sido ejecutada en los Estados Unidos desde el año 1954.

En la penitenciaría del Estado de New Jersey se encuentra un hombre llamado Edgar H. Smith, de treinta y cuatro años, quien fue sentenciado a muerte por el asesinato de la jovencita Vitoria Zielinski, de quinientos años de edad. La sentencia fue dictada hace más de once años y todavía Smith aguarda su ejecución, luego de repetidos intentos de apelación ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Este Tribunal se ha negado a revisar la sentencia. Smith ha escrito un libro explicando las circunstancias de su caso y describiendo su vida. El

libro consta de más de 400 páginas, y en el mismo afirma su inocencia del crimen por el cual ha sido sentenciado. El libro se titula "Alegato contra la Muerte".

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en decisión dictada en junio de 1968, declaró que la sentencia de muerte no podrá ser impuesta a reos juzgados por un Jurado del cual, al ser seleccionado, hayan sido excluidas personas que manifiesten sentir escrúpulos religiosos o de conciencia contra la pena capital. La votación en esta histórica decisión fue de cinco miembros del Tribunal Supremo a favor y cuatro en contra. El juez Potter Stewart, quien habló a nombre del Tribunal, dijo: "Ningún acusado podrá ser legalmente ejecutado, de acuerdo con nuestra Constitución, por un tribunal cuyo Jurado haya sido así constituido".

Dicha decisión fue el resultado de una apelación de un caso del Estado de Illinois, en el cual había sido sentenciado a muerte el señor William C. Witherspoon, quien había sido encontrado culpable por un Jurado del cual, en el momento de su selección, habían sido excluidas 39 personas que manifestaron oponerse a la pena capital. A ninguno de estos candidatos a miembros del Jurado se les preguntó si sus escrúpulos les obligaban a votar en contra de dicha pena en todo caso.

Durante el mes de julio de 1968, el procurador general de los Estados Unidos, cargo equivalente al ministro de Justicia, recomendó al Congreso de los Estados Unidos la abolición de la pena de muerte como castigo por crímenes cometidos dentro de la jurisdicción del Gobierno federal. El procurador manifestó que la abolición de la pena de muerte, no sólo de los estatutos federales, sino de todos los códigos y leyes de los Estados de la Unión, constituiría "Un hito importante en el largo camino que nos aleja de la barbarie...".

IX. CONCLUSION

Aunque lógicamente la pena de muerte debía ser la más eficaz fuerza intimidativa para disuadir a los individuos de la comisión de delitos graves, la realidad es que en los Estados Unidos, al igual que en muchos otros países, no lo es. Cada vez que se comete un asesinato en esta nación, lo cual sucede con bastante frecuencia, la pena capital sufre un fracaso como tal fuerza de intimidación. No obstante, hay que admitir que aunque podemos palpar sus fracasos, no podemos enumerar sus triunfos. Nunca podremos saber ciertamente cuántas personas con intenciones de matar no lo han hecho por temor a la pena de muerte.

La pena capital como castigo sólo podría estar justificada si se pudiese probar, fuera de toda duda, que evita o ayuda a evitar que las personas cometan asesinatos y otros delitos graves. Si la pena de prisión perpetua puede servir el mismo propósito, es preferible a la pena de muerte.

Las estadísticas demuestran que la pena de muerte como fuerza intimidativa no ha tenido gran eficacia en los Estados Unidos. Los

disparos hechos por Lee Harvey Oswald en Dallas el 22 de noviembre de 1963 confirman, entre otros casos, esta aseveración. Tres presidentes de los Estados Unidos fueron asesinados antes que John F. Kennedy, y los tres asesinos a su vez murieron como consecuencia del crimen por ellos cometido. John Wilkes Booth, el asesino de Lincoln, fue muerto mientras intentaba escapar de sus perseguidores. Sus cómplices fueron ahorcados. El asesino del Presidente Garfield fue asimismo ahorcado, como también lo fue el anarquista que mató al Presidente McKinley.

Sin embargo, ninguna de estas muertes intimidó a los hombres que atentaron contra la vida del Presidente Franklin D. Roosevelt en Miami en el año 1933, ni tampoco intimidó a los que en 1950 intentaron matar al Presidente Truman en la Casa Blanca. En todos estos casos los culpables pagaron con su vida.

El miedo a una muerte segura no fue suficiente para que Lee Harvey Oswald se intimidara, y sus disparos segaron la vida de un gran hombre. Tampoco se intimidó Jack Ruby, quien días más tarde mató premeditadamente a Oswald, sabiendo que terminaría su vida en la silla eléctrica.

La muerte de Oswald produjo una intensa impresión en la nación americana, ya que se le privó del derecho a ser juzgado por su crimen de acuerdo con el procedimiento normal de la justicia. La muerte prematura de Oswald obstaculizó la investigación de los motivos de su crimen y la identidad de sus posibles cómplices. Sin embargo, creo firmemente que el hecho de que surgiera una reacción pública tan intensa contra la muerte de Oswald implica un rechazo por parte del pueblo del principio de la pena de muerte como castigo. Si la sociedad creyera que la muerte del Presidente Kennedy debía ser vengada, y que la muerte de Oswald servía este propósito, dicha sociedad se hubiese sentido satisfecha con el acto de Ruby. Por el contrario, si la sociedad creyó que Ruby, como individuo, no podía vengar la muerte de Kennedy, esa misma sociedad no podría justificarse en buscar una venganza colectiva sentenciando a muerte a Ruby. El Jurado de Dallas rindió un veredicto curiosamente contradictorio en el caso de Ruby. Al condenarlo a muerte, el Jurado decidió que la muerte de Oswald como venganza de la muerte del Presidente Kennedy fue incorrecta, pero que este error debía ser corregido con otra muerte, la de Jack Ruby.

Otro caso interesante que demuestra la ineficacia de la pena de muerte como fuerza intimidativa lo es el de Charles Justice, quien en el año 1902 se encontraba cumpliendo una sentencia de veinte años en la penitenciaría de Ohio. Su trabajo en la prisión consistía en limpiar y atender la llamada "casa de la muerte", donde se encontraban las celdas de los condenados a muerte, y la cámara especial donde estaba instalada la silla eléctrica. Luego de presenciar varias ejecuciones, Justice determinó que la silla eléctrica tenía varios defectos, y empezó a pensar cómo corregirlos. La silla era muy grande para

la mayor parte de los condenados, los cuales, al recibir el impacto de la corriente eléctrica, se estremecían y torcían, haciendo ineficaz el contacto con los electrodos que les aplicaban a la cabeza y piernas, y causando quemaduras que producían un olor muy desagradable para los testigos que presenciaban la ejecución. Justice corrigió estas deficiencias diseñando unos brazaletes especiales de hierro que inmovilizan las piernas y brazos de los condenados y evitan los movimientos bruscos que hacían ineficaces a los contactos eléctricos.

En el mes de abril de 1910 Charles Justice fue puesto en libertad provisional como premio a su conducta en el penal. Al salir, estaba muy familiarizado con la suerte que corrían los condenados a muerte, pues gracias a su trabajo la silla eléctrica funcionaba más eficazmente. Sin embargo, todo esto no fue suficiente para que Justice se intimidara. En noviembre del mismo año regreso a la penitenciaría, esta vez acusado de asesinato en primer grado. El día 10 de octubre de 1911 murió en la misma silla eléctrica que él había ayudado a ser más eficaz, inmovilizado por los brazaletes que él mismo había diseñado.

En una nación como los Estados Unidos de América, donde por garantía constitucional prevalece el juicio por Jurado, es más probable que se cometan errores en la administración de justicia, ya que los miembros del Jurado, por no ser profesionales del Derecho, rinden muchas veces un veredicto influenciados por pasiones o impresiones que normalmente no afectarían a los jueces de un tribunal. Si estos errores se cometen en casos de pena de muerte no pueden ser corregidos luego de ejecutado el reo.

No obstante, es necesario afirmar que los criminales deben ser castigados adecuadamente por sus crímenes, aunque luego, durante la ejecución del castigo, se realicen los esfuerzos necesarios para la rehabilitación de los delincuentes y su eventual reintegración a la sociedad. El castigo deberá ser rápido y seguro, y deberá ser lo suficientemente severo para que tenga eficacia intimidativa sin necesidad de recurrir a la pena de muerte.

La vida en los penales deberá ser lo suficientemente rígida, sin atractivos, aunque no cruel. La libertad bajo palabra sólo debe ser concedida luego de un extenso y cuidadoso estudio de cada caso, y sólo a aquellos delincuentes que demuestren verdaderos méritos. Aun así, los sentenciados a prisión perpetua deberán cumplir por lo menos veinte años de su pena antes de ser considerados para la libertad bajo palabra.

En conclusión, es necesario aplicar un castigo adecuado, rápido y seguro a los criminales, especialmente a aquéllos culpables de crímenes viciosos y premeditados, como lo son el asesinato, estupro, robo a mano armada, etc. No obstante, la pena de muerte debe desaparecer de los códigos modernos no sólo por no haber demostrado su eficacia intimidativa, sino por ser contraria a los principios morales y humanitarios que rigen la vida y el comportamiento de los pueblos en la actualidad.

REVISTA DE LIBROS

ALTERNATIV-Entwurf Eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Politisches Strafrecht: "Proyecto Alternativo de Código Penal. Parte Especial. Derecho penal político". Presentado por Baumann, Brauneck, Grünwald, Hanack, Armin Kaufmann, Arthur Kaufmann, Klug, Lampe, Lenckner, Maihofer, Noll, Roxin, Schmitt, Schultz, Stratenwerth y Stree, con la colaboración de Artz, Backes y Quensel. Editorial J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1968, 133 páginas.

Un grupo de penalistas alemanes y suizos pertenecientes a las últimas generaciones ha emprendido la tarea de elaborar un Proyecto Alternativo (al Proyecto Gubernamental) de Código penal. De este Proyecto Alternativo han aparecido hasta ahora el volumen correspondiente a la Parte General (1966), el que recensionamos y, posteriormente, el que se ocupa de la regulación de los delitos sexuales, de los delitos contra el matrimonio, la familia y el estado civil, y de los delitos contra la paz religiosa y la paz de los difuntos. Al grupo originario de 14 miembros, que fue el que elaboró la Parte General, se han incorporado después, para la redacción de la Parte Especial, los catedráticos de Bonn, Gerald Grünwald y Armin Kaufmann.

La orientación marcadamente liberal y tolerante, que es una de las características del Proyecto Alternativo, se pone claramente de manifiesto en este primer tomo de la Parte Especial.

Cumpliendo el mandato del art. 26 de la Ley Fundamental de Bonn —que hasta ahora no había sido tenido en cuenta ni por el vigente Código Penal alemán ni por el Proyecto Gubernamental— se crea un Título Primero dedicado a la "Traición a la paz ("Friedensverrat"). En dicho título se pune (§ A 1) a los que intentaren o prepararen la intervención de fuerzas armadas de la República Federal de Alemania para una guerra de agresión o para un asalto armado contra un territorio situado fuera de la República Federal. El § A 2 tipifica la conducta del que exige la intervención de las fuerzas armadas federales creando, con ello, un serio peligro para la convivencia pacífica de los pueblos. El último precepto de ese título (§ A 3) castiga al que públicamente y de una manera que perturbe la convivencia pacífica de los pueblos excite al odio contra otro pueblo.

El título segundo se ocupa de la "Alta traición". Entre las novedades que este título presenta frente al vigente Código Penal y frente al Proyecto Gubernamental figura la de suprimir del título, por consideraciones sistemáticas, los delitos de homicidio del Jefe del Estado y de privación de sus facultades constitucionales. En la fundamentación del Proyecto Alternativo se indica que tales hechos no tienen nada que ver con la alta traición y que en posteriores deliberaciones se decidirá si y dónde deben insertarse en otro lugar del Código tales delitos.

El título tercero está dedicado a los "Delitos que ponen en peligro la paz

y la Constitución". Como en el título segundo, también en el tercero se restringe considerablemente el ámbito de punición. Por ser característica de la actitud básica del Proyecto Alternativo, me parece interesante referir cómo se fundamenta la supresión del delito de injurias a la República Federal de Alemania, a su orden constitucional, banderas, símbolos, etc. Los autores del Proyecto opinan que las actividades políticas de los Partidos sólo pueden ser castigadas cuando ha precedido una prohibición del Partido político declarada por el Tribunal Constitucional; por lo general, en los casos de injurias del Estado se trata de supuestos de propaganda política. Los autores del Proyecto juzgan muy difícil formular un tipo penal que castigue la ofensa a la República Federal y en base al cual no fuera posible, al mismo tiempo, punir la crítica política o el chiste y la sátira políticos. Antes que poner en serio peligro el derecho a la libertad de expresión garantizado por la Ley Fundamental de Bonn, el Proyecto Alternativo prefiere renunciar a ese tipo del vigente Código alemán, mantenido tanto en el Proyecto Gubernamental como en el Proyecto del Partido Socialdemócrata de Alemania.

En el Título Cuarto se recogen los delitos de traición ("Landesverrat"). Su formulación es acertadísima tanto desde un punto de vista técnico como desde la perspectiva de la justicia material. En el §A 14 se define el secreto de Estado con un criterio formal-material. Para que se dé un secreto de Estado son precisos dos requisitos: se tiene que tratar de hechos cuyo conocimiento por una potencia extranjera sea apropiado para causar un grave perjuicio a la defensa nacional; además, es preciso que el hecho haya sido calificado de "secreto" por un instancia estatal. De esta manera, la libertad de prensa y la seguridad jurídica quedan suficientemente garantizadas: el periodista que informa al público sobre unos hechos calificados oficial y formalmente de "secretos" no puede ser sometido a responsabilidad penal si no se demuestra que, además, el conocimiento por otro país de lo revelado era idóneo para perjudicar seriamente la defensa de la República Federal de Alemania. Por otra parte, la revelación de hechos o conocimientos idóneos para comprometer la defensa nacional no constituye delito si no han sido calificados formalmente por la Administración de "secretos". Este concepto de secreto es el empleado en los tipos cuyo sujeto activo es un simple ciudadano (§ A 15), un funcionario que conoce el secreto por razón de su cargo (§ A 16), o un idealista político o un oportunista (§ A 17). En cambio, entran en juego otros criterios cuando el sujeto activo es un espía ("el que colabora con un servicio secreto extranjero"); si el autor es un espía su conducta es punible, aunque lo que revela no sea un secreto de Estado, bastando únicamente que dé a conocer un hecho "de importancia" para la seguridad exterior o las relaciones exteriores de la República Federal. Por lo que se refiere a los tipos de los §§ A 15, A 16 y A 17, el Proyecto Alternativo declara impune la revelación de un "secreto ilegal de Estado"; esto es: de "medidas o acontecimientos que lesionen el orden fundamental liberal o democrático o la idea del entendimiento entre los pueblos". Con ello se evitaría, para el futuro, una repetición del caso Ossietzky, el periodista alemán, premio Nobel de la Paz, condenado en 1931 por traición, por haber revelado preparativos militares secretos del Gobierno de la República de Weimar que estaban en contradicción por el Tratado de Versalles y con la Constitución alemana de Weimar.

Al final del volumen figura un apéndice en el que se confrontan los preceptos del Derecho penal político del vigente Código Penal alemán, del Proyecto Gubernamental, del Proyecto del Partido Socialdemócrata y del Proyecto Alternativo.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

BRAY, L. DE: "Travail social et délinquance". (Trabajo social y delincuencia). (Bruselas, 1967, Editions de L'Institut de Sociologie de L'Université Libre de Bruxelles). 382 pp. 15 X 24 cm. 390 FB.

Este libro ofrece el fruto de una larga experiencia en el campo de la Asistencia Social: Mme. de Bray ha dirigido escuelas de Trabajo Social y forma parte de varias organizaciones internacionales, habiendo sido encargada por el Ministerio de Justicia de su país de dirigir la asistencia social en los establecimientos penitenciarios.

La obra que comentamos, dirigida especial pero no exclusivamente a los asistentes sociales en el campo de la administración de justicia, explica el método y la técnica de Caseworker.

La promulgación, en 1964, de la ley belga sobre la "probation", hace indispensable un estudio sobre el CW. Como es sabido, la "probation", institución clásica del Derecho anglosajón, guarda ciertas similitudes con nuestra condena condicional: ésta suspende la ejecución de la pena, aquélla, el pronunciamiento de la sentencia. El moderno Derecho penal, influido por la criminología y sus recientes descubrimientos, tiende cada vez más a la subjetivación: y esto por razones no solamente de justicia (pues evidentemente no puede juzgarse igual al autor de un delito aislado que al delincuente profesional), sino además por razones de índole práctica, ya que a la sociedad le es más útil y menos costoso resocializar al individuo idóneo que limitarse a castigarlo.

¿Cómo puede entonces el Tribunal decidir si es o no procedente la aplicación de la "probation" en un caso dado? Este es el objeto del CW en el campo judicial. Podemos considerar el CW en general como: "Proceso que tiende a comprender las necesidades, aspiraciones y comportamiento de un individuo, y a ayudarle a reestructurarlas de manera satisfactoria para él y conforme con las exigencias de la vida en sociedad" (pág. 15). Y en el aspecto que ahora nos ocupa, se realizará por medio de un "estudio social". La ley belga del 29 de junio de 1964 prevé que podrán los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, solicitar que un asistente social efectúe un estudio previo sobre la personalidad del procesado y su medio ambiente.

Este estudio social está orientado en una doble vertiente: por una parte, para informar al Tribunal: quién es el procesado, personalidad, formación y circunstancias que le han llevado a delinquir; ventajas e inconvenientes de la probation en su caso; si puede razonablemente correrse el riesgo de otorgársela o, en caso contrario, qué medidas serían las más adecuadas para él.

Pero no puede limitarse a esto: debe también aprovecharse al máximo la relación personal que necesariamente se establecerá entre el informador y el inculpado. Así, el trabajador social procurará exponerle su propia función, y también, dado el confusionismo que, normalmente, existe en el procesado res-

pecto al papel del Tribunal, se le instruirá en este sentido, para evitar en lo posible que se sienta un extraño en su propio proceso, fuerza ciega a la que no cabe sino resignarse.

La autora expone a continuación (págs. 54 ss.), de forma pormenorizada, las diversas etapas del estudio social: entrevistas con el procesado, fuentes de información sobre su personalidad y antecedentes (familiares, educadores, amigos, autoridades locales, etc.), hasta llegar al diagnóstico social.

En la segunda parte del libro (págs. 125 ss.), Mme. de Bray trata de la fase siguiente: esto es, el CW aplicado a los que cumplen penas de prisión. El Trabajador Social Penitenciario se ocupará de los problemas relativos a la vida del preso: visitas, correspondencia, incluso si sería conveniente autorizar su matrimonio en la prisión, etc. Se ocupa también de los casos de libertad provisional concedida en razón de una serie de factores que pueden variar: salud, situación familiar, etc. Así como de los casos en que la concesión de "medidas de favor" puede ser aconsejable: indultos, libertad condicional, etc. Entra dentro de su labor, asimismo, preparar psicológicamente al detenido para el día de su liberación.

La tercera y última parte de la obra que comentamos la dedica su autora al tratamiento social en libertad (págs. 231 ss.).

La finalidad del libro es dar a conocer estas técnicas, primero a los asistentes sociales que las realizarán personalmente; también a los funcionarios de la administración de justicia. Y, desde luego, a la sociedad pues... "hemos alcanzado un nivel de civilización en el cual es un deber respetar el valor intrínseco de todo ser humano y no restringir su libertad y sus derechos más que en la medida indispensable al bien común".

Es éste, en conjunto, un libro interesante, ameno, magníficamente documentado, como es lógico en una persona que ha dedicado la mayor parte de su vida a los problemas que trata. No pretende Mme. de Bray sino enterar, informar, para encaminar a la acción a quienes se sientan preparados para ella, advirtiéndole, en cita del profesor Lyon-Caë, que: "Hay que saber y saber hacer; pero no hay que esperar a saberlo todo para empezar a hacer".

A. BERISTAIN, S. J.

CALVI Alesandro A.: "Tipo criminológico e tipo normativo d'autore". Pubblicazioni della Facoltà de giurisprudenza dell'università di Padova. Edit. Cedam. 1967, XVIII + 627 páginas.

Calvi divide la obra en dos grandes partes. Coincide la primera —la tipología subjetiva de la legislación italiana— con un estudio de la tipología en general y su reflejo en el Derecho italiano, siendo la segunda —tipología subjetiva y política criminal moderna— algo más cercano a un estudio crítico de la tipología y las tendencias iconoclastas del delincuente-tipo. Por último rubrica el trabajo con un exhaustivo esquema de la moderna tipología subjetiva en el derecho criminal.

Comienza Calvi su discurso lógico señalando la imposibilidad de que el hom-

bre, en la dimensión de personalidad antisocial, pueda sustraerse de la reducción al hombre-tipo. Esta tipología del hombre-delincuente creada en la Criminología y Derecho penal no debe de encontrar una solución de continuidad entre la lógica cognoscitivo-empírica de aquélla y la cognoscitivo-valorativa de éste. Señala Calvi la necesidad del tipo, como la reducción categorial y clasificativa, para el desarrollo de la ciencia criminológica y penal. El Derecho civil utiliza también una tipología: el buen padre de familia, el escrupuloso hombre de negocios.

El Derecho penal crea primero tipos de situaciones de hecho (presupuestos) y luego consecuencias-tipo (pena y medida de seguridad); de esta forma el delincuente subsumible en el presupuesto-tipo y reconducible a una particular categoría de personalidad podría señalarse como un delincuente-tipo. Sin embargo, la tipología de autor es independiente de la imputación de un comportamiento-tipo. En este sentido es necesario distinguir tres tipologías de presupuestos: la tipología objetiva del bien tutelado, tipología de los comportamientos y tipología de los autores. O, lo que es lo mismo, lesión-tipo, conducta-tipo y autor-tipo. Se da a entender, pues, por tipo de autor normativo al coincidente con el verdadero presupuesto-tipo de la consecuencia jurídico-criminal. En este punto señala Calvi la doctrina del *Tätertyp* en su sentido negativo de creadora del tipo de autor normativo general utilizado por el estado totalitario nacional-socialista como instrumento de su política contra el judío y el polaco.

Pero todo esto resulta insuficiente. Se contiene la tipología de autor sólo en los institutos de la reincidencia, habitualidad, profesionalidad y tendencia al delito. Sin embargo, la sugestión que la Criminología opera sobre la doctrina penal aboga por una consideración ontológica del problema reconstruyendo la personalidad normativa a través de las realidades biológicas, psicológicas y caracteriológicas huyendo de la abstracción meramente cognoscitiva del tipo normativo para perseguir una estructura real sobre base personalístico-categorial. Por ello el tipo normativo no ha de configurarse en el presupuesto descriptivo, sino en la consecuencia jurídica, ya que un modo de ser no integra la violación de un imperativo, sino que es precisamente esta violación de la norma, y sólo ella, la que determina el tipo normativo de autor. Centrando el tipo normativo en el presupuesto descriptivo creamos un tipo de autor general ajeno por completo a lo que la Criminología entiende por tal. Es en la consecuencia jurídica en donde debe centrarse el tipo normativo.

A continuación Calvi presenta un esquema de los tipos de autor en el Derecho italiano con un estudio concreto de cada uno.

En la segunda parte Calvi señala la necesidad de un fundamento criminológico en la tipología legal. Se habla de crisis de enlace entre tipo normativo y realidad científico-criminológico. La Ley italiana subordina casi siempre los tipos de personalidad al dato inicial del tipo de conducta o al discutible valor sintomático de las conductas objetivamente calificadas como delitos o faltas. Esta calificación de categorías subjetivas a través de medios objetivos genera incongruencias. Así tipos claros de delincuencia dentro de la criminología, como el delincuente por tendencia, aún existiendo en la Ley penal italiana (art. 108), no tiene aplicación. O la imposición de medidas preventivas a peligrosos semi-imputables a través de un diagnóstico tan despersonalizado como el estudio de

la especie de hecho cometido. Así, pues, de lege ferenda, habrá de acudirse, en este sentido, a las aportaciones criminológicas. "No se puede pensar en la construcción legislativa de un Derecho criminal que ponga al margen la tipología de autor criminológicamente fundada" (pág. 552).

A continuación Calvi resuelve las dificultades que pueden oponerse a la realización del delincuente-tipo dentro del Derecho penal. Se ha hablado de los resultados negativos de la tipología del delincuente. En concreto la utilidad que la doctrina del *Tätertyp* ha proporcionado a los estados totalitarios. En este sentido Calvi señala que la doctrina del *Tätertyp*, tal y como se formula, no sólo fue útil al estado totalitario nacional-socialista sino que también hoy es patente, como herencia, en la democracia popular. Es lo mismo con otra etiqueta. En ésta son tipificados los peligrosos para el Estado, el Régimen o la clase social en el poder. Y es que el *Tätertyp* nace, más o menos, de la escisión con la tipología subjetivo-criminológica. Se ha hablado también (La Nueva Defensa Social) de superar la tipología subjetiva criminológica para individualizar la consecuencia-jurídica a la personalidad de cada delincuente. Pero con esta tendencia, más o menos humanitaria, se renunciaría a los fundamentos de valoración normativa y de paradigma que la tipología tiene en el Derecho penal. No hay que destruir la tipología subjetiva, sino construir paradigmas más adecuados y realistas armonizando el tipo de autor normativo con el criminológico. La Historia demuestra que la humanización del Derecho penal renunciando a la tipología conduce al arbitrio y al autoritarismo y que la escisión entre el tipo normativo y el criminológico provoca la deshumanización del Derecho.

El hombre, para el Derecho, está destinado a permanecer como hombre-tipo mientras el Derecho exista.

Finaliza Calvi con un amplio esquema de una moderna tipología criminológico-normativa.

La presente obra de Calvi constituye una investigación perfectamente documentada sobre un tema tan lleno de complejidades como es el *tipo de autor*, en el cual confluyen aspectos jurídicos, criminológicos, políticos criminales, políticos en sentido estricto y filosóficos. El autor ha sabido dar cuenta, en todo momento, de esta complejidad, y su extensa monografía resultará de ahora en adelante consulta indispensable para el estudio de cualquier cuestión relacionada con la problemática del tipo de autor.

Miguel BAJO FERNÁNDEZ

CEREZO MIR, José: "Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia". Madrid. 1966.

Alegra ver que sigue enriqueciéndose el estudio de los delitos en particular con monografías sobre un delito o grupos de delitos, que dan a su análisis una minuciosidad y profundidad que no pueden tener en los tratados u obras de carácter general. Prueba sus armas en esta clase de estudios un joven científico, ya adscrito a la docencia universitaria, eligiendo, como se ve por el título del trabajo, los comprendidos en el capítulo VI del Tit. II, con tal prisa por llegar

a este estudio singularizado, que no se detiene a decir el porqué de su colocación en el Código y la razón de figurar en el lugar que ocupa.

Se ve que el eje del trabajo, su base y su preferencia, es el delito de atentado propio, pues se inicia directamente con el recuerdo de que como tal se ha reconocido en la doctrina el descrito en el núm. 2.º del art. 231, a cuyo estudio se aplica inmediatamente, y del que para que esta recensión, no sea extracto, aunque corra el riesgo de ser índice, diremos que las grandes partes en que lo divide, las rubrica: tipo objetivo, tipo subjetivo, antijuricidad, culpabilidad, tentativa y frustración, pena, agravación y concurso, estudiando en la primera: sujeto pasivo, sujeto activo y acción: en la segunda, el dolor generador y en el tercero, las consecuencias de que la conducta del funcionario víctima de él sea antijurídica. Después, con esta sistemática, estudia conjuntamente los de resistencia y desobediencia.

Finalmente, en escueto resumen hemos de resaltar el valor de este apretado trabajo por la acertada agrupación de las opiniones de los autores y la rigurosa selección de los fallos del Tribunal Supremo en busca de una descripción de estos delitos y de los elementos que los constituyen.

Domingo TERUEL CARRALERO

CUELLO CALON, Eugenio: "Derecho penal". Conforme al "Código Penal, texto revisado de 1963". Adaptado y puesto al día por César Camargo Hernández. Tomo I (Parte General). Decimoquinta edición. Casa Editorial Bosch. Barcelona. 1968. 886 páginas.

Después de la muerte de nuestro llorado maestro, profesor Cuello Calón, se publicó una nueva edición de su conocido Tratado, aprovechando las notas que dejara escritas su insigne autor. Aparece ahora la decimoquinta edición del tomo I, dedicado a la Parte General, revisada y adaptada por su discípulo, César Camargo Hernández, como ya antes lo hiciera de la Parte Especial.

Era tradicional, en este ANUARIO DE DERECHO PENAL, que las sucesivas ediciones del Tratado de Cuello Calón, fuesen comentadas por otro insigne penalista, Antonio Quintano Ripollés, que lamentablemente para nuestra ciencia, también desapareció.

Rindiendo homenaje póstumo a ambos maestros, queremos reproducir, espiándonos de la colección de esta Revista, algunos de los párrafos que Quintano Ripollés dedicó a las sucesivas apariciones de algunas ediciones del libro de Cuello Calón:

"Se sigue en este volumen el método, tan magistralmente dominado por el Catedrático de Madrid, de armonizar en perfectas dosis lo positivo con lo doctrinal, en constante referencia a la jurisprudencia nacional y extranjera y a la legislación comparada, exactamente al día y con una exactitud y honradez científica en la que no hay por qué insistir" (Tomo V, 1952). "La aparición del *Cuello Calón* casi cada bienio, es ya un acontecimiento esperado y deseado por los estudiosos del Derecho penal de habla española, pues puede decirse que su texto goza de tanta popularidad a este lado como al otro del Atlántico" (Tomo VI, 1953). "De notar es, sin embargo, que lejos de tratarse de una repro-

ducción de ediciones anteriores, como suele suceder con frecuencia en manuales de primordial fin didáctico, cada una de las del autor constituye, siendo naturalmente la misma, una rigurosa puesta al día de la legislación, jurisprudencia y doctrina". (Tomo XIII, 1960). "Con la periodicidad acostumbrada, que es ya una constante en los anales de la bibliografía jurídica patria, aparece una nueva edición del Tratado de Derecho Penal, obra la más divulgada y apreciada del profesor Cuello Calón, maestro de tantas generaciones de juristas. maestros ya, a su vez, algunos de ellos". (Tomo XIV, 1961). "Llega a nuestras manos el primer volumen del Manual tan preciado del extinto maestro, profesor Cuello Calón, desgraciadamente esta vez sin acompañarse de la acostumbrada y amable dedicatoria autógrafa que enriquecía los ejemplares de las ediciones precedentes, puesto que la muerte le sorprendió preparando la que hoy sale a la luz pública... Formados en ella no pocas generaciones de penalistas, esta póstuma edición ha de servir para proseguir la labor emprendida, cosechando nuevos triunfos, y, sobre todo, el perenne recuerdo que todos debemos al querido maestro, fundador y director de nuestro Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, en que siempre se mantiene viva su memoria y ejemplo".) Tomo XVII, 1964).

Estas frases de Quintano Ripollés no han perdido actualidad y son perfectamente aplicables a la decimoquinta edición, que acaba de aparecer. Las suscribimos íntegramente y sólo nos resta a nosotros resaltar la gran labor realizada por el profesor Camargo, al adaptar la presente edición del libro de Cuello Calón, recogiendo las últimas reformas legislativas, y muy especialmente la importantísima de la Ley de 8 de abril de 1967, poniendo al día el aparato bibliográfico, con cita de las principales obras jurídico-penales últimamente aparecidas, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo expuesta en las más recientes Sentencias dictadas por la Sala II del más alto Tribunal de la Nación.

Diego MOSQUETE

CHIOSSONE, Tulio y varios más: "Trastornos de la conducta juvenil". Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1968; 337 páginas.

El problema de la delincuencia juvenil se ha constituido en un problema internacional. La prensa, la radio, la televisión y, en realidad, cuantos medios informativos cuenta el hombre, ofrecen continuamente noticias, comentarios e imágenes sobre cuanto de "anormal" acontece a la juventud contemporánea. Por otra parte, juristas, sociólogos y educadores parecen no querer llegar a un acuerdo sobre la conveniencia de determinar de manera diáfana las causas que originan esas "anormalidades" de la conducta juvenil. Se suceden, pues, los estudios, los ensayos, las conferencias y las lecciones de cátedra sin que se avance, en esa tarea de determinación, más de lo necesario.

El libro que comentamos es fruto de la inquietud que embarga a los juristas de todo el mundo. No es, sin embargo, el resultado de una tarea de investigación realizada al compás de la monotonía de la profesionalidad, sino, por el

contrario, es el resultado de una alta investigación llevada a cabo por prestigiosos colaboradores del *Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas* de la Universidad Central de Venezuela.

En líneas generales, si hemos de ser sinceros, hay que decir que el problema de la delincuencia juvenil venezolana no difiere grandemente de los problemas que, en este mismo sentido, plantean la delincuencia juvenil alemana, francesa, italiana y española. Aunque, entre nosotros, el problema no es, por el momento, ni tan acentuado ni tan complejo como el que reina en las naciones citadas.

El mayor acierto de este libro, a nuestra forma de ver, radica en tomar como punto de partida, para la realización de la investigación del porqué de la delincuencia juvenil, a la familia. La mayor parte de los juristas que con anterioridad a los autores de este libro se han ocupado y preocupado de este problema, por ejemplo, Middendorff, Hentig, Altavilla, Ancel, Sabater, Riocerezo y López-Ibor, coinciden en señalar a la familia como una de las causas más importantes y trascendentes del mismo. Lógicamente, indica Tullio Chiossone, no pretendemos comprender bajo esta situación el origen, en su totalidad, del fenómeno de la delincuencia juvenil aunque, ciertamente, lo consideremos el afluente fundamental del problema.

Parece, pues, acertada la tesis mantenida por los colaboradores de este libro al centrar la orientación de su trabajo sobre cuanto acontece en el seno de la familia. No se necesita argumentar la importancia de esta tesis si recordamos, como lo hacen los autores de estas páginas, que la familia ha sido en todos los tiempos el conjunto humano más importante, cuya constitución y acción repercuten en todo el organismo social a que pertenece.

La situación familiar —escriben— es el punto de partida de la situación social del menor. Y, consiguientemente, el niño es un receptor sensible de la conducta del padre, de la madre o de ambos. Capta los problemas familiares. Los impactos que ellos producen en su espíritu se convierten en sentimientos de rencor, de odio, de reacción inmoderada hacia sus padres o familiares cuya conducta produce aquellos sentimientos.

El problema de la delincuencia juvenil no encuentra su origen solamente en las desavenencias familiares, sino que, por supuesto, existen otros factores tanto o más importantes: *la vida del menor en la ciudad, su educación, su ambiente social y, especialmente, el trabajo* mismo cuando, aun en contra de las leyes laborales, éste se realiza a edad temprana.

Se examinan, pues, en este libro la mayor parte de las causas de los trastornos de la conducta juvenil a pesar de que “la delincuencia en general, y en especial la de los menores de edad, obedece a causas complejas y múltiples”.

Señalemos por último, que los criminólogos que han intervenido en este libro no se han conformado con realizar la descripción de los fenómenos estudiados, sino que, por el contrario, han penetrado en su esencia e intimidad para ofrecer conclusiones y orientaciones positivas, serias e importantes.

FEBRES CORDERO, Héctor: "Curso de Derecho Penal (Delitos contra las personas)". Facultad de Derecho. Universidad de Derecho. Mérida (Venezuela), 1967; 260 páginas.

El autor de este libro profesa, desde hace años, la cátedra de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la prestigiosa Universidad de los Andes. No nos sorprende, por tanto, que éstas páginas estén dedicadas —según expresa la nota de presentación del libro— a los estudiantes de la referida Facultad.

Hay, sin embargo, en estas páginas algo más que una simple explicación de cátedra. El lector, pues, que se acerque a este libro encontrará, entre otras cosas, una obra muy bellamente escrita, original, documentada y, sobre todo, con aportaciones positivas.

Conviene, no obstante, señalar que la mayor parte de éstas páginas corresponden a lo que, en su día —según proyecta el autor—, será un "*Tratado de la Parte Especial*" que, a la vista de lo que este libro nos permite aventurar, creemos que ha de ser una publicación afortunada.

Destaquemos, desde otra perspectiva, la adecuada bibliografía manejada por el profesor Febres Cordero y, naturalmente, la claridad expositiva del mismo, pues, no en vano, se trata de un libro destinado a la cátedra. Esta cualidad —tan poco común en los libros de Derecho penal— hay que destacarla aún con mayor énfasis dada la serie de dificultades que el estudio de la Parte Especial —como los especialistas de esta materia saben muy bien— implica.

Comprende el libro dieciocho capítulos en los que se recogen, como el título de la obra anuncia, un curso completo en torno a los delitos contra las personas. Naturalmente, el profesor Febres Cordero, ha reunido en su libro un valiosísimo material que, efectivamente, nos permite conocer con suficiencia los más importantes aspectos de la legislación penal venezolana. En todo caso, dada la curiosidad universal que guía el quehacer del autor, es posible estudiar a través de este cuidado trabajo otros muchos aspectos que la legislación penal, en su sentido ecuménico, nos ofrece.

Una nota bibliográfica, lamentablemente, impide entrar en detalles. A pesar de ello queremos indicar aquí, aunque muy brevemente, el pleno acierto del profesor Febres Cordero al estudiar de manera exhaustiva el delito de *homicidio* en todas sus variantes doctrinales y, concretamente, en orden a la exposición de su naturaleza jurídica. Otros capítulos muy logrados son los referentes a *las lesiones, la omisión de socorro y la injuria*.

Señalemos, finalmente, el predominio —en éstas páginas— de la doctrina penal italiana, cosa que, en rigor, es muy comprensible si recordamos que el Código Penal venezolano hoy vigente —se anuncia ya una próxima reforma— es una reproducción del italiano de 1889.

La doctrina penal española está representada por los nombres, exponentes de toda garantía científica, de Cuello Calón, Puig Peña, Quintano Ripollés, Sánchez Tejerina y Jiménez de Asúa.

El profesor Febres Cordero ha escrito un libro importante en el que, ciertamente, se expone un material de primera mano que, no dudamos, el estudioso español utilizará con sumo aprovechamiento.

HAMEL, Joseph: "Derecho penal especial de las sociedades anónimas".
La ley, S. A. Buenos Aires, 1967; 523 páginas.

Bajo la dirección del profesor de la Universidad de París, Joseph Hamel, un destacado grupo de profesores y de doctores en Derecho, colaboradores de la Facultad de Derecho de la citada Universidad, han dado cima a lo que, en su día, fue tan sólo proyecto: *estudiar las sociedades anónimas a través de la perspectiva del Derecho penal*. Este libro es muy original y, desde luego, representa uno de los primeros intentos de aproximación entre el Derecho mercantil y el Derecho penal. Podríamos considerar a estas páginas como exponente del inmenso campo de experimentación que constituye el complejo montaje técnico-jurídico de las sociedades anónimas. Montaje que, a nuestra forma de ver, queda plenamente justificado como consecuencia de que, en esta forma de asociación mercantil, se pierde hasta el más pequeño substrato de la personalidad humana y, por consiguiente, al legislador le interesa que la expresión "*responsabilidad limitada*" no adquiera efectividad real a lo largo de todas las actividades de la sociedad anónima.

Puede decirse —y con ello llevaremos mucho camino andado para comprender la razón que anima a estas páginas— que la sociedad anónima es, sin duda, uno de los más grandes ingenios jurídicos creados por el hombre y ello explica que, naturalmente, su estructura jurídica esté integrada por la realización de multitud de actos en cadena. En la ejecución de cualquiera de esos actos, por ejemplo, *la fundación, la suscripción de acciones, la constitución de la Junta, el Consejo de Administración, el balance, la transformación de la sociedad*, etc. etc..., puede aparecer, efectivamente, el acto ilícito. No es, pues, necesario esforzarse mucho para hacer notar lo fácilmente que, a través de la actividad jurídico-mercantil de la sociedad anónima, se traspasan los límites de la legalidad para penetrar en el campo de la competencia del Derecho penal.

Con ser muy extensos los estudios que se contienen en este libro no podemos, en rigor, aplicarles el calificativo de "exhaustivos". Hay inmensas parcelas de la estructura jurídica de la sociedad anónima que, si juzgamos éstas páginas al sesgo del contenido de nuestra *Ley de Régimen jurídico de Sociedades Anónimas del 17 de julio de 1951*, apenas si quedan esbozadas lo que, por otra parte, nos mueve a pensar que el fenómeno asociativo español —forma anónima— se ha complicado sobremanera sí, por ejemplo, lo comparamos con el sistema legislativo francés.

La sistemática seguida por el profesor Joseph Hamel es acertada. El libro se inicia con la exposición de los delitos que pueden cometerse desde el momento fundacional y —sería excesivamente prolijo enumerar los pequeños detalles del recorrido doctrinal que nos es dado apreciar en éstas páginas— concluye con una detenida exposición de las infracciones en que pueden incurrir los administradores de la sociedad anónima en el desempeño de su cometido.

Hubiera sido muy interesante —dada la importancia que esta forma de asociación registra en la mayor parte de las legislaciones— que al final de cada uno de los capítulos del libro se hubiese hecho sucinta referencia al aspecto que cada uno de los temas estudiados presenta en la legislación comparada. De esta forma el libro tendría una mayor utilidad para el estudioso —no fran-

cés— y reflejaría, aunque fuese parcialmente, el horizonte que ante sí tiene esta importante forma asociativa.

J. M. N. de C.

HENTIG, Hans: "La pena". Traducción del alemán por José María Rodríguez Devesa. Madrid, Espasa-Calpe, 1967; dos volúmenes.

Hentig nació en Berlín en 1887. Estudió Derecho y Medicina en varias Universidades, teniendo en las materias a que se iba a dedicar especialmente, maestros de distintas tendencias como Birkmeyer, Liszt, Garçon, Kraepelin. Se incorporó a la entonces llamada escuela sociológica, si bien manteniendo en todo momento la independencia y originalidad. Su extensa cultura le ha permitido relacionar el delito y la pena con otros fenómenos sociales, investigando sus raíces históricas e interpretando su significado con una imaginación espléndidamente creadora. Profesor en la Universidad de Kiel y luego en la de Bonn, se consagró a la investigación criminológica y penológica, si bien su patriotismo le llevó a asomarse accidentalmente a la política, al terminar la primera guerra mundial, en la que tomó parte activa y cuyos recuerdos publicó en un libro (*Mein Krieg*, 1919). Escribió comentarios sobre la revolución alemana (1) y, algunos años después, una biografía de Robespierre (2) denunciando la utopía de las propagandas con la consecuencia de una reacción desilusionada. Tal debió ser también el tema de su larga conferencia con Hitler en los inicios del nacional-socialismo. No se entendieron, y, privado más tarde de la cátedra, emigró a los Estados Unidos, la nación donde más se cultiva la criminología (3). Profesor en Yale y otras instituciones norteamericanas, añadió a su sabiduría clásica y germánica, el arsenal de datos proporcionados por los anglosajones.

Reintegrado a su patria después de la guerra, volvió a enseñar en Bonn, siendo objeto, al cumplir los setenta años, de un homenaje, y de otro a los ochenta en 1967. A esta fecha pertenece un número a él dedicado (fasc. 3-4) de la *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, revista que había dirigido durante diez años, y un libro, editado por Mergen-Schäfer, con el título *Kriminologischen Wegzeichen* (Hitos criminológicos). En estas publicaciones conmemorativas, donde han colaborado, con notables estudios, importantes criminólogos y penalistas, figura también la lista de los escritos del homenajeado (unos 50 libros y más de 150 artículos). No se mencionan las traducciones, por lo que intentaremos remediar la omisión en lo que a las de lengua hispana se refiere. Algunas prontamente agotadas; lo cual prueba su calidad y el extenso prestigio de su autor.

La primera, según creo, fue: *Robespierre, Estudio sobre la psicopatía del*

(1) «Aufsätze zur deutsche Revolution», Berlín, 1919.—«Die Entartung der Revolution. Neue Aufsätze», Leipzig, 1920.

(2) Robespierre: «Studien zur Psycho-Pathologie des Machttriebes», Stuttgart, 1924.

(3) Sievert: Prólogo a la obra de los esposos Glueck «Jugendliche Rechtsbrecher. Wege zur Vorbeugung», Stuttgart, 1963.

impulso de dominio, versión castellana de García Díaz y prólogo del doctor don Gonzálo R. Lafora, Madrid, 1929. En 1948 vio la luz en Buenos Aires la *Criminología, causas y condiciones* (en el original inglés *Crime, causes and Conditions*) posteriormente Rodríguez Devesa ha traducido, a partir de 1960, cuatro volúmenes, dedicados a delitos en particular (*Hurto, Asesinato, Estafa, Chantaje*) bajo el título genérico “Estudios de Psicología criminal”, en la que ha incluido también un quinto volumen, *El ganster*, que en la edición alemana es un opúsculo independiente. Ahora, el mismo traductor y la misma empresa editorial nos proporcionan en lengua española los dos tomos de *La pena*. Y están en prensa los tres sobre *El delito (Das Verbrechen)* Ambas obras forman el coronamiento de una vida excepcionalmente laboriosa.

La mayor parte de ella estuvo dedicada al delito; pero dada la relación de éste con la pena, no podía por menos tan estudioso criminólogo que ocuparse de la segunda. Libro de juventud fue *Strafrecht und Auslese. Ein Anwendung des Kausalgesetzes auf den rechtsverbrechenden Menschen*. (Derecho penal y selección. Una aplicación de la ley de causalidad al hombre criminal) Berlín 1914. La palabra selección no es empleada en el sentido exclusivo de eliminación, sino en el comprensivo de dos funciones: eliminación y mejora. Las conclusiones profetizan que las futuras generaciones se maravillarán de cómo fue posible reducir considerablemente la mortalidad y no la criminalidad; de cómo nos es ajena la idea de corregir a los delincuentes mientras se educa a los animales con fines utilitarios, siendo función más útil dominar la conducta humana conforme al sentido moral (ps. 217 ss.). En 1932 (Stuttgart) publicó *Die Strafe. Ursprung, Zweck, Psychologie* (La pena. Origen, fines, Psicología) germen del libro ahora reseñado. En aquél se rechazan las teorías imperativas, tanto la del mandamiento divino como la de la retribución jurídica, y se desenvuelve la de la selección con base determinista como doctrina unitaria respecto a la cual las otras de la prevención especial —mejora, seguridad, curación— son colaterales. Y para el futuro de la pena, este discípulo de Kraepelin, ve un rayo de esperanza en el desenvolvimiento de la psiquiatría y la obtención de una terapéutica causal derivada del conocimiento causal del delito (pág. 282).

Pasando al libro comentado —cuyos antecedentes me ha parecido interesante recordar— comenzaremos por transcribir una frase de su prólogo: “Veinte años de ininterrumpidos estudios han transformado la antigua obra de 1932 en otra completamente distinta”. En efecto, las 290 páginas de la antigua han sido sustituidas por dos volúmenes de más de cuatrocientas cada uno. ¿Es realmente del todo distinta? Es, en rigor, nueva edición, pero tan aumentada y disminuida que bien puede considerarse obra nueva. Los dos tomos son desenvolvimiento amplísimo de dos capítulos de la precursora. En cambio, en ésta había un extenso capítulo sobre las teorías penales, ausente ahora; si bien las ideas fundamentales de Hentig sobre el fundamento y fin de la pena subsisten y se manifiestan a través de la última obra y muy especialmente en la introducción al volumen segundo. En el mismo prólogo, después de aludir a los autores que se ocuparon anteriormente en la historia de la penalidad, declara su propósito de ampliar las bases por ellos dadas, utilizando materiales procedentes de la historia de las religiones, de la etnología, del mundo clásico y del folklore. La documentación es ubérrima y, en algunos momentos, excesiva: así

cuando se acude a textos de valor literario pero no histórico. Más, afortunadamente, tal ingente material es manejado, no con la aridez acostumbrada del puro erudito, sino con la fantasía creadora de un poeta.

El volumen primero está dedicado a las "Formas primitivas y conexiones histórico-culturales". En su primer capítulo —"Antiguos sujetos pasivos de la pena"— se expone la responsabilidad colectiva con abundantes testimonios bíblicos, clásicos y modernos, mas con omisión (debida probablemente a la nacionalidad del autor) de ejemplos más recientes en el régimen nazi, la última guerra mundial y la Justicia de Nuremberg. Otros temas en torno al sujeto pasivo, son: las penas a los difuntos, la pena en efigie, el castigo de los animales y de cosas sin vida. En el capítulo segundo —"Antiguos titulares del derecho de castigar"— encontramos materias jurídicas como la proscripción, la venganza de la sangre, la disciplina doméstica, junto a otros que exceden los límites del derecho penal; el automatismo de la pena —(referente a los castigos del pecado impuesto en la vida terrenal por la divinidad)— y "la protección sacral de la sociedad", largamente tratada en busca de raíces religiosas o mágicas para las penas modernas. Pero, a nuestro juicio, si la ofrenda de vidas humanas a la divinidad por ofensas contra la misma entra en el concepto de la pena, no ocurre así con los sacrificios de personas inocentes, que se encuentran en la literatura griega y en la protohistoria mejicana.

En el libro segundo de este mismo volumen primero, se trata de las variantes mecánicas de la pena. Destaquemos la gran amplitud dada a la capital, comenzando por las "formas impropias"; apuestas, votos, y malos designios, aditamentos funerarios (animales, servidores, esposas sacrificadas con el difunto) destrucción de vidas desprovistas de valor, homicidios con fines mágicos o curativos, canibalismo, etc. Tan impropias son algunas de estas formas que, en vez de penas, son homicidios justificados por las ideas dominantes de la época. Son formas propias: la horca, la rueda, la degollación, el descuartizamiento, la lapidación etc. Ahora bien, de los significados apuntados por el profesor alemán, algunos son discutibles. No creo que la horca, colocada en lugares altos, tenga su origen en la ofrenda de la víctima a la divinidad, sino en el propósito de exponer al ejecutado en lugar público a fines de ejemplo. El suplicio de la rueda no debe relacionarse con la magia ni con los carros de la India. Estos y otros suplicios se explicarían mejor como medios para aumentar el dolor y acentuar la ejemplaridad de modo proporcional, pues cuando el simple hurto se sancionó con la horca, era lógico potenciar el sufrimiento para los robos con homicidio o el parricidio. El descuartizamiento no parece ser, como cree Hentig, reminiscencia del canibalismo, sino procedimiento para dar conocimiento, temor o tranquilidad a quienes transitasen por los caminos donde se acostumbraba a poner los cuartos del cadáver. Acierta Hentig al ver en la lapidación una participación obligada de todos los miembros de la comunidad para que no cayese sobre ellos la cólera divina; pero me parece excesivo aplicar el argumento a los modernos linchamientos, producidos en un clima de violencia por desconfiar de una Justicia demasiado lenta o benévola, y temer la extensión, con riesgo propio, de los más graves crímenes.

No se ocupa el libro comentado del "garrote", procedimiento de ejecución usado en España y algún país hispanoamericano. Su origen, decía Salillas, y es

perfectamente verosímil, tiene carácter utilitario y rural. La sencillez de su manejo hizo posible ponerlo en manos de un alguacil allí donde no existía verdugo profesional (1). Cuando en *El Alcalde de Zalamea*, de Calderón, reprocha el rey a Pedro Crespo haber hecho dar muerte con tan plebeyo instrumento al que era hidalgo y capitán, contesta el alcalde: “Señor, como los hidalgos —viven tan bien por acá— el verdugo que tenemos —no ha aprendido a degollar”.

El segundo volumen, dedicado a “Las formas modernas de aparición” es del mayor interés para la política criminal y para el lector que busque noticias curiosas e incluso amenas.

Abre marcha una introducción sobre “Los mecanismos psicológicos de la pena”, en que se trata de su eficacia. Creo, en efecto, que es menos eficaz de lo vulgarmente creído; pero Hentig, como algunos antiguos adeptos a la escuela positiva y los modernos partidarios del movimiento de la Defensa social, exageran el escepticismo. Argumentos destacados por el autor alemán son: “todas las fórmulas que sirven de fundamento a la pena parten del hombre normal, pero los delinquentes frecuentemente padecen defectos corporales y anímicos o están expuestos a una elevada presión del mundo circundante”; “en el auténtico criminal hay mucho del jugador” y cuenta con la cifra oscura de la criminalidad; “el viejo presidiario busca refugio en el establecimiento penal como si fuera su hogar”. Esto último no es cierto más que en algún rarísimo caso. Todos los penitenciarios coinciden en que un presidio puede definirse como una colección de hombres que piensan en su libertad. Que el endurecimiento en los castigos se contagia a los delitos fue ya dicho por los hombres de la Ilustración. Que “en épocas de especial placer en castigar —acaso solamente épocas de un miedo morbosamente desarrollado— brota de la tierra toda una capa de furtivos verdugos y carceleros, cuyo lánguido instinto vital parece extraer del dolor ajeno, como las sanguijuelas, nuevas fuerzas con las que se esponjan” nos dice Hentig con su especial plasticidad. Pero si el delito es siempre un fracaso de la prevención general, no se pueden recoger en las estadísticas los delitos evitados con la amenaza penal; mas de su volumen nos informan las olas de criminalidad que se extienden en los tiempos de impunidad.

A continuación, el libro primero de este volumen versa sobre la pena de muerte. Combate los argumentos en pro y sirve con abundante casuística a los en contra: el efecto glorificador en el crimen político, los errores judiciales y los enfermos mentales asesinos son insoslayables; pero no es posible rechazar de plano la eficacia intimidante de la pena de muerte, porque el amor instintivo a la vida existe en todo ser vivo, y el sentido de previsión, más o menos desarrollado, es facultad humana, sólo ausente en los anormales.

De la pena de muerte sabe todo el mundo: antes, por la publicidad de las ejecuciones (que dieron lugar, incluso, a piezas literarias, como *L'affaire des poisons*, de madame de Sevigné, y *Un reo de muerte*, de Larra); hoy, por la gravedad de los hechos a que suele aplicarse y la siempre renovada controversia sobre su justificación. En cambio, pocos se preocupan de cuanto se oculta detrás de los muros de una prisión. La ley asigna una pena de privación de

(1) Salillas: «Una página histórica fotografiada. La ejecución de Angiolillo». «Revue Hispanique», año 1908, II.

libertad, el tribunal concreta la duración; pero la verdadera intensidad del castigo, dependiente del lugar donde se cumpla, del edificio, del talante de los guardianes, la alimentación, asistencia médica, recreos, comunicaciones, trabajo, educación, etc, es generalmente desconocida. De aquí el valor de las doscientas y pico páginas dedicadas a las penas privativas de libertad, bajo las siguientes rúbricas: I, Los comienzos; II, La fase de los experimentos; III, La psicología de la prisión; IV, Dinámica social de la prisión. Aporta testimonios de los funcionarios de prisiones (2) y, los más raros, de los presos. De éstos abundan los de Silvio Pellico, Oscar Wilde, Dostoyevski, Vera Fegner (3). Desconfía, sin embargo, Hentig de quienes saben escribir, sin duda porque teme triunfe la literatura sobre la historia. También han escrito en estos últimos tiempos sus impresiones delincuentes comunes, como Chessman y Albertina Sarrazin (4) (las novelas de ésta son posteriores en fecha a la obra de Hentig). Si a los guardianes se les podría en algún caso reprochar prejuicios profesionales, a los presos, resentimiento, y a los literatos, la persecución de efectos artísticos, la confrontación de unos con otros permite llegar a trazar un cuadro verídico. El proyectado en el libro de Hentig, referido principalmente a los presidios norteamericanos, es decepcionante para quienes esperasen algo muy distinto del país de la sentencia indeterminada y del reformatorio de Elmira. La conclusión del autor comentado parece estar condensada en esta frase: "He resistido la tentación de discutir la condena y libertad condicionales, aunque pienso que el futuro les pertenece. Ellas expresan nuestras profundas dudas sobre la eficacia de la pena privativa de libertad tal como es y como la ejecutamos hoy. (Prólogo al volumen II.)

Mis observaciones discrepantes de la obra de Hentig, en algunos puntos, no implican un juicio desfavorable. Por el contrario acepto el del ilustre magistrado y catedrático Quintano Ripollés, quien en la reseña sobre la edición alemana (ANUARIO, 1956, fasc. I, págs. 126 a 128) escribe esta rotunda frase: "no creo que exista, ni en la bibliografía antigua ni en la moderna, una obra más rica en datos y sugerencias que la de Hentig".

Finalmente, debo subrayar la meritoria labor realizada por Rodríguez Devesa al facilitar la divulgación de las publicaciones de Hentig en los pueblos de habla española. La corriente criminológica iniciada por Salillas en nuestro país tuvo escasa continuación. Para reanudarla era lo primero facilitar la divulgación de los libros extranjeros, estimulando así la atención sobre tales temas y proporcionando un punto de partida para ulteriores investigaciones originales. Rodríguez Muñoz, Del Rosal, Haro, Teruel Carralero, tradujeron las criminologías de Mezger, Exner, Hurwitz, Di Tullio, R. Devesa ha traducido a Seelig, Middendorff y Hentig. Los libros de este último ofrecían gran dificultad por la

(2) Hentig maneja textos —entre otros— de las publicaciones de Lawes, el director de la prisión famosa de Sing Sing. Nos permitimos añadir el testimonio del médico español de prisiones e insigne criminólogo y penitenciario, don Rafael Salillas, en su magnífico y olvidado libro «La vida penal en España», Madrid, 1888.

(3) No podemos por menos de recordar la obra del eximio escritor español Ciges Aparicio «Del cautiverio», Madrid, 1930 (reedición).

(4) De las novelas de Sarrazin, «L'astragale» relata su fuga de un reformatorio; «La Cavale» describe la vida de una prisión de mujeres.

expresión concisa, el léxico abundante, las excursiones históricas acompañadas de términos arcaicos y la abundancia metafórica. En el prólogo al primer volumen de este autor que vertió en lengua castellana, Rodríguez Devesa dice "haber puesto el mayor empeño en dar la equivalencia exacta de los términos alemanes, sacrificando aquella agradable impresión con la que podría haber conseguido una mayor elegancia en el estilo". En efecto, el deber de no traicionar el traductor al autor es sacrificar el lucimiento propio. Rodríguez Devesa es ya ducho en esta difícil tarea y ha conseguido los dos objetivos: respeto al texto traducido y fluidez y claridad en la prosa española.

José ANTÓ ONECA

PECO José: "Fundamento y naturaleza jurídica de la defensa putativa".

Tema de Derecho penal y criminología. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata. 1963; 138 páginas.

Uno de los temas de Derecho penal más tratado, si no el que más, es el de la autodefensa, el de la defensa de sí mismo, de la propia persona o de los propios bienes. Son innumerables las monografías sobre la cuestión; aun los propios tratados generales se ensanchan y amplían hasta desbordarse al tratar este tema, que, por exceso de estudios, llega a ser confuso. Esta monografía tiene la novedad de circunscribirse a una parte de la cuestión, pues es verdad que dentro de la abundancia de literatura, la parte menos tratada, pero que lo será seguramente en la obra general inédita, de que, por nota en este trabajo se anuncia, sea el tercer capítulo.

El autor no dice qué sea la defensa putativa, pero se le ve preocupado con la comparación con la legítima defensa; así, en los primeros renglones dice que la identificación de la defensa putativa con la legítima ha introducido tal desorden en la materia, que se echa de ver no sólo en el aspecto metodológico, sino en sus consecuencias prácticas, y muy poco después, que la contienda sobre la defensa putativa se mantiene en pie, no menos que la de la defensa legítima, con la diferencia de que ésta se orienta por su carácter esencialmente objetivo, mientras que la putativa vuelve a discutirse a causa del nuevo sesgo de la jurisprudencia alemana acerca del error sobre la prohibición legal.

Resalto esto, tanto porque lo hace el autor como porque la confrontación de ambas defensas, mejor dicho, la construcción de la necesaria diferencia de la legítima, ha de ser ya el objeto de la obra y lo es en una enunciación de la doctrina de los autores, exhaustiva y, a veces, artificiosa.

La exposición de ellas la hace tras una clasificación en dos grandes grupos, sin que razone la dual agrupación, uno, de las teorías excluyentes de responsabilidad con fundamentos metajurídicos, en que incluye: la de la inutilidad de la amenaza penal, la de la perturbación psicológica, de la equidad y la de los motivos determinantes. El otro grupo es el que comprende las teorías que llama excluyentes de responsabilidad por motivos jurídicos, en la que comprende: la de la violencia moral, la del estado de necesidad, la del caso fortuito, la de no exigibilidad de otra conducta, la de la defensa legítima, la del error de hecho apoyado en la equivalencia de lo putativo a lo real, la del error de

hecho excluyente del dolo que la reputa como defensa legítima, la del error excluyente del dolo, la del error de la prohibición y la del error en especial referencia a la defensa y a la peligrosidad criminal.

Esta larga enunciación justifica el calificativo de exhaustiva que hemos empleado. Si tuviésemos que justificar el considerarla a veces arbitraria, bastaría comparar la existencia de un grupo de doctrinas de las que dice tienen un fundamento metapenal basadas en la perturbación psicológica, y otro, de las consideradas de fundamentación jurídica basadas en la existencia de la violencia moral, el afirmar que Kant, como es verdad, no se ocupa de la violencia necesaria y, sin embargo, exponer la que pudo tener por equiparación con la legítima defensa y reputar la teoría que reconoce le atribuye y no tuvo, y algunas más.

Esta es la noticia, que se ha procurado sea lo más objetiva posible de esta obra, que es de desear inserta en las inéditas, de las que se dice ha de formar parte para ver los logros científicos o prácticos, a que ha llevado el trabajo, que ha supuesto la portentosa erudición puesta de relieve en ella.

D. T. G.

REINHARD Moos: "Der Verbrechensbegriff in Osterreich im 18 und 19. Jahrhundert. Sinn-und Strukturwandel". (Bonn, 1968, L. Röhrscheid). 543 pp., 21,5 x 23 cm.

Este tomo trigésimo noveno de la nueva serie de los estudios jurídico-comparativos de la ciencia penal ofrece al público la excelente tesis doctoral de Reinhard Moos, excelente por su abundante materia dogmático-histórica y por sus selectos valores estilísticos. Desde ahora todos los que estudien el concepto del delito (respecto a cualquiera de sus puntos) en Austria (o en Alemania) deberán referirse a este señera obra de investigación.

El tema —el concepto de delito en el Derecho natural austríaco y su evolución hacia el concepto jurídico-positivo— está perfectamente delimitado cronológica y objetivamente. Empieza en 1768 y termina en 1880. O sea, que comprende el desarrollo desde la *Constitutio Criminalis Theresiana* hasta las aportaciones de Wahlberg y G. Jellinek. Quedan, por lo tanto, fuera del libro (aunque se les cita y considera con relativa frecuencia) los autores de finales del siglo XIX y principios del XX (como JANKA, LAMMASCH, FINGER, MIRICKA, y también VON LISZT y STOOS). Respecto al desarrollo del concepto de delito en estos decenios, el autor se remite al breve estudio de JESCHECK publicado en la ZStW, tomo 73 (1961), 179-209:

Objetivamente, el estudio se divide en tres partes:

A) La primera trata del concepto de delito en el Derecho natural. Consciente el autor de las estrechas vinculaciones ideológicas y políticas entre el concepto austríaco de delito y el humanismo europeo-alemán (de los siglos XV-XVI), dedica su capítulo inicial a este tema, con muy atinadas visiones de conjunto y consideraciones de detalle, tanto respecto a Deciano, Theodorico o Co-

varrubias como respecto a Carpzowio, Boehnner o Wolff. El capítulo siguiente analiza el delito en la *Constitutio Criminalis Theresiana*, a la luz de las obras de Chr. A. v. Beck, J. L. v. Banniza y Chr. Hupka. Después, dedica tres capítulos al estudio del tema en K. A. v. Martini, en la *Josefina*, en P. J. A. Feuerbach, en F. v. Zeiller y en la *Ley penal de 1803*.

Todas las páginas de esta obra rebosan de valores científicos en su contenido y en su forma. Los temas se tratan con acertada y profunda dimensión personal: la del escritor—R. Moos—, que en puntos importantes se aparta, muy razonada y razonablemente, de las opiniones universalmente tenidas por indiscutibles (pp. 153 ss., 507 ss., 518...)—y la de los protagonistas pretéritos—, que aparecen ante el lector con ricas matizaciones biográficas.

La solidez y riqueza dogmática colorean todos los capítulos, especialmente los dedicados a la antijuridicidad, legítima defensa, culpabilidad, error, estado de necesidad, dolo indirecto..., y siempre con atinada perspectiva histórica (aunque a algún lector le pueda parecer excesivamente subjetivo) de las situaciones jurídicas, políticas, sociológicas, etc....

El estilo resulta sumamente ordenado, claro y sistemático (quizá para algunos lectores ciertas páginas parezcan excesivamente densas).

Felicitemos sinceramente al insigne penalista R. Moos y al Max-Planck-Institut de Derecho penal, de Friburgo, por la meritoria aportación científica que nos brindan en estas páginas.

A. B., S. J.

SOTO ARENAS, Fernando: "El delito de defraudación del artículo 239 del Código penal chileno ante la jurisprudencia". Universidad Católica de Chile. Valparaíso, 1967; 100 páginas.

Soto Arenas ha escrito una monografía muy ágil y meritoria sobre el artículo 239 del Código penal chileno. Ha tropezado, en la redacción de su trabajo, con importantes obstáculos; por ejemplo la falta de bibliografía suficiente, puesto que, según confiesa, los penalistas chilenos no se han sentido atraídos por el referido artículo, y, consiguientemente, han sido muy pocos los trabajos que le han dedicado.

Con materiales limitados era lógico que el autor de este libro orientase su tarea de investigación por derroteros que podemos considerar anormales. Nada tiene de sorprendente que, abandonando la investigación en torno de los trabajos particulares, el autor haya concentrado todo su esfuerzo sobre la aportación jurisprudencial de los tribunales chilenos.

En todo caso, a pesar del entusiasmo juvenil que despliega el autor, hay que decir que el tema se le escapa de las manos. Las principales causas que dan lugar a esta situación ya han quedado expuestas: carencia de bibliografía elemental y el extremado hermetismo del tema.

Soto Arenas, sin embargo, expone con desenfadado ímpetu muy valiosas aportaciones personales, especialmente cuando se enfrenta con el análisis escueto del artículo 239. El contenido de este artículo obliga, en cierto modo, a no perder de vista las infinitas variaciones que el mismo registra. Este artículo

del Código penal chileno castiga, en efecto, al empleado público que “en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de lucro legítimo”.

El jurista español apreciará, a buen seguro, cierto paralelismo con los artículos que nuestro Código penal consagra a esta materia —arts. 394 y siguientes—, puesto que, en el fondo, es bastante notoria la influencia que nuestra legislación ha dejado sentir en la chilena. El autor, sin embargo, no ha querido aprovechar esta excelente coyuntura que el estudio de la legislación penal italiana y española le ofrecía. Su libro hubiese entonces alcanzado una dimensión superior: la de ser un trabajo de Derecho comparado.

Sistemáticamente, comprende el libro tres capítulos. En el primero, el autor expone minuciosamente cada uno de los elementos integrantes del delito que justifica la existencia, en la legislación penal chilena, del artículo 239; en el segundo, analiza la participación criminal y la calidad de funcionario público de los partícipes en la ejecución del delito citado. Finalmente, en el capítulo tercero y último de la obra, el autor, directamente, penetra en el espíritu de la letra del artículo 239.

En conjunto, el libro es claro y revela, constantemente, el esfuerzo realizado por Soto Arenas. Aunque, como ya hemos dicho, la falta de bibliografía ha dado lugar a que el autor trabaje, en algunos de los apartados de su libro, con notable imprecisión. Imprecisión, conviene hacerlo constar, plenamente disculpable. La bibliografía utilizada, dada la fecha de edición de los manuales a los que hace referencia el autor, no es, en ningún modo, la más actualizada, puesto que en la doctrina penal alemana, argentina, francesa, italiana y española se han editado, con posterioridad a la fecha de 1963 —fecha del manual más moderno que Soto Arenas cita—, importantes tratados que, ciertamente, hubieran solucionado al autor no pocos de los problemas que, naturalmente, a falta de textos adecuados ha tenido que suplir con su intuición.

J. M. N. DE C.

REVISTA DE REVISTAS

BELGICA

Revue de Droit pénal et de Criminologie

Año XLVII, núm. 6, marzo de 1967

VERSELE, S. C.: «Un sondeo psico-sociológico de los equipos de probation» (págs. 544 y siguientes).

A raíz de la promulgación de la Ley belga de 29 de junio de 1964, que consagra la definitiva desaparición (iniciada ya en el Proyecto de 1948 y continuada por los de 1952 y 1956), del *sursis-faveur* como medida autónoma, puede, en verdad, afirmarse la existencia de un verdadero régimen de prueba (*probation*) en el primer país europeo introductor de la condena de ejecución condicionada (Ley Lejeune de 31 de mayo de 1888).

No debe, pues, parecernos extraño que, con motivo de la puesta en práctica de dicha Ley, se planteen en Bélgica problemas que, a fin de cuentas, derivan de concebir y aplicar el moderno instituto como un “verdadero tratamiento resocializador de los delincuentes”. Suenan, en consecuencia, lejanas las palabras pronunciadas por el ministro Lejeune, con ocasión del debate sostenido en 1888 en la Cámara belga de representantes, acerca de la introducción de la condena de ejecución condicional: “Aquéllos para quienes se establece la condena condicional no tienen necesidad alguna de protección. ¡Se reincorporarán por sí solos!”. Hoy, en cambio, ante un panorama social y legislativo que parece pedir a gritos “ayuda”, y sentada no sólo la conveniencia, sino también la necesidad de una especial asistencia para los *probationary* (individuos sometidos al régimen de prueba o *probation*), el cúmulo de problemas que en esta materia se suscita es tan enorme y palpitante que le hace legítimo merecedor de la especial atención de todos.

Y, sin lugar a dudas, uno de los problemas sustanciales del régimen de prueba es el que afecta, de un lado, a la razón de ser misma de la *probation* y, de otro, al sentido que deben dar los *probation officers* (oficiales del sistema o régimen de prueba; *assistants*, en el derecho belga) al tratamiento que implica el moderno sistema.

Esto es, en suma, lo que hace M. Versele al deducir, en base a una serie de datos estadísticos integrados en un sondeo “psico-sociológico” realizado por el Instituto de Sociología de la Universidad Libre de Bruxelles, qué principios o “status” psico-sociológicos informan o animan de hecho y qué principios deben animar, desde un plano meramente objetivo, a jueces, magistrados, oficiales de prueba y comisiones de *probation*, tanto en la concepción como en la aplicación y tratamiento del sistema.

La razón de este estudio psico-sociológico resalta poderosamente, a pesar de la crudeza, sugestiva por cierto, de los resultados a que llega M. Versele en base a sus datos estadísticos ("cuyo valor—advierte—no debe aceptarse rigurosamente"), por cuanto "siendo la *probation*—dice el autor belga—un método de tratamiento social, las formas que de hecho adopta en su desenvolvimiento práctico ulterior pueden variar, y en la práctica varían, según la concepción que del régimen de prueba sustente el personal especializado y, cómo no, según su peculiar forma de llevarlo a la práctica". Máxime, si se admite que, puesto que la posterior eficacia del sistema ha de depender del personal encargado de su realización, lógicamente no dependerá menos tal eficacia de las particulares aptitudes pedagógico-sociales que dicho personal revista con relación a los delincuentes.

Partiendo, pues, de una oposición insalvable, según él, entre dos concepciones antagónicas (la de la función represiva y la de la función reeducadora), elige Versele dos cuestionarios-test para deducir una serie de conclusiones sobre el actual estado del problema en Bélgica después de la publicación de la Ley de 29 de junio de 1964. El primero de tales cuestionarios (*Social Attitude Inventory*—S. A. I.—, creado por el profesor H. J. Eynseck), va encaminado a sondear ciertas actitudes sociales, en base a detectar el encuadramiento social a través de la ideología política, entendida esta expresión en su sentido más sublime—excluyente, por supuesto, de toda filiación partidista—. El segundo test (creado por MM. I. H. Scheier y R. B. Cattell y denominado *Neuroticism Scale Questionnaire*—N. S. Q.—), encuentra justificada su aplicación, en lo que respecta al personal encargado de aplicar el régimen de prueba, en una realidad incontestable: la existencia de personalidades psicopáticas en numerosos delincuentes y la consiguiente necesidad de evitar que las personas encargadas de ayudarlos adolezcan de idénticos o similares desequilibrios; debiendo, de otro lado, tenerse siempre en cuenta que la estructura de los equipos de *probation* no responde por lo general a la regla psico-social, según la cual, la preeminencia entre los miembros de un grupo recae en aquél cuyas aspiraciones personales son las más próximas a la tarea y espíritu colectivo del grupo.

En resumen, y advertida de antemano la fragilidad que supone en los resultados el pequeño número de respuestas obtenido, así como la falta de adecuación de los cuestionarios al medio belga, llega Versele en una primera encuesta global que encuadra a los componentes de las Comisiones de prueba (magistrados, abogados, funcionarios, miembros y *assistants*), a afirmar que, mientras *dos tercios* de los oficiales de prueba han respondido a los cuestionarios que les fueron presentados, sólo *un tercio* de los restantes componentes de las citadas comisiones ha respondido; diferencia que, según el insigne jurista belga, es achacable a la distinta formación de unos y otros, esto es: entre los no juristas y los juristas. Pero, además, se observa también cierta diferencia dentro del personal propiamente judicial en lo que respecta a la participación de estos tests: así, un *32 por 100* de los magistrados presidentes de las comisiones ha participado en la encuesta, mientras que, por el contrario, sólo el *17 por 100* de los jueces y procuradores de los tribunales de primera instancia ha querido responder; divergencia imputable, en opinión de Versele

al hecho de que, dentro del marco de la *probation*, la acción judicial tiende a despojarse de inútiles formalismos, inclinándose mucho más hacia la dimensión social de la justicia.

Pues bien, dentro de los diversos resultados a que puede llegarse, según se utilice uno u otro test, distingue Versele según queda dicho, entre el de una actitud social y el de estabilidad emotiva o emocional.

A) En relación con el primero, importa destacar que su *ratio* reposa en el hecho comprobado de que el estatuto social en que estamos situados nos conduce irremisiblemente hacia dos claras tendencias: una, de conservatorismo (incardinada a un autoritarismo agresivo), y otra, de radicalismo (encarnada en la democracia tolerante o flexible). Así, por ejemplo, los partidos llamados “duros” (fascismo, comunismo) vendrán situados respectivamente en los dos extremos de la escala conservatorismo-radicalismo, mientras que en la escala “tough-tender” ambos partidos están ubicados en el mismo extremo.

Los resultados obtenidos en este test de actitud social pueden clasificarse así:

a) Un 90 por 100 de las respuestas emitidas por el personal especializado pueden encuadrarse en la zona denominada de tolerancia democrática.

b) Un 50 por 100 de dichas respuestas, en la zona de radicalismo; y, finalmente,

c) Un 40 por 100, en la del conservatorismo.

Por consiguiente, según estas escalas, resultaría que la mayor parte de los miembros que integran los equipos de *probation* no comprenden por lo general conservatoristas reaccionarios; siendo asimismo bastante raros en ese grupo los radicalistas puros. Puede, entonces, afirmarse que la inmensa mayoría de este personal es en Bélgica moderada, tanto si se atiende a la izquierda como a la derecha. Mas, dentro de las diversas capas que integran el substratum de tales equipos puede matizarse aún más: es, en consecuencia, deducible que tanto los funcionarios miembros de las comisiones como los *assistants* y oficiales de prueba encajan perfectamente en un porcentaje del 77 por 100 entre los radicalistas, mientras que de los magistrados y abogados miembros también de esas comisiones sólo un 33 y un 32 por 100 pueden encasillarse en el seno de tal tendencia. Diferencia debida, a juicio de Versele, al distinto origen y formación social de los primeros y de los segundos y, especialmente, a la edad, en lo tocante a los *probation officers*. En base a tales datos, bien podría afirmarse que la voluntad de reforma social es inversamente proporcional a la solvencia económica y al estado de subordinación en el seno de la actividad profesional (“el farolillo rojo” de esa ansiedad de reformismo social —afirma Versele— lo ocupan las llamadas profesiones liberales).

No cabe duda de que los resultados obtenidos mediante este cuestionario-test son muy interesantes, por cuanto si se los compara con los del T. A. T. (*Thematic Apperception Test*) puede establecerse una correlación entre la opción política, la aptitud social y las características de la personalidad. Así, ha podido afirmarse en este terreno que, generalmente, los “autoritarios”, tanto de derecha como de izquierda, manifiestan una agresividad pro-

nunciada, una cierta rigidez o intolerancia para con todo aquello que signifique ambigüedad; de ahí su incompatibilidad manifiesta con las exigencias de comprensión, aceptación y asistencia que caracterizan el *case work* de la *probatio*, por cuanto este tratamiento se aviene mejor al carácter un tanto radicalista imbuido en un sentido de tolerancia democrática.

B) Menor interés ofrecen los resultados en que desemboca la práctica del test de *Neuroticism Scale Questionnaire*, dirigido, como queda dicho, a esclarecer la estabilidad emotiva del personal encargado de la *probation*. Advertida la reserva hecha al valor objetivo de tales datos —aquí el relativismo es todavía mayor—, digamos que, al igual que en las actitudes sociales, se observa aquí una clara distinción entre los juristas y los no juristas.

Finalmente, no podían faltar en artículo tan sugestivo una serie de reflexiones en torno a la oposición evidente entre los propósitos aquí suscitados y la realidad de los equipos belgas de *probation* sometidos al imperio de la Ley de 29 de junio de 1964, que, como tantas otras, afirma nuestro autor, fue puesta en vigencia mucho antes de que los órganos encargados de su ejecución estuvieran en condiciones de afrontarla. Con ello viene a afirmar que el actual régimen belga de *probation* deja aún mucho que desear en lo concerniente al personal encargado de su aplicación. Subraya seguidamente Versele las dificultades que lógicamente habrán de plantearse, haciendo mención especial de las relativas al personal encargado de la ejecución del sistema, etc.

Ello no obstante, y dado que el fundamento y ulterior desenvolvimiento de esa serie de propósitos han sido desarrollados de un modo más ambicioso y con mucha antelación, además, por los penólogos anglosajones, creemos que el verdadero interés del estudio de M. Versele radica precisamente en su esfuerzo por aflorar al exterior la contraposición, insalvable, según él, entre la concepción represiva y la meramente educativa del D. penal. Este estudio constituye un paso más en la línea desjuridizadora dentro de la administración de la justicia criminal preconizada por la nueva defensa social, cuya originalidad es un tanto pretenciosa, amén de falsa, por haber sido un mero producto de importación de los países anglosajones.

Año XLVIII, núm. 4, enero 1968

NORMANDEU, A. y SCHWARTZ, B.: «Evaluation de l'effet intimidant de la peine. Le cas du viol à Philadelphie» (Valoración del efecto intimidante de la pena. El caso de la violación en Filadelfia), *Rev. de dr. pen. et de crim.*, n.º 4, enero 1968 (págs. 456-464).

En base al concepto que del efecto intimidante o disuasivo (*de terrent*) de la sanción sustentan Andenaes, Thorsten Sellin y otros (como la *aptitud de la ley penal y de su aplicación para hacer obedientes a los ciudadanos*), distinguen Normandeu y Schwartz tres métodos para su obtención: a) mediante un aumento de la sanción establecida para un determinado delito, mientras permanece estable la acción policíaca; b) por medio de un incre-

mento de la acción policial, sin que varíe la penalidad, y, finalmente, c) aumentando tanto la sanción como la acción policiaca.

El valor del primer método es estudiado a la luz de la penalidad establecida en Pennsylvania y, concretamente, en Filadelfia, para los casos de violación, fijando como límite temporal para la comparación de los datos estadísticos el caso ocurrido el domingo de Ramos (3 de abril) de 1966, a las tres horas de la madrugada en Filadelfia. Tres negros asaltaron la morada en que vivían una anciana de ochenta años en compañía de su hija, de cuarenta y cuatro, y de su nieta, de catorce. Ambas fueron maltratadas y violadas, falleciendo pocas horas después la anciana a consecuencia de los malos tratos recibidos. La reacción social no se hizo esperar. Inmediatamente, varios "bills" fueron depositados en la Cámara Legislativa del Estado, votándose, finalmente, un incremento considerable en la represión del delito de violación. Del máximo de quince años de prisión y 7.000 dólares de multa —penalidad con que venía siendo castigado el delito de violación desde 1939, en caso de lesiones corporales infligidas a la víctima—, se incrementó la sanción a cadena perpetua y 10.000 dólares de multa, mientras que para los casos de violación sin lesiones corporales se estableció el máximo de treinta años de prisión y 10.000 dólares de multa. La penalidad asignada a la tentativa de este delito sufrió, asimismo, un considerable incremento: en la tentativa con lesiones corporales, de cinco años se pasó a quince, en la tentativa sin lesiones, de cinco años se pasó a siete, y, por último, de cinco años se pasó a la cadena perpetua para los reincidentes (condenados por una segunda tentativa o más). La nueva disposición entró en vigor el 12 de mayo de 1966.

A renglón seguido, los autores del sugestivo artículo proceden a establecer una serie de comparaciones en base a tres cuadros que agrupan, respectivamente: el primero, el número de violaciones y tentativas de violación ocurridas en Filadelfia desde 1965 hasta el mes de diciembre de 1966; el segundo, las violaciones de hecho, según grupos de edades, habidas en tres periodos distintos en la ciudad citada desde el 1.º de marzo hasta el 31 de julio de 1966; el tercero considera el grado de gravedad de 113 delitos de violación cometidos por adultos en el lugar referido, desde el 1.º de marzo hasta el 31 de julio de 1965.

Los resultados de la comparación realizada en los supuestos del primer cuadro son los siguientes: Se observa una disminución en los delitos de violación en número de 16, 5 y 20 violaciones en los meses de abril, mayo y junio de 1966; pero, como contrapartida, puede apreciarse un ligero aumento de 21, 5 y 3 violaciones, respectivamente, en los meses de julio, agosto y septiembre del mismo año, lo que, a todas luces, pone de manifiesto la frágil memoria de los criminales frente al sabor intimidante de las sanciones impuestas en el Estado de Pennsylvania.

Las comparaciones hechas entre los datos del segundo cuadro dan como resultado: la elevación de un 48,9 por 100 durante el primer periodo (1.º de marzo-3 de abril) a un 57,1 por 100 y 50,0 por 100, respectivamente, para el segundo y tercer periodos (4 de abril-12 de mayo y 13 de mayo-31 de julio). Si, además, se combinan los dos últimos periodos, llegan los autores a un

porcentaje del 52,9 en el segundo período y del 50,0 en el último, diferencia inestimable por lo exigua.

Respecto al tercer cuadro, no existen apenas diferencias perceptibles entre los tres periodos.

Conclusiones que, según Normandeu y Schwartz, obligan a rechazar la idea de que el efecto intimidativo de las nuevas sanciones habría podido contribuir a la disminución de la frecuencia, volumen, intensidad y gravedad de las violaciones. Llegan los autores citados a negar el efecto intimidante de la sanción penal cuando, como en el supuesto por ellos examinado, se pone en marcha el primer método. Mas ¿podrían obtenerse resultados más fructíferos desde el punto de vista del efecto intimidante de la sanción incrementando la acción policial, sin modificar la actual penalidad...? A idéntico resultado llegan Normandeu y Schwartz, habida cuenta de las dificultades que presenta la prevención de un delito como el de violación. La misma postura sustentan en lo que respecta al tercer método.

Parece, pues, lejano uno de los axiomas de la más antigua psicología: "Sólo aquello que nos produce un dolor constante se queda en la memoria" (NIETZSCHE). En este supuesto concreto, los autores proponen acudir al logro del efecto intimidante por medio del desarrollo y extensión de las técnicas sociales y económicas de rehabilitación; al menos, en lo tocante a los delitos de violación.

P. L. YÁÑEZ ROMÁN

FRANCIA

Revue Penitentiaire et de Droit Penal

Enero-marzo 1968

J. J. FRANCES-MAGRE: «Chronique des Juges de L'application des peines» (págs. 85 a 102).

Es la crónica de los jueces de ejecución de penas, que ha acabado integrando la revista, en vista, sin duda, del interés cada vez mayor que despierta esta institución, dado los beneficiosos resultados de su actuación.

Este artículo trata uno de los aspectos más importantes de la actuación de estos jueces, el del cumplimiento de las obligaciones pecunarias dimanantes de la sentencia, que examina tanto en lo referente a costas como a indemnizaciones por los daños sufridos, y sostenimiento de las cargas familiares, haciendo un estudio sistemático de su regulación procesal, que si no pueden ser copiadas para la actuación de los jueces de ejecutorias en España por las diferencias en los procedimientos español y francés, sí pueden, dado su acierto en Francia, servir de sugerencia para una regulación perfecta en España.

Al final, el autor, que es juez de ejecución de penas, saca las siguientes conclusiones: El juez de ejecución de penas está llamado a desempeñar en

materia civil, por la determinación de pensiones alimenticias, de cargas familiares, de daños reparables que tienen magistrados de otro orden, aunque sus decisiones tengan el carácter provisorio de ordenanzas de necesidad, susceptibles de revisión, lo que da al régimen de libertad probatoria un carácter de medida de seguridad. Tiene la función fundamental de prevenir la reincidencia por el acuerdo de medidas de seguridad y prestación de asistencia. También tiene un papel represivo en cuanto acuerda medidas de seguridad y de vigilancia, cuya inobservancia lleva a la revocación de la libertad. Tiene, finalmente, una función social en cuanto acuerda, como presidente del Comité de prueba y asistencia, las medidas necesarias para suscitar y sostener los esfuerzos del condenado hacia su reintegración social y, sobre todo, de su readaptación familiar y profesional.

BADONNELL, Dr.: «*Le Vol dans les grands magasins*» (págs. 103 a 106).

Los frecuentes y por lo visto inevitables hurtos en los grandes almacenes es el tema que hoy aborda en este artículo, que es la Crónica de Criminología clínica de esta revista, redactado por la veterana escritora, con la claridad, profundidad y amenidad que es el fruto de la veteranía que hacemos resaltar.

Salvo algunos casos en que el hurto se comete para que sea descubierto y el autor, casi siempre autora, salga con la encarcelación, que desea, de una situación de la que de otra manera no puede evadirse, el delito es fruto de la fascinación buscada por los vendedores para provocar el deseo de comprar, que engendra, sin embargo, el de hurtar, deseo que facilita el que los géneros sean ofrecidos en aparente desorden y con una aparente falta de vigilancia, que impulsa a actuar a la que ha sufrido la tentación, que espera, en caso de ser descubierta, justificarse acusando de un error en la interpretación de sus actos.

En cuanto al autor, dice que en estas delinquentes las neuróticas son frecuentes; en las epilépticas la llegada al acto se realiza en fases de ausencia o crepusculares; raramente es delito de alcohólicos, a no ser que el alcoholismo les haya producido un estado de decadencia; puede ser la primera manifestación de una esquizofrenia; lo más frecuente es que se cometa en estados de depresión, aunque parezca difícil, por necesitar poner excepcionalmente en ejecución una atención y perseverancia de ánimo que parecen excluir este estado.

A. GAYRAUD: «*La Coercition dans l'exécution des peines*» (págs. 49 a 84).

Este trabajo es un tema de discusión presentado a la Escuela de la Administración Penitenciaria, por lo que tiene el carácter de un resumen sistematizado de la teoría y, sobre todo, de la legislación que rige en aquel país. Está dividido en dos grandes partes. La primera, referida a los reclusos en sus tres aspectos: relaciones entre el personal y los detenidos, a los dimanantes de la obligación de custodia y a los imperativos de la disciplina. La segunda lo está al Reglamento, respecto a la existencia de fuentes legis-

lativas, además del Código de Procedimiento; a las sanciones y a las medidas coercitivas. Como conclusión, unas reflexiones generales sobre el tema expuesto.

* * *

La noticia de las sesiones de la Société Generales des Prisons están referidas a las de 14 de octubre de 1967. La primera tuvo como tema o ponencia las relaciones del juez de ejecución de penas y los abogados, quizá mejor enunciada como intervención de los abogados en el periodo de ejecución de penas, tan interesante, tanto en Francia, donde acaba de legalizarse la institución de estos jueces, como en España, donde aún no se han desarrollado los preceptos sobre su actuación, si bien en ambos regímenes habrá de cambiar el sistema de contradicción en el juicio de la fase de sanción por el de coincidencia en la protección, que haya de ser la característica de la ejecución. La segunda sesión estuvo dedicada al acercamiento y ayuda de los alcohólicos durante y después de la detención, bajo ponencia de la Cruz Azul, institución dedicada a la lucha contra el alcoholismo.

* * *

Las crónicas extranjeras se redujeron a la suiza, a cargo de F. Clerc.

Domingo TERUEL CARRALERO

I T A L I A

La Scuola Positiva

Año 1967, fasc. 3

SANTORO, Arturo: «Il realismo di Francesco Antolisei».

En 1965 se editaron los *Studi in onore di Francesco Antolisei* (tres tomos, Milán, Giuffré), que, por el gran número de selectos colaboradores, demostraron el alto lugar asignado al homenajeado en el mundo penalístico. Al producirse su fallecimiento en junio de 1967, se le han dedicado elogiosas necrologías, destacándose por lo emotiva la de la "Rivista italiana di diritto e procedura penale", firmada por Delitala, compañero que fue de Antolisei en la dirección de esa revista en sus mejores tiempos. Más completo es el "retrato ideológico" dibujado por Santoro en la "Scuola Positiva".

Según Santoro, cuando se dice que Antolisei ha dejado un vacío difícil de llenar, no se hace un elogio convencional: la afirmación desciende de la actual condición de los estudios penales en Italia, que no permite diferenciar notablemente uno de otro penalista. La dirección áridamente dogmática prevalece en el momento presente, dispensa a los jóvenes penalistas de profundas meditaciones sobre la función de nuestra disciplina. Es claro el

peligro envuelto en tal método lógico formal, que reduce la realidad del delito y de la defensa a un vacío conceptualismo. Escribió Antolisei (en «Problemi penali odierni», Milán, 1940, p. 18, y reprodujo en «Scritti di diritto penale», Milán, 1955, p. 16): «La dogmática formalista es un coloso, pero con los pies de arcilla», y aludía al valor exagerado atribuido por la misma a la lógica en el derecho, con la tendencia a reconocer una unidad sistemática, frecuentemente inexistente, porque en el derecho abundan los elementos irracionales. Se pronunciaba, pues, contra el exceso de conceptualismo y la privatización del derecho penal, a imitación del otro lado de los Alpes. Frente al exceso en la abstracción esgrimía Antolisei la existencia real sólo en lo concreto, y se pronunció contra la idolatría por el derecho positivo de quienes no ven que el derecho no es un mundo de relaciones estáticas y que el jurista tiene también la misión de contribuir al desenvolvimiento progresivo de la legislación.

Tales criterios metodológicos eran debidos a su formación cultural en la Filosofía y en la Criminología. «Sólo un estudioso filosóficamente preparado podía adentrarse en los espesos y difíciles meandros de la causalidad», aludiendo a la mejor monografía de Antolisei: *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, 2.ª ed., Turín, 1960. También relaciona Santoro con la preparación filosófica la posición de aquél ante el problema de la culpabilidad. Concebía ésta como el elemento subjetivo del delito, como un hecho de orden natural y, en particular, como un fenómeno psicológico. Mas, por otra parte, se adhiere en parte a la teoría normativa, interpretando la culpabilidad como «un hecho de indisciplina social» (p. 234 del *Manuale di diritto penale, Parte generale*, ed. 5.ª). De modo que «ambas teorías, la psicológica y la normativa, tienen un *quid* de verdad».

Reconocía la importancia de las disciplinas auxiliares de índole naturalista, pues la noción del delincuente y especialmente la consideración de la peligrosidad del reo, que está en la base de la aplicación y ejecución de las medidas de seguridad, dependen de los resultados de dichas ciencias, declarando que el derecho penal italiano había adoptado una orientación subjetiva, la cual no se debe de perder de vista si se quiere que la interpretación y aplicación de las singulares normas correspondan al espíritu que expresa y anima el sistema (*Manuale*, P. G., p. 36).

Llamó Antolisei realista a su orientación, no en el significado filosófico, sino en el sentido de practicidad, de una cierta adecuación del derecho y de la dogmática a las exigencias sociales y estatales en la defensa contra la criminalidad. Pero niega dar comienzo a una nueva escuela, porque, en nuestra disciplina, hay demasiadas, y la distancia entre las escuelas se ha atenuado mucho. Aceptaba la libertad de elección como fundamento de la reacción penal, que no puede ser demostrada ni explicada racionalmente, pero el derecho penal debe referirse a la concepción común de la responsabilidad humana. En la concepción de la pena tomaba posición contra la función retributiva, superada por las disposiciones sobre la reincidencia y por otras que favorecen la enmienda del sujeto; y cree inevitable el compromiso, dada la complejidad de las razones sobre las cuales se funda la lucha contra el delito.

Santoro se complace en reconocer el relieve particular dado por Antolisei

a la personalidad del reo, secundando el movimiento del Código italiano al trasladar el acento del delito al delincuente. La capacidad para delinquir, transcrita en el artículo 133 del Código italiano como criterio a tener en cuenta por el juez para la medida de la pena, es, según Antolisei, la criminalidad virtual del individuo, la disposición o inclinación al delito; opinión contraria a la de los escritores tradicionales, que hacen de la misma un criterio inherente al hecho ilícito para graduar la culpabilidad. La capacidad para delinquir no es sino la misma peligrosidad, pero en un grado menor. A propósito de las medidas de seguridad, combatió el sistema dualístico, proponiendo un procedimiento único que tenga por fin la resocialización del reo, con un mínimo de duración preestablecido en razón a la gravedad del delito.

Niega Santoro la multiplicidad de escuelas afirmada por Antolisei, pues, a su juicio, sólo hay dos: la tradicional y la moderna. Y niega también que estén desapareciendo las diferencias entre ellas. En rigor, lo perseguido por aquél es subrayar las parciales coincidencias de Antolisei con Crispigni y Ferri, y otros pasajes de aproximación a los principios de la escuela positiva. Mas, a mi parecer, Antolisei, como Delitala, recuerdan más a la que se llamó *terza scuola* o escuela crítica, dirigida por Carnevale y Bernardino Alimena. Incluso en el estilo sencillo y brillante se parece Antolisei a Alimena.

Otra característica del primero ha sido—según Santoro—“el esfuerzo constructivo para alcanzar el sistema penal por completo, contrariamente a la mayor parte de los tratadistas, que raramente se aventuraron a tratar la parte especial”. No tan raramente en Italia, donde, entre los modernos, han escrito partes especiales: Maggiore, Vannini, Ranieri, Pannain, Cavallo y el propio Santoro. Mas sobresale de las otras la de Antolisei por el método realista y simplificador para presentar y resolver los difíciles problemas que aparecen a cada paso en el estudio de los delitos en particular.

MALINVERNI, Alexandro: «II tentativo punibile».

Las disposiciones sobre la tentativa extienden la pena a conductas no previstas en las singulares figuras de delito. Si la exigencia de certeza implica la descripción en la ley de tipos delictivos bien delimitados, también rige para la tentativa la regla *nullum crimen sine lege scripta et stricta*. La construcción de la tentativa presenta, además, la dificultad de ser una figura válida para todos los delitos.

La primera aproximación al problema puede realizarse examinando las fórmulas en vigor. MALINVERNI expone las de multitud de legislaciones, acumulándolas en varios grupos. En el primero, dedicado a las definiciones subjetivas, comprende, entre otras, las de los Códigos de Noruega, Dinamarca, Cuba, Polonia, y el de 1961 para la República federal soviética. La solución objetiva es adoptada desde el Código francés de 1810 por la mayoría de los países, como Alemania, España, Holanda, Bélgica, Italia, etc. La convicción de que el criterio de los actos iniciales de ejecución, exigidos en el Código napoleónico, no sirve para resolver todos los casos presentados por la práctica, ha aconsejado adoptar otros como el de los actos idóneos y no equívocos

del Código italiano. Considerando inciertas las fórmulas puramente objetivas, en algunos países se ha apelado, para delimitar bien la tentativa punible, al concepto del delito imposible impune: en todo caso (Italia, Cuba, Yugoslavia, etc.) o cuando el hecho acuse falta de criterio (Código suizo, Proyecto alemán de 1962). Finalmente, algunos códigos de fórmula subjetiva, contienen otro límite de carácter general: así, en la URSS se declara no ser delito la acción que, si bien revista formalmente los caracteres de una figura de delito, no presente peligro social. Por lo demás, MALINVERNI opina que, no obstante los distintos criterios de los Códigos, todos ellos convergen a soluciones no muy distintas en la práctica, llegando la jurisprudencia y la doctrina a resultados semejantes, con la tendencia, desde hace tiempo, a una más extensa incriminación de la tentativa conforme a la creciente relevancia del elemento subjetivo del delito.

Pasando al estudio de las doctrinas, se advierte que en las subjetivas no se incrimina la simple intención, sino que se exige alguna actividad: un elemento psíquico, el dolo, y un elemento material, pero éste es el hecho histórico realizado en el singular caso para consumir el delito, y falta la definición general del tipo objetivo de la tentativa. Para sostener la teoría subjetiva, se argumenta que todas las condiciones necesarias para la producción del resultado son equivalentes, y, por, consiguiente, la única justificación de la punibilidad de la tentativa estaría en la voluntad criminal manifestada por el agente, negándose la posibilidad de un juicio de peligrosidad *ex ante*, mientras la vida del hombre, en particular, y de la sociedad está sembrada de previsiones de los hechos futuros. También rechaza MALINVERNI la paradójica teoría del error al revés formulada por BINDING. Acoger las teorías subjetivas significaría un injustificado desmembramiento del Derecho penal en dos sectores: uno constituido por el Derecho penal del delito consumado, en el cual rige el principio de legalidad y, por tanto, se requiere la consideración de un hecho conforme al tipo delictivo expresamente establecido en la ley, y otro sector constituido por el Derecho penal de la tentativa, en el cual el principio de legalidad queda sustituido por el que reconoce delito en todo comportamiento que el agente ha creído realizar al fin de cometer el mismo delito. La dirección positivista añade la existencia de peligrosidad, pero el principio de legalidad obligaría a precisar los hechos índice de aquélla, a castigar la tentativa inidónea cuando se ofreciera peligrosidad en el agente y a excluir la idónea cuando faltase aquélla

MALINVERNI acepta la idea de adoptar fundamentalmente, en coherencia con casi todos los sistemas penales vigentes, un criterio objetivo. Una primera solución está en caracterizar la tentativa punible por el peligro de la consumación. Por consumación puede entenderse la realización entera del tipo del delito y la correlativa ofensa (lesión o peligro) para el bien jurídico protegido. El peligro debe ser valorado en base a la existencia de una relación de causalidad abstracta y adecuada entre la conducta y el evento. Abstracta porque la existencia de la relación de causalidad no debe ser considerada con referencia al caso concretamente verificado, pues si se considera éste, la causalidad debería ser siempre excluida. Se habla de causalidad adecuada porque se quiere excluir el criterio de la condición necesaria y afirmar, en cambio,

que se hayan puesto los actos que hagan posible (en el sentido de no improbable o no imposible) la verificación del resultado. El requisito de la idoneidad de los actos adoptado por una parte de la doctrina y algunos códigos (como el italiano), a su vez, reclama el de una causalidad abstracta y potencial. A la distinción entre inidoneidad absoluta, que excluye la tentativa, e inidoneidad relativa, en cuyo caso subsistiría, ha sido objetado que una acción sólo puede ser idónea o inidónea. Pero dicha teoría habla de una idoneidad genérica *ex ante* (en el momento en que el agente operaba); sus críticos hablan de la inidoneidad juzgada *ex post*.

Una reciente elaboración ha llevado a sostener que constituye comienzo de ejecución la manifestación clara de la voluntad criminal por una acción que, según el plan total del autor, debe llevar inmediatamente a causar el peligro del objeto protegido (SCHÖNKE, SCHRÖDER-WAIBLINGER y, en precedencia, CARRARA). Este plan del agente abre la puerta a las criticadas soluciones de la teoría subjetiva.

Se ha observado que requerir el peligro de la consumación restringe excesivamente la tentativa, dejando impunes casos que debieran ser punibles: el uso de una cantidad insuficiente de veneno mortífero; la introducción de la mano del ladrón en el bolsillo vacío, etc. Para consentir la incriminación de estas tentativas sin incurrir en los defectos de la teoría subjetiva, se ha buscado una posición mixta que, después de haber aceptado fundamentalmente la solución subjetiva, requiere determinadas características objetivas existentes en la realidad como una perturbación de la paz jurídica y del orden público (NAGLER, WELZEL, MAURACH) o bien una infracción del sentimiento de seguridad del bien jurídico y del orden jurídico de la comunidad (VON BAR, MEZGER). La solución presenta el defecto de poner límites demasiado genéricos a la punibilidad de la tentativa. Los conceptos de paz jurídica, del sentimiento de seguridad del bien y del ordenamiento jurídicos tienen un contenido demasiado amplio y variable, no ofreciendo garantías para la libertad e igualdad.

Según la doctrina del tipo delictivo, la tentativa punible existe cuando el hecho concreto resulta comprendido en el tipo legal, pero el resultado permanece excluido (DOHNA, HIPPEL, FRANK, BINDING, etc.), y será impune cuando el resultado no se produzca por la impropiedad o falta de un elemento no expresamente indicado en el tipo, pero necesario para causar el resultado. El error del agente sería entonces *nomológico*; ejemplo: la mujer que toma una taza de té creyendo que era un abortivo. La tentativa sería idónea y punible cuando el agente comete un error *ontológico*; ejemplo: quien cambia la taza de té efectivamente envenenada por la que no estaba envenenada. El error nomológico corresponde al error sobre el motivo; el ontológico coincide con el error por la inhabilidad. Para MALINVERNI, el problema no queda resuelto con el criterio del tipo, pues queda por establecer cuáles son las características del tipo concreto necesarias para que se encuentre el hecho dentro del tipo legal de delito. Además, frecuentemente la ley no describe con precisión los hechos del tipo: así en las infracciones de conducta libre indicando sólo el resultado (ejemplo: quien ocasiona la muerte de un hombre) o se definen mediante una calificación (riña, abusos deshonestos).

La nueva teoría de la *proximidad* ha propuesto que la tentativa punible se configure ya cuando el autor se acerca inmediatamente a la realización del hecho típico, como, por ejemplo, sacar el revólver del bolsillo para matar (WELZEL). Otra teoría llamada "sustancial objetiva" ha definido como ejecutiva la actividad que, en fuerza de su conexión necesaria con una acción conforme al tipo, aparece, según la *concepción natural*, como parte esencial de la acción (fundada por FRANK). Ulterior concepción estima comienzo de la ejecución en la acción todavía no comprendida en el tipo, pero en tal relación con la acción comprendida en el tipo, en base a la consideración del plan total del agente y según la concepción natural, el conjunto de las acciones debe ser considerado como una sola acción (Jurisprudencia del T. S. alemán). Ya ORTOLÁN, advierte el articulista, había llamado ejecutivos a los actos que forman un cuerpo único con la acción típica. Tal solución reconoce la necesidad de proceder al juicio según la "concepción natural" y está caracterizada por asumir, como objeto de valoración, el plan completo del agente. Dicha característica constituye —para MALINVERNI— un punto débil, pues sería inevitable extender el juicio a los pensamientos, a los efectos y a las veleidades del sujeto. También el elemento objetivo; esto es, la unidad del plan del agente con el tipo resulta bastante vago.

A continuación de ocuparse del criterio de la univocidad, afirma MALINVERNI que las soluciones del peligro, de la idoneidad y de la causalidad adecuada no difieren más que en el nombre, siendo el término peligro más genérico. La referencia al tipo no es más que un disfraz verbal de los conceptos de causalidad, idoneidad y peligro.

Desenvolviendo este último criterio, se pregunta el articulista: ¿cuáles son las circunstancias que deben tenerse en cuenta para expresar el juicio de peligro? Una primera solución es tener en cuenta solamente los hechos conocidos por el agente: así se excluye el peligro y, por tanto, la tentativa cuando la consumación no ha ocurrido a causa de un obstáculo ya existente en el momento del hecho y era conocida por el sujeto. Pero se corrige tal solución añadiendo, a los hechos conocidos por el sujeto, los que hubieran podido ser conocidos por una persona de normal sagacidad o experiencia. La solución, pues, propuesta por MALINVERNI, mantiene la noción de tentativa punible construida sobre la base de un juicio de peligro de la consumación a consecuencia del comportamiento actuado por el agente en coherencia con el sistema penal vigente basado en el hecho. Pero inserta en tal sistema una rama que atiende a la valoración del aspecto específico de la actitud criminal del autor. Consiste en un juicio acerca de la probabilidad de que el agente realizase una conducta peligrosa para la consumación del delito, entendida como ofensa al bien jurídico protegido, si se hubiera dado cuenta de que la actuada no podía conseguir la consumación. Por consiguiente, no se trata ya del genérico y problemático juicio de peligrosidad atinente a la probable comisión de nuevos hechos constitutivos de delito, sino de expresar un juicio específico, bastante menos opinable, acerca de la verosimilitud de la "corrección" que el agente habría aportado a la conducta que él tenía erróneamente por idónea para la consumación del delito.

La exigencia de ampliar el tradicional alcance de la norma sobre la ten-

tativa punible mediante una referencia a la personalidad del sujeto, ha sido ya acogida por algunos Códigos modernos, que han ligado la impunidad de la tentativa inidónea a la falta grande de criterio, la ingenuidad, superstición o extrema ignorancia del sujeto. Pero se deja en la sombra el punto central del problema: es esencial establecer cuál hubiera sido el comportamiento del sujeto si se hubiera apercibido que su conducta no iba a llegar a la consumación. Para que tenga un sentido la indagación de sus caracteres psíquicos, debe ser dirigida a tal objetivo. En efecto, pueden darse sujetos sin criterio, ignorantes, ingenuos o supersticiosos, los cuales hubieran obtenido, al saber su error, enseñanza para realizar una tentativa peligrosa. En estos casos, la tentativa debe permanecer punible.

El delito imposible es un límite general de los confines de la tentativa punible. Por consecuencia, si ésta es el hecho realizado con el fin de consumir el delito y que ha creado un peligro de ofensa, el delito imposible comprenderá el hecho realizado con el fin de consumir el delito, pero que no ha creado peligro de ofensa. E insiste MALINVERNI en que el peligro de ofensa viene, sea de la realización de condiciones necesarias para la consumación, sea de la verosimilitud de que tales condiciones se habrían realizado si el agente se hubiera dado cuenta de la insuficiencia de las actuadas.

En las 58 páginas de que consta este trabajo, se expone un panorama amplio de Derecho comparado y de doctrinas, siendo las críticas del autor, en su mayor parte, convincentes. He aquí, pues, la guía para un estudio más profundo y detallado.

J. A. O.

S U I Z A

Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique

Octubre-diciembre 1967

J. GRAVEN: «Paradis artificiels... ou portes de l'enfer» (págs. 257 a 262).

Es el editorial que para cada número de revistas redacta su director bajo el título genérico de "Reflexiones". Estas surgen al comentar la noticia de haber sido atendida en Florida una joven de dieciocho años que tenía las manos horadadas por taladros que se le habían producido por otros miembros de un grupo de afiliados a la droga, como castigo por haber faltado a las reglas del grupo. Discurre en el editorial sobre los peligros de su uso y la manera de evitar su comercio, los males que produce, la afición a ella de una parte de la juventud, fenómeno frecuente en los países más desarrollados, como Suecia, la poca atención que a la punición de su expendición presta el Código penal suizo y otros aspectos de este problema.

J. CONSTANT: «*Les «choses dangereuses» face au droit pénal beige*» (páginas 263 a 270).

El legislador belga emplea frecuentemente la expresión “cosas peligrosas”, pero no da una definición de éstas. Al determinar qué cosas considera intrínseca y permanentemente peligrosas, y cuáles pueden llegar a serlo, según la legislación de aquel país, tiende este artículo, bien entendido que este peligro ha de determinarse antes de que el riesgo se haya producido, haciendo una enumeración de ésta, deducida del articulado de su código y de las diversas leyes.

G. HOUCHON: «*Les mécanismes criminogènes dans une société urbaine africaine*» (págs. 271 a 292).

Con la poca y dispersa documentación que el autor puede manejar y con las lagunas que en ella existen, reconocida por el autor, con especial referencia al Congo, que fue belga, de la que la posee mayor, traza un estudio io más completo posible de la materia, refiriéndola especialmente a la delincuencia juvenil y destacando como factores criminógenos la miseria, la urbanización, que rompe los lazos tribales agrupando poblaciones heterogéneas, trazando hipótesis de métodos de prevención y tratamiento de esta delincuencia en lo que al Congo se refiere.

J. C. KEMPF: «*Quelques aspects du Ministère public genevois*» (páginas 293 a 296).

Este artículo no es más que una exposición a grandes rasgos de la organización y atribuciones del Ministerio Fiscal en el Cantón ginebrino, resaltando que está inspirada en el modelo francés y que en materia penal ha de tender sobre todo a esclarecer la personalidad del acusado para facilitar el que el tribunal imponga la pena o acuerde la medida más conveniente.

C. MORETTI: «*Les indicateurs*» (págs. 297 a 304).

Unas palabras del Ministro del Interior francés, en la Cámara, defendiendo el empleo de confidentes por la policía, el recuerdo de la influencia que en las guerras y revoluciones tiene la información, hasta el punto de creer que el triunfo de la francesa se debió sobre todo a estar en el Gobierno falto de ella, la hace necesaria a todo Gobierno si quiere prevenir y evitar sucesos delictuosos, sirven de preámbulo al autor para recordar las tres clases de informadores —malviviendo, guardias urbanos y habituales a sueldo fijo— empleados por la policía y las variantes que las modernas exigencias de la lucha contra el crimen hacen necesaria. Formula después indicaciones sobre el valor que se ha de dar a la noticia según el móvil y la situación del confidente.

J. DELARUE: «L'art de l'escroquerie —trois classiques du genre—» (páginas 304 a 320).

La estafa es el delito intelectual por excelencia; la simpatía, el arma fundamental de los estafadores, entre los que se dan los más diversos talentos. A exponer como ejemplo tres bien distintas clases de este delito se dedica el artículo. Uno, realizado especulando sobre la credulidad de la gente respecto a la colonización de países lejanos, que el autor realiza vendiendo lotes de tierras que ningún comprador ha visto, y de las que el vendedor no tiene más noticias que el relato optimista de un viajero que resulta falso. Otro, una variante del timo del entierro; lo enterrado es la herencia de un tío en España, que luego es en América, que supone un largo pleito de veinte años, de valores que no se pueden tocar durante un periodo de tiempo, que resulta naturalmente inexistente, pero que se descubre cuando sobre la efectividad de los derechos hereditarios y la realidad del depósito se han prestado grandes sumas. El último de los expuestos es la explotación de un deseo de aventuras de un joven y rico matrimonio por quien se les dice estaba en contacto con el servicio de contraespionaje francés, para impedir que unas bombonas que se suponen contienen uraníferas caigan en poder de los rusos, adelantando diversas cantidades de dinero para comprarlas, seducidos por la promesa de la concesión de la Legión de Honor.

L. ROSSET: «Le «meurtre des Fivettes» (págs. 325 a 330).

El artículo es la relación de los trabajos judiciales y policíacos realizados para descubrir al asesino de una mujer descuartizada, cuyo cadáver fue encontrado en agosto de 1962. Su interés radica en que muestra la manera de colaborar las policías de los diversos cantones suizos y la ayuda que a una difícil investigación criminal puede prestar la Interpol.

: : : : :

Este número, como todos los de la revista, contiene una crónica de novelas policíacas y otra que lo es del crimen, que le dan una gran amenidad, haciendo de ella la más completa en Criminalística y Policiología.

Domingo TERUEL

Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht. Revue Pénale Suisse

1968. Fasc. 1

HALL, Williams: «Zwanzig Jahre Strafrechtsreform in England und Wales» (Veinte años de reforma del Derecho penal en Inglaterra y el País de Gales).

Desde la Ley de Justicia Criminal (*Criminal Justice Act*) de 1948 hasta hoy, ha obtenido la Justicia criminal inglesa un desenvolvimiento de gran

significación. A un observador del continente puede extrañar que nunca se hayan expresado claramente los fundamentos del Derecho penal desde su formulación por la Comisión Gladston, que ponía en primer lugar la intimidación y la mejora como fines de igual valor. Por ello, la legislación inglesa refleja más las mutaciones prácticas de la Administración, fundadas en la experiencia, que los principios dogmáticos.

I. La Ley de Justicia Criminal de 1948 introdujo importantes novedades. Unificó las penas privativas de libertad, suprimiendo la reclusión, los trabajos forzados, otras tres especies de prisión y las penas corporales; creó una nueva organización penitenciaria, dirigida por el Ministro del Interior y la Comisión de prisiones, que regularon las particularidades del sistema, creando los establecimientos abiertos y nuevas especies de los Borstal (instituidos en 1908 para la educación de jóvenes de quince a veintiún años). La Ley del 48 fijó como fines del tratamiento despertar la voluntad del penado y capacitarlo para conducir su vida útilmente.

Estableció medidas para sustituir la prisión, como fueron: abstención de la condena de modo condicional o incondicional (lo que en el continente se llama perdón judicial); extender la *probation*; crear los Centros de asistencia (*Attendance Centres*) donde los jóvenes de diez a veintiún años han de pasar de doce a veinticuatro horas, los sábados regularmente, en jornadas de dos horas, y también los Centros de detención (*Detention Centres*), a modo de los "Punishment Centres" del Ejército, donde los penados son sometidos a un tratamiento de corto y agudo *chock*. También las llamadas medidas de seguridad, que en el derecho inglés no llevan este nombre: la educación correccional (*corrective training*) para quienes tuvieran por lo menos veintiún años, y la custodia de seguridad (*preventive detention*) para los de treinta o más años.

II. Una Ley de 1958 se refiere a los condenados por vez primera, y estuvo inspirada en el informe de un Comité para la sustitución de las penas cortas de privación de libertad, en el cual se aportan interesantes datos: en 1952 había 28.838 condenados a prisión, de los cuales 19.957 lo eran por tiempo no mayor a seis años. Para reducir tan considerable cifra se recomendaba extender a los adultos la limitación de las penas privativas de libertad establecidas para los menores de veintiún años por la Ley del 48 (según la cual los tribunales no debían condenar a prisión al menor de veintiún años más que cuando ningún otro método pareciera adecuado). La reforma fue limitada en cuanto sólo se aceptó tal recomendación en cuanto a los adultos sometidos a los Jueces de Paz.

III. Mayor importancia tuvo la Ley de Justicia Criminal (*Criminal Justice Act*) de 1961. Por ella, la edad mínima para el internamiento en un Borstal descendió de dieciséis a quince años, y la duración mínima del internamiento de tres a dos años. Se rebajó también el tiempo de vigilancia sobre los liberados condicionalmente. Si la Ley del 48 había ordenado que solamente los tribunales superiores podían condenar a prisión a los que tuvieran de quince a diecisiete años, la del 61 prescribió para todos los tribunales que solamente a los mayores de diecisiete años pudieran imponerse tales penas, pues los menores de diecisiete años debían ser internados en

los Borstal. Pero la más importante y radical modificación introducida en 1961 fue la exclusión de las penas privativas de libertad de duración media para los jóvenes delincuentes. Ningún tribunal podrá condenar a un joven a prisión de seis meses a tres años, sino que será internado en un Borstal. Cuando la pena sea menor de seis meses debe sustituirse por el internamiento en los *Detention Centres*. Solamente en algún caso excepcional puede imponerse prisión por lo menos de dieciocho meses a quien ha sido condenado por seis veces a prisión o al Borstal. Dicha Ley autoriza al Ministerio del Interior para aumentar considerablemente los Centros de detención, cuya eficacia es, por otra parte, muy discutida.

La Ley del 61 modifica también el gobierno de la administración penitenciaria, suprimiendo los Comisarios de prisiones, y reorganiza la asistencia a los liberados, que en unos casos es obligatoria y en otros voluntaria.

IV.—La *Criminal Justice Act* de 1967 es la más importante desde la de 1948. Se ha llegado en ella a la completa abolición legal de los castigos corporales, antes autorizados como sanción disciplinaria dentro de las prisiones, aunque, según Hall, fuera en la práctica tal autorización letra muerta. En cuanto al sistema de sanciones, prosigue el proceso de limitación de la prisión, sólo imponible como último medio en la mayor parte de los hechos punibles. Y por primera vez ha sido posible en Inglaterra, que siempre mantuvo el *probation system* frente al *sursis* continental (aunque ahora ya se admite en varios Estados europeos el sistema anglosajón combinado o al lado del *sursis*) aplicar la condena condicional, rechazada su propuesta varias veces por el Gobierno. Sólo se pueda aplicar cuando la pena no excede de dos años, siendo obligatoria si no excede de seis meses.

Significativa es la abolición de la pena de prisión para la embriaguez en lugares públicos. Anteriormente eran condenados —según declaración en el Parlamento del Ministro del Interior— cinco mil personas por embriaguez, de las cuales unas cuatro mil, por no pagar la multa, sufrían la prisión. Mas la gran esperanza para disminuir el número de los presidiarios surge al admitirse en Inglaterra la libertad condicional de delincuentes condenados a penas largas o de duración media, de modo que, salvo si se trata de penas perpetuas, queda reducida la ejecución a una tercera parte, pero nunca menos de doce meses.

Desde hace largo tiempo ha preocupado en Inglaterra, como en todas partes, el problema de la reincidencia, que la Ley de 1908 intentó resolver por el procedimiento de la doble vía, y la de 1948 estableciendo, en lugar de la pena ordinaria, las que el derecho del continente llama medidas de seguridad: una para los jóvenes y otra para los adultos. La Ley de 1967 ha suprimido ambas, sustituyendo la primera por una prolongación de la pena privativa de libertad para los reincidentes persistentes, lo cual le parece a Hall un procedimiento poco feliz.

El artículo se ocupa también de materias que sería, dada la extensión de esta nota, prolijo detallar: de las *Approved Schools* (llamadas así por ser escuelas reconocidas y aprobadas por el Ministerio para los que tengan no más de diecisiete años), creadas por la Ley de 1933, sobre niños y jóvenes delincuentes, y del problema de lo que ha de hacerse con los difícilmente

adaptables que llegan al límite de edad, quienes, según el autor comentado, deben pasar a los Borstal mejor que a los Centros de detención; del "Libro blanco sobre el niño, la familia y los delincuentes jóvenes", publicado en 1964; del Informe Mountbatten para aumentar la seguridad de las prisiones (1966), que hace propuestas de gran coste y parece incompatible con las tendencias humanizadoras (las cuales quizá sufran retroceso, sea por el aumento de la delincuencia, sea por las fugas espectaculares de algunos reclusos).

No obstante el título general del artículo, está dedicado casi exclusivamente a la pena, y más concretamente a las privativas de libertad. Sin embargo, no deja de hacer mención de la Ley sobre homicidio de 1957, la cual, sin derogar las famosas reglas M. Naghten, ha permitido atenuar la pena de los semiimputables, y de las dudas planteadas acerca de la pena atenuada a ellos aplicable.

La Ley de abolición de la pena de muerte de 1965, que ha de renovarse en 1970, sin que hayan triunfado los esfuerzos para adelantar su estabilidad, sustituye el castigo capital por la prisión perpetua. Ya nos hemos referido al acortamiento que suele hacerse en virtud de la libertad condicional. Ahora bien, en el caso de imposición de prisión perpetua en lugar de la pena de muerte, se da por vez primera en la historia de Inglaterra la facultad al juez reconocida para fijar el tiempo mínimo de cumplimiento de la condena que ha de transcurrir para que el Ministro del Interior pueda disponer la libertad, si bien su recomendación no es vinculante para el Ministro.

Finalmente, Hall nos habla de una curiosa disposición de 1964, por la cual corresponde al Estado indemnizar a las víctimas de "hechos de fuerza" o a sus próximos parientes, exceptuando el caso de que el delito sea realizado por los parientes que vivan con la víctima, y también son exceptuados los accidentes del tráfico.

Dignas de mención —y ciertamente también de imitación— son las investigaciones promovidas por el Ministerio del Interior sobre las causas de la criminalidad y el tratamiento de los delincuentes, en virtud de una serie de disposiciones a partir de la Ley de 1948.

En las conclusiones, la primera insiste en que la política criminal inglesa se ha desenvuelto más por la Administración penitenciaria que por la legislación, sin perjuicio de la influencia también de la opinión pública, la cual, a su vez, ha estado influida por la legislación. La segunda conclusión considera que las instituciones penitenciarias en Inglaterra han ido adquiriendo tanta holgura que van cayendo las barreras que separan la prisión y la sociedad libre. Así lo atestiguan: los hogares para los próximos a la libertad o de tránsito, la libertad condicional, los permisos de fin de semana, etc., habiéndose también propuesto incluso las visitas conyugales en la prisión para los que no puedan tener permiso para salir.

Una relación de la literatura documental consultada termina este trabajo, ciertamente no muy detallado, pues la amplitud del tema no lo permitía, pero suficiente para presentar el cuadro de una época en la política criminal inglesa muy interesante, prueba de que Inglaterra, donde no florece la dogmática, en materia penológica ofrece variedad de modelos dignos de considerar e incluso de imitar.

NOTICARIO

CONFERENCIAS EN ALEMANIA DEL PROFESOR CORDOBA RODA

Sobre el tema "La imprudencia en Derecho penal español" ha dado diversas conferencias en Alemania el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valencia doctor Juan Córdoba Roda. Las conferencias fueron pronunciadas por el profesor Córdoba durante los meses de junio y julio de 1968 en las Universidades de Bonn, Friburgo, Munich, Regensburg y Erlangen, a invitación, respectivamente, de los profesores señores Hans Welzel, Hans-Heinrich Jescheck, Reinhart Maurach, Hans-J. Hirsch y Georg Schwalm.

NUEVO INSTITUTO DE DEFENSA SOCIAL EN ROMA

La organización de las Naciones Unidas ha venido realizando en los últimos lustros importantes trabajos en materia de prevención del delito y tratamiento del delincuente, mediante la Sección de Defensa Social. Los Congresos de Ginebra (1955), Londres (1960) y Estocolmo (1965) están aún bien recientes y sus trabajos son bien conocidos de los criminalistas. Nuestra participación en el de Londres nos permitió apreciar directamente lo entonces realizado sobre tan amplio tema: prevención del delito y tratamiento del delincuente. La dirección o jefatura de la Sección de Defensa Social de la O. N. U. estuvo a cargo de los profesores LÓPEZ REY y Edward GALWAY, conocido criminólogo norteamericano.

Y este último ha sido nombrado por el secretario general de las Naciones Unidas director del Instituto de Defensa Social, establecido en Roma por acuerdo firmado el 15 de enero de 1968 por el director general SPINELLI, de las oficinas de las Naciones Unidas en Ginebra, y el embajador CARUSO, en nombre del Gobierno italiano.

Se trata así de que las actividades de las Naciones Unidas en este campo alcancen mayor extensión e intensidad, fomentando buenas políticas y prácticas sobre prevención del delito y la lucha contra la criminalidad, objeto algunas de anteriores estudios y publicaciones de las Naciones Unidas (Delincuencia juvenil (Probation), Libertad condicional, Formación de personal, Establecimientos abiertos o prisiones sin rejas, Ayuda post penitenciaria, etc.).

El ofrecimiento del Gobierno italiano asegurando la acogida y establecimiento del instituto en Roma y la financiación mediante contribuciones voluntarias de los Gobiernos y de las instituciones no gubernamentales dispuestas a colaborar a la realización de sus plausibles fines permiten esperar que el Instituto de Roma cumpla su importante misión.

Más de veinte Gobiernos de todas las regiones del mundo están ya empeñados en la tarea.

La Santa Sede, con una primera aportación, ha puesto de manifiesto la aprobación y favor del Santo Padre en favor de este programa.

Pascual MENEU

PRIMERA REUNION DEL GRUPO CONSULTIVO DE LAS NACIONES UNIDAS, EN MATERIA DE PREVENCIÓN DEL DELITO Y TRATAMIENTO DE DELINCUENTES

El 10 de agosto de 1968 empezó sus reuniones, que durarán hasta el día 16, este grupo de las Naciones Unidas.

Es la segunda sesión que celebra en Ginebra.

Cuatro son los temas fundamentales de sus deliberaciones:

a) La prevención de la delincuencia juvenil en el panorama del desarrollo nacional.

b) Aspectos económicos de la formación del personal de defensa social.

c) Aplicación de normas mínimas para el trato de detenidos.

d) La pena capital.

Fueron invitados 124 gobiernos, instituciones de la Naciones Unidas y organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales.

Declaró abierta la sesión el embajador Winspeare, director general de las Naciones Unidas en Ginebra, dando la bienvenida a los reunidos y presentando los votos del Secretario General de las Naciones Unidas y los suyos propios por el éxito de estos trabajos.

Subrayó el especial cuidado con que ha sido preparada esta reunión, que podría hacer época en la historia de la defensa social, cual evidencian los documentos de trabajo, con el concurso de gobiernos que respondieron generosamente al llamamiento de las Naciones Unidas, asegurando la colaboración de un escogido grupo de especialistas.

Recordó las nuevas ideas difundidas en el mundo desde la publicación de la obra de Beccaria hace 200 años y el interés de unos gobiernos por las experiencias de otros en los últimos tiempos, puestas en común desde 1872 por la Comisión Internacional de Prisiones, después por la desaparecida Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, en estrecha colaboración con la Sociedad de Naciones y después con la organización de las Naciones Unidas. Precisamente sus recomendaciones a los gobiernos sobre el trato de detenidos hace ya decenas de años, no fueron universalmente adoptadas o, cuando lo fueron, no se aplicaron, según puso de relieve el embajador Winspeare.

Estas reuniones tienden a considerar la criminalidad como un aspecto de la evolución social y económica, a escala mundial, más que como un fenómeno autónomo y distinto. Se organizan como preparatorias del Congreso para la prevención del delito y tratamiento de delincuentes que organizan las Naciones Unidas para 1970 en Tokio, y que se suceden cada cinco años, tras los de Ginebra, Londres y Estocolmo.

Los trabajos del Grupo Consultivo se espera que ayudarán también a los gobiernos y a los órganos de las Naciones Unidas a conceder a la de-

fensa social el lugar que le corresponde en los actuales preparativos para el Decenio del desarrollo en los años 70.

Tras la elección del Bureau, que preside el Director General Dupeel, de la Administración Penitenciaria belga, comenzaron los debates sobre el tema objeto de general preocupación y atención: la prevención de la delincuencia juvenil.

Así notamos el creciente número de reuniones y trabajos sobre tan vital problema. Citemos por todos el naciente libro sobre "la delincuencia juvenil en Europa", que acaba de editar el Instituto de Sociología de la Universidad Libre de Bruselas, conteniendo las comunicaciones presentadas al coloquio organizado en Varsovia por el Centro Europeo de Coordinación, Investigación y Documentación en Ciencias Sociales, de Viena. Precisamente uno de los fines de este coloquio fue establecer el balance de las investigaciones sobre la delincuencia juvenil en Europa centrado, esencialmente, en las incidencias que pueden tener los cambios propios del desarrollo económico sobre el nivel y las formas de la delincuencia juvenil.

CRIMENES DE GUERRA, CONTRA LA HUMANIDAD Y DERECHOS DEL HOMBRE

Los diversos órganos de las Naciones Unidas han desarrollado actividades diversas en el campo de los Derechos del Hombre, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, en el año 1967.

Y el año 1968 ha sido declarado Año Internacional de Derechos del Hombre. Recordemos que la Comisión de Derechos del Hombre de las Naciones Unidas viene considerando hace tiempo un proyecto de convenio internacional sobre la persecución y enjuiciamiento de los autores de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, y lo imprescriptible de estas infracciones. El nuevo proyecto fue preparado por un grupo de trabajo formado con delegados de Estados Unidos, Unión Soviética, Inglaterra, Francia, Polonia, Dahomey, Israel, Senegal, Perú, Nigeria y Filipinas. (SOC/HR/302).

Es una garantía que entre los especialistas consultados figure el profesor Graven, de la Universidad de Ginebra, y ex Presidente del Tribunal de casación, autor de importantes publicaciones sobre la materia, quien profesó un famoso curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya (*Les Crimes contre l'Humanité*, Paris, Sirey, 1950).

Entre aquellas recordamos las más recientes: "Les crimes contre l'humanité peuvent ils bénéficier de la prescription?" (*Rev. Pénale Suisse*, 1965, páginas 113 a 178); "Le projet de convention internationale sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité" (*Rev. Internationale de Droit Pénal*, N.º 3-4, 1966, págs. 393 a 449); "A propos du projet du Convention sur les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité" (*Rev. de Droit International, de sciences diplomatiques et politiques*, 1967, 2, páginas 103 a 120).

También la Comisión de Derechos del Hombre, reunida en Ginebra, adoptó unánimemente una resolución invitando a todos los Estados a adoptar, con

ocasión de la Jornada internacional para la eliminación de la discriminación racial, las medidas eficaces para poner en práctica o realizar las disposiciones de la Declaración Universal y de la Convención Internacional sobre la materia.

A petición de aquella Comisión, el secretario general de las Naciones Unidas envió un telegrama al Gobierno sudafricano expresándole la inquietud y la seria preocupación de la Comisión sobre el trato a los prisioneros políticos en aquel Estado. Y la Comisión, tras animado debate, adoptó resoluciones condenando las relaciones políticas, comerciales, militares y económicas de algunos Estados con el régimen "colonialista y racista" del Africa del Sur. La Comisión creó un grupo ad hoc, compuesto de nueve miembros, encargado de examinar las proposiciones para la creación de comisiones económicas regionales sobre los derechos del hombre y de prever las medidas con miras a ampliar el campo de acción de las Naciones Unidas en lo referente a la violación de derechos del hombre. (SOC/HR/306.)

Con ocasión del año internacional a ellos dedicado, 1968, varias instituciones y asociaciones internacionales han incluido en sus trabajos temas relacionados con la materia. Así, la Asociación Internacional de Jóvenes Abogados, cuyo Comité aprobó en Viena en septiembre último el programa de su próximo Congreso Internacional, a celebrar en Barcelona del 8 al 12 de octubre de 1968, por invitación de su Ilustre Colegio de Abogados.

P. M.

NOTA DE LA REDACCION.—En el próximo número, se reanudará la publicación de la Jurisprudencia de la cual ha quedado encargado el letrado del Ministerio de Justicia y profesor de la Facultad de Derecho de Madrid, don Francisco Bueno Arís.

INDICE GENERAL DEL TOMO XXI

FASCICULO II

Mayo-agosto MCMLXVIII

Sección Doctrinal

<i>La doctrina de la acción finalista, hoy</i> , por Hans Welzel	221
<i>Nuevas aportaciones en torno al problema de la "vida" y de la "muerte" y sus incidencias jurídicas</i> , por Jean Graven	231
<i>La punición de los actos preparatorios</i> , por Gonzalo Rodríguez Mourullo	277

Sección Legislativa

<i>El delito de desobediencia a las órdenes particulares del Gobierno</i> (artículo 238 del Código penal)	303
<i>Decreto-Ley de 16 de agosto de 1968</i> ("Boletín Oficial" del 17) sobre <i>bandidaje y terrorismo</i>	310

Sección de Jurisprudencia

<i>De la alevosía</i> , por Juan del Rosal	311
<i>Jurisprudencia procesal penal</i> , por Fernando Gisbert Calabuig	319

Crónicas extranjeras

<i>La pena de muerte en los Estados Unidos de América</i> , por M. Ramírez Morell	367
--	-----

Revista de libros

ALTERNATIV-Entwurf Eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Politisches Strafrecht: <i>Proyecto Alternativo de Código penal. Parte especial. Derecho penal político</i> . Presentado por BAUHANN, BRAUNECK, GRÜN WALD, HANACK, ARMIN KAUFMANN, ARTHUR KAUFMANN, KLUG, LAMPE, LENCNER, MAIHOFFER, NOLL, ROXIN, SCHMITT, SCHULTZ, STRATENWERTH y STREE, con la colaboración de ARTZ, BACKES y QUENSEL, por Enrique Gimbernat Ordeig	388
BRAY, L. DE: <i>Travail social et delinquance</i> (Trabajo social y delincuencia), por Antonio Beristain, S. J.	390
CALVI, Alessandro A.: <i>Tipo criminológico e tipo normativo d'autorec</i> . Pubblicazioni della Facoltà de giurisprudenza dell'università di Padova, por Miguel Bajo Fernández	391
CEREZO MIR, José: <i>Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia</i> , por Domingo Teruel Carralero	393
CUELLO CALON, Eugenio: <i>Derecho penal</i> . Conforme al Código penal, texto revisado en 1963. Adaptado y puesto al día por César Camargo Hernández, por Diego Mosquete	394
CHIOSSONE, Julio, y varios más <i>Trastornos de la conducta juvenil</i> , por José María Nin de Cardona	395
FEBRÉS CORDERO, Héctor: <i>Curso de Derecho penal (Delitos contra las personas)</i> , por José María Nin de Cardona	397
HAMEL, Joseph: <i>Derecho penal especial de las sociedades anónimas</i> , por José María Nin de Cardona	398
HENTIG, Hans: <i>La pena</i> . Traducción del alemán por José María Rodríguez Devesa, por José Antón Oneca	399

PECO, José: <i>Fundamento y naturaleza jurídica de la defensa putativa</i> , por Domingo Teruel Carralero	404
REINHARD, Moos: <i>Der Verbrechenbegriff in Osterreich im 18 und 19. Jahrhundert. Sinn-und Strukturwandel</i> , por Antonio Beristain	405
SOTO ARENAS, Fernando: <i>El delito de defraudación del artículo 239 del Código penal chileno ante la jurisprudencia</i> , por José María Nin de Cardona	406

Revista de revistas

Bélgica

<i>Revue de Droit Pénal et de Criminologie</i> , por P. L. Yáñez Román ...	408
--	-----

Francia

<i>Revue Penitentiaire et de Droit Pénal</i> , por Domingo Teruel Carralero.	413
--	-----

Italia

<i>La Scuola Positiva</i> , por José Antón Oneca	415
---	-----

Suiza

<i>Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique</i> , por Do- mingo Teruel Carralero	421
<i>Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht. Revue Pénale suisse</i> , por José Antón Oneca	423
NOTICIARIO	427

Sección Legislativa

<i>El delito de desobediencia a las órdenes particulares del Gobierno</i> (artículo 238 del Código penal)	303
<i>Decreto-Ley de 16 de agosto de 1968</i> ("Boletín Oficial" del 17 sobre banditaje y terrorismo)	310

Sección de Jurisprudencia

<i>De la alevosía</i> , por Juan del Rosal	311
<i>Jurisprudencia procesal penal</i> , por Fernando Gisbert Calabuig	319

Crónicas extranjeras

<i>La pena de muerte en los Estados Unidos de América</i> , por M. Ramirez Morell	367
---	-----

Revista de Libros

ALTERNATIV-Entwurf eines Straigesetzbuches. Besonderer Teil. Politisches Strafrecht: *Proyecto Alternativo de Código penal. Parte Especial. Derecho penal político*. Presentado por BAUHANN, BRAUNECK, GRÜNWARD, HANACK, ARMIN KAUFMANN, ARTHUR KAUFMANN, KLUG, LAMPE, LENCKNER, MAIHOFFER, NOLL, ROXIN, SCHMITT, SCHULTZ, STRATENWERTH y STRIE, con la colaboración de ARTZ, BACKES y QUENSEL, por Enrique Gimbernat Ordeig.—BRAY, L. DE: *Travail social et delinquance* (Trabajo social y delincuencia), por Antonio Beristain, S. J.—CALVI, Alessandro A.: *Tipo criminológico e tipo normativo d'autore*. Pubblicazioni della Facoltà de giurisprudenza dell'università di Padova, por Miguel Bajo Fernández.—CEREZO MIR, José: *Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia*, por Domingo Teruel Carralero.—CUELLO CALON, Eugenio: *Derecho penal*. Conforme al Código penal texto revisado de 1963. Adaptado y puesto al día por César Camargo Hernández, por Diego Mosquete.—CHIOSSONE, Julio y varios más: *Trastornos de la conducta juvenil*, por José M.ª Nin de Cardona.—FEBRES CORDERO, Héctor: *Curso de Derecho penal* (Delitos contra las personas), por José M.ª Nin de Cardona.—HAMEL, Joseph: *Derecho penal especial de las sociedades anónimas*, por José M.ª Nin de Cardona.—HENTIG, Hans: *La pena*. Traducción del alemán, por José María Rodríguez Devesa, por José Antón Oneca.—PECO, José: *Fundamento y naturaleza jurídica de la defensa putativa*, por Domingo Teruel Carralero.—REINHARD, Moos: *Der Verbrechenbegriff in Österreich im 18 und 19. Jahrhundert. Sinn- und Strukturwandel*, por Antonio Beristain.—SOTO ARENAS, Fernando: *El delito de defraudación del artículo 239 del Código penal chileno ante la jurisprudencia*, por José M.ª Nin de Cardona.

Revista de Revistas

BÉLGICA: *Revue de Droit pénal et de Criminologie*, por P. L. Yañez, Román.—FRANCIA: *Revue Penitentiaire et de Droit penal*, por Domingo Teruel Carralero.—ITALIA: *La Scuola Positiva*, por José Antón Oneca.—SUIZA: *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, por Domingo Teruel Carralero.—*Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht. Revue Pénale suisse*, por José Antón Oneca.

Noticario

Suscripción anual: España, 300,— pesetas
Extranjero, 400,— pesetas

Numero suelto: España, 125,— pesetas
Extranjero, 150,— pesetas