

**ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

**TOMO XXI
FASCICULO III**



**SEPBRE. - DICBRE.
MCMLXVIII**

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:
EUGENIO CUELLO CALON (+)

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

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

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

Consejero-Secretario:
DOMINGO TERUEL CARRALERO
Magistrado

Vicesecretario:
MANUEL COBO
Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad de La Laguna

INDICE

Sección Doctrinal

Páginas

<i>Nuevas aportaciones en torno al problema de la "vida" y de la "muerte"</i> <i>y sus incidencias jurídicas, por Jean Graven</i>	435
<i>Las Leyes Orgánicas y el Ministerio Fiscal, por Víctor Fairen Guillén</i>	475
<i>Hacia un concepto criminológico del furtivo español, por José Manuel Martínez- Pereda Rodríguez</i>	505

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: Mayo-agosto 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 III**



**SEP.-DIC.
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

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 rector 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.

SEGUNDA PARTE

VIII. LA SITUACIÓN JURÍDICA FUNDAMENTAL

Tras las consideraciones necesarias y las primeras conclusiones suscitadas por el problema actual, el jurista puede volver a tomar en sus manos los hilos y reunirlos para tratar de definir, a su vez, la posición del Derecho. Confesemos que se encuentra un tanto asombrado cuando oye decir —como ha ocurrido— a personas cultas, en el curso de una conversación, y dando muestras de sorpresa: “¡Pero es un problema médico! No se trata de un problema jurídico. No vemos en qué...” Es, por el contrario, un problema jurídico tan complejo como el problema médico y el problema moral, puesto que los dos últimos desembocan en el primero, e incluso *muy particularmente complejo*: Porque si hay una “actitud moral” o ética, y “una actitud médica” o profesional común, nos encontramos por el contrario ante *unas concepciones jurídicas diversas*, según los lugares, los sistemas y el tiempo.

1. Las dificultades aparecieron ya cuando se trataba del problema *directo*, en sí aparentemente sencillo, sin embargo, planteado por la “*eutanasia activa*”. Yo lo había examinado en la *Revista Internacional de Criminología y de Policía Técnica*, en 1950, en un momento en que esta cuestión era discutida en el mundo entero, y, a mayor abundamiento, también en Europa, cuando el Dr. Sándor, en enero de ese año, tuvo que comparecer ante el Tribunal de New Hampshire, en Estados Unidos. Había, en 1949, por propia iniciativa, considerando este acto como un deber de conciencia, dado la “muerte

por piedad" a la esposa de uno de sus colegas con su consentimiento, porque padecía un "cáncer incurable" muy avanzado y "sufría atrocemente", inyectándole cuatro decímetros cúbicos de aire en las venas, como se ha podido apreciar por lo expuesto en la introducción. Citado ante la justicia, puesto en libertad provisional bajo fianza de veinte mil dólares y con promesa de no ejercer su ministerio hasta el fin del proceso, había asumido sus responsabilidades —dado que había anotado el hecho en la "ficha de tratamiento"— "declarando con voz firme que se consideraba *no culpable*" (55). La cuestión jurídica esencial fue, particularmente y de modo previo, muy hábilmente discernida por su defensor, quien se esforzó en demostrar que la paciente en estado agónico, cuando fue liberada de sus sufrimientos, estaba "prácticamente muerta" ("no cesaba en su estertor crispando sus manos que retorcián las sábanas del lecho", según manifestó la enfermera) en el instante en el cual, sin previa desinfección, el médico había clavado su jeringa en la articulación del brazo, y que "no se le podía en consecuencia condenar, puesto que, en cierto modo, había matado a un cadáver". El médico —profesional concienzudo y respetado— había afirmado ante el Tribunal: "No tengo nada que ocultar. No he cometido ni crimen ni pecado; sabía que obraba contra la ley y tenía moralmente el derecho de hacerlo."

a) Pero la ley, en Derecho *anglo-americano* (*common law*), prevé el castigo más riguroso —es decir, la pena de muerte en los casos en que no ha sido todavía abolida— para todo homicidio premeditado calificado de *murder* y no es posible en este caso, para el jurado, admitir, con el fin de absolver al médico, que éste había sido "víctima de su subconsciente y había matado en un momento de demencia y de depresión moral", como había hecho el jurado de Bridgerton, en Connecticut, en febrero del mismo año, para absolver a la joven estudiante Carol Paight, quien, ante su petición reiterada, había dado muerte a su padre, canceroso, en el hospital, con su propia pistola. Sin embargo, el Dr. Sándor, borrado del cuadro médico del hospital, no fue condenado: fue absuelto —al igual que lo fue el Dr. Casters, en medio del aplauso general, por el Jurado de Lieja doce años más tarde— y abandonó la sala de audiencia en compañía de su esposa

(55) Ver el artículo: "Faut-il punir l'euthanasie?", *Revue de criminologie et de police technique* 1950, núm. 1, p. 27 y ss. Numerosas indicaciones sobre las controversias y publicaciones de esta época son dadas en él, y a ellas remitimos al lector. En Suiza, el caso ha sido tratado a fondo, especialmente en el Cuaderno núm. 10, de 1.º de abril de 1944, de la fundación suiza *pro infirmis*, en Zurich, y en varias tesis doctorales (por consecuencia del "programa de eutanasia" decidido por Hitler y aplicado por el régimen nazi). Se puede recordar la de HAFNER, *Die Tötung auf Verlangen* (comparación del Derecho suizo y alemán, Berna, 1925); VELDEGEGLI, *Tötung auf Verlangen, Selbstmord, etcétera* (Neuchâtel, 1933); HURNY, *Le problème de l'euthanasie en droit moderne* (Berne, 1942); PIECHOWICZ, *Die Tötung auf Verlangen* (Fribourg, 1946), y, después, sobre todo, HAUSER, *Die Frage der Euthanasie im schweiz. Strafrecht* (Zurich, 1952). Ver también otras indicaciones (especialmente sobre el Derecho alemán y el Derecho francés) en *Le procès de l'euthanasie, Revue Penale Suisse*, 1964, p. 121 y ss. y 233 y ss., especialmente pp. 242 a 244, notas.

rodeado de aclamaciones, en medio de un concierto de claxons y al son de las campanas que algunos habían hecho repicar en su honor.

Esta situación imposible, creada por la tradición intransigente y simplista en extremo del derecho británico (56), explica por qué ha sido precisamente en Inglaterra y en los EE. UU. donde se ha visto no solamente a los jueces populares con su "buen sentido", sino también a médicos, eclesiásticos y hasta obispos, pedir que se cambiase la ley y se "legalizase" la eutanasia por humanidad, la *mercy killing*, por razón y por espíritu de justicia (57). En Inglaterra, donde la cuestión fue debatida en la Cámara Alta hace ya unos treinta años, el Dr. Milland, fundador de la "Voluntary Euthanasia Legislation

(56) Véanse sobre la justicia criminal inglesa y su ciega adhesión al pie de la "letra" al principio de intimidación y al castigo capital, las *Reflexions sur la peine de mort*, de Albert CAMUS y Arthur KOESTLER, tan valientes y sensatas, y, en particular, las *Reflexions sur la potence*, de este último. Son edificantes e instructivas. Sobre el Derecho inglés en sí mismo en lo que concierne la materia, ver STEPHEN, *Digest of the Common law*, especialmente pp. 208 y 233. Un ejemplo característico se da en el caso siguiente: En Leeds, el 2 de diciembre de 1934, una madre, Mrs. Brownhill, de sesenta y dos años, fue condenada a muerte por haber matado, por medio de gas, a su hijo, idiota, al que cuidaba desde hacia cuarenta y dos años; fue al saber que sus días estaban contados, a causa de una afección cancerosa, cuando la desdichada madre, enloquecida, había dado la muerte "dulce" a su hijo, a quien le debía todo y no podía vivir sin ella. BARRERE y LALOU, que citan el hecho (p. 57), se preguntan justamente: "¿Es posible que por salvaguardar la letra de una Ley, no su espíritu, la Sociedad revista una faz, una máscara tan odiosamente caricaturesca?". "De este modo, una mujer, con una devoción de la que pocos humanos son capaces, sacrifica totalmente su vida personal a la puramente vegetativa de su hijo. Un día, sabe que ella misma está condenada. ¿Qué va a ser del hombre-niño que ella sola ha criado, que ella sola ama, y que no puede prescindir de ella para llevar a cabo los gestos elementales de la vida? Esta mujer encuentra el valor necesario para suprimirlo. ¿Qué hace la justicia ante este acto excepcional, cuya circunstancias atenuantes son manifiestas? Condena a muerte a una madre ya condenada a muerte y que había ganado, con cuarenta y dos años de admirables sacrificios, el derecho de disponer de la vida de este muerto-vivo que era su propio hijo". Los autores añaden: "Es horrible. Es absurdo..." y es verdad. He aquí lo que puede resultar del sacrosanto adagio: *dura lex, sed lex*. La ley es formal y, ante la Comisión Real de encuesta sobre la pena de muerte, uno de los más eminentes jueces de Inglaterra, Lord Goddard, se alzó contra los "homicidios por compasión", de los cuales señaló el real peligro de imitación y declaró "que no veía la manera de separar este género de homicidios de la categoría de *murder*".

(57) El primer texto legal que cesó de considerar la eutanasia como un homicidio criminal premeditado, y que la convirtió en *licita bajo ciertas condiciones*, ha sido admitido, en 1906, por el Parlamento del Estado de Ohio, a propuesta de Mrs. Ann Hall. Disponía que "toda persona que padeciese una enfermedad incurable, acompañada de grandes dolores, puede solicitar la reunión de una comisión de cuatro personas por lo menos que decidirán sobre la oportunidad de poner fin a esta vida dolorosa". Así se puso en práctica, en cierto modo, la solución preconizada por el Canciller de Inglaterra, Thomas Morus, el humanista canonizado por la Iglesia católica en 1935, en su "Estatuto Ideal de la República de la Isla de la Utopía, en 1518, en el extraordinario texto situado, de modo significativo, en el capítulo "Esclavos"... Pero la disposición de legalización condicional controlada, votada en el Estado de Ohio, fue rechazada por el Congreso de Washington.

Society", instituida con base en el modelo de la "American Euthanasia Society", en 1936, declaraba claramente conocer a un médico que había liberado a su propio padre de sus padecimientos dándole muerte y se recordó el caso de Sir James Purves-Stewart, neurólogo distinguido y "abogado de la eutanasia" (fallecido en 1949), quien había revelado en una revista médica, hacía algunos años, haber accedido a la súplica de una amiga agonizante que le imploraba la hiciese morir: "No digo lo que hice, añadía, pero, al día siguiente, la enferma no se despertó. Si me hubiesen hecho comparecer ante los jueces, hubiese sido condenado." Y, en ocasión de un Congreso de esta misma sociedad, en 1947, un médico, el Dr. E. A. Barton, afirmó, sin temor (exponiéndose a la viva reacción del cuerpo médico-legal): "Quisiera ser el primer médico que haga públicamente esta confesión: Declaro que accediendo a su petición he aplicado la inyección liberadora a enfermos incurables, que se retorcan de dolor. No lo he hecho con frecuencia, y me ha parecido claro que, a los ojos de la justicia, me convertiría por ello en un homicida, e incluso en un vulgar asesino, para el cual la justicia de este país prevé la horca. Sin embargo, no me considero como un asesino y no siento ningún remordimiento de conciencia" (58).

En el momento de las discusiones de 1950, el corresponsal en Londres del "Journal de Genève" (59) señalaba que el movimiento en favor de la eutanasia hacía notables progresos y que la encuesta abierta por un importante periódico daba el 60 por 100 de respuestas favorables. El reconocimiento legal de esta situación particular reunía adeptos de relieve, tales como el deán de la Catedral de San Pablo en Londres, el obispo de Birmingham y los dirigentes de ciertas sectas religiosas; la Sociedad para la legislación de la eutanasia voluntaria se proponía someter al legislador un proyecto recogiendo la resolución presentada anteriormente ante la Cámara de los Lores por Lord Ponsonby y apoyada particularmente también por Lord Dawson, médico del rey, presidente del "Royal College of Physicians". La Sociedad para la eutanasia reunía al mismo tiempo las firmas de miembros del cuerpo médico con vistas a una petición que debía ser enviada a la Organización de las Naciones Unidas para solicitar de dicho organismo que incluyese en la "Declaración Universal de los derechos del hombre, el de recibir la eutanasia voluntaria, la "muerte dulce", tomando las precauciones debidas.

(58) Para más detalles y referencias, ver *Rev. internat. de criminol. et de pol. tech.*, 1950, pp. 36 a 38, et *Rev. pénale Suisse*, 1964, p. 14 y ss., artículos citados. La declaración citada del Dr. Barton, en 1947, se encuentra en la tesis de HAUSER, ver páginas 83 y 86.

(59) J. MENESSIER, núm. de 19 de enero de 1950. Ver también, en el mismo periódico, el artículo del pastor y profesor d'ESPINE, titulado *Euthanasie et foi chrétienne*, recordando la opinión favorable de personalidades, tales como un Fosdick o un Coffin, e indicando que una petición había sido presentada a las autoridades legislativas del Estado de Nueva York por 379 pastores y rabinos pidiendo el reconocimiento legal de la eutanasia en los casos desesperados y bajo ciertas condiciones.

Toda esta acción que aquí se pone de relieve tiene por objeto el demostrar que el Derecho tradicional anglo-americano, a pesar de su rigor, lleva en sí, como un fermento sano, una regla de la cual puede salir el rejuvenecimiento y la justicia: es la noción de la *mens rea*, de "la intención culpable" necesaria, que debe permitir, si se comprende y desarrolla bien, la introducción del elemento "subjetivo" en el Derecho penal buscando mejor su línea actual. El principio "*actus non facit reum nisi mens sit rea*" (el acto no hace al culpable si la voluntad no es culpable), supone —como sucede en el Derecho suizo, que es, sin embargo, opuesto a la *common law* británica— que exista en el autor la intención, o sea, la conciencia y la voluntad criminales (art. 18 CP suizo de 1937). Estas condiciones son análogas a las que plantea Clarke en su "Analysis of criminal liability" (60), y son, por consecuencia, en sí, de naturaleza a conducirlas a unas soluciones comparables a las del Derecho suizo, tan comprensivas y tan citadas en todas partes como ejemplo, como lo veremos un poco más adelante, en materia de homicidio a ruego insistente de la víctima (artículo 114). La intención "culpable" o "mala" no es la de "matar" en el sentido criminal, cuando el autor quiere llevar a cabo un acto altruista, bienhechor y caritativo, en el sentido humano.

No es éste el momento de estudiar con detalle la evolución del Derecho inglés (61) o americano, sino el de mostrar la tendencia cada vez más imperativa en el sentido que nos ocupa. ¿Cómo hallar mejor prueba que la que se ha puesto de manifiesto con la acogida que se ha hecho al profesor Barnard en Londres y la situación que éste encontró allí? Las intercalo retrospectivamente en este análisis porque demuestran que la solución legal —o por lo menos jurídica— del problema del injerto de corazón se ha encontrado en aquel país. En efecto, con ocasión de su interview en la BBC inglesa (2 de febrero), el cirujano, según nos informa la prensa, "ha tenido oportunidad de conocer al hombre que será probablemente el primero que ha de ser objeto de un trasplante de corazón en Gran Bretaña. El hombre, cuyo nombre no ha sido revelado, tiene unos cincuenta y cinco años de edad. Estaba sentado en una silla de ruedas. "Estoy dispuesto a ser operado mañana", dijo al responsable del programa, y añadió: "He escuchado al profesor Barnard y estoy actualmente persuadido de que lo que ha sido hecho con otros puede ser hecho conmigo. Quiero convertirme en otro hombre. Mi cirujano me ha asegurado que me colocaría un nuevo corazón cuando llegase el momento".

(60) He desarrollado esta idea en el informe comparativo sobre el Derecho suizo, pedido por la "Royal Commission on Capital Punishment" al hacer su amplia encuesta sobre la pena de muerte, con miras a su posible abolición en Gran Bretaña. Ver GRAVEN, *Le système de la répression de l'homicide en droit suisse*, en *Rev. de droit penal et de criminologie*, Bruselas, enero de 1951, número 4, p. 353 y ss., bajo cifra 1, B, L'importance de l'attitude "subjective" du délinquant.

(61) Remitimos al lector a la exposición de ANCEL, M. A., *L'euthanasie et l'opinion en Angleterre*, en *Rev. de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1957, p. 951.

Los cirujanos y cardiólogos ingleses pueden, en consecuencia, emprender tal operación sin correr el riesgo de ser puestos a disposición de la justicia y soportar una condena criminal.

b) En el *Derecho clásico continental* que está, como bien se sabe, sacado del modelo francés, o sea, del Código penal de 1810, la situación se presenta de modo bien diferente, aunque como base exista también el principio de que "todo homicidio cometido con premeditación se califica de asesinato" (art. 296 CP), y que "todo culpable de asesinato será castigado con la pena de muerte" (art. 302 ap. 1). Está claro que, dentro de una interpretación estricta de estas disposiciones, el médico que da muerte a un ser todavía "vivo" aunque sea en situación de vida artificialmente sostenida "más allá del coma"—cae bajo esta disposición, puesto que ha debido preparar las condiciones y los instrumentos de su acto y en consecuencia lo ha "premeditado" en el sentido del Derecho penal. Debe, a partir de tal momento, ser castigado bajo la inculpación de homicidio "calificado como asesinato", salvo el remedio de las "circunstancias atenuantes" judiciales o "morales" generalizadas en Derecho francés después de la reforma de 1832. Estudiando brevemente este problema, a propósito del "homicidio a petición de la víctima", el profesor Bouzat recuerda que "cada vez que la cuestión se ha planteado en Derecho, ante una jurisdicción de instrucción, se ha ordenado el paso a la Sala de lo Criminal, y "cuando se han presentado recursos contra tales decisiones, han sido rechazados". Lo que significa que, para la jurisprudencia, el consentimiento de la víctima en el caso de la eutanasia —sea en primero o segundo grado— "no justifica el homicidio a petición de la víctima", y hace que en tal caso "la dificultad será resuelta del modo más frecuente por la indulgencia del jurado" (62).

Esto es lo que explica por qué, en su *Dossier confidentiel de l'éuthanasie*, publicado en 1962, I. Barrere y E. Lalou, de acuerdo con la oposición general han criticado ásperamente este sistema (63). estimando que "la cosa ocurre como si el legislador hubiese temido el abrir de par en par una puerta que sería injusto dejar completamente cerrada", y ésta es la razón por la cual también han insistido

(62) BOUZAT, *Traité de droit pénal et de criminologie*, tomo I, 1963, número 306, p. 285; DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 1947, núm. 421, p. 242. La posición jurídica es la misma en Bélgica, donde, según el profesor CONSTANT, "hay asesinato incluso cuando la muerte ha sido dada a una persona incurable, padeciendo intolerables sufrimientos, y que pide que se ponga fin a sus días, porque admitir la eutanasia sería atentar contra el principio intangible de la vida humana. *Traité elemental de Derecho penal*, tomo I, 1965, núm. 487, p. 546, con una vasta bibliografía "sobre la represión de la eutanasia", p. 547, nota.

(63) Ed. Stock, París. Ver, a este propósito, las páginas 184 y ss., especialmente 188 y ss. Los autores hacen resaltar estos temores, que es oportuno poner de manifiesto: "¿Quién sabe si el paciente... no ha cedido a un momento de desánimo? ¿Cómo discernir si no es precisamente el homicida el que ha provocado este cansancio de la vida?... La conciencia se subleva ante la idea de que unos asesinatos solapados, dictados por el egoísmo del agente, pudiesen quedar impunes".

sobre los "argumentos psicológicos", en los cuales hay que buscar, según ellos, "la desconfianza que con frecuencia —a justo título— envuelve la noción misma del homicidio por compasión", y la "falta de generosidad aparente de los juristas franceses". Lo que motiva esta desconfianza de los juristas "es, en suma, el temor de cometer una injusticia por omisión, absteniéndose de buscar y de castigar a los verdaderos culpables que se encuentran disimulados tras la cortina cómoda de la eutanasia".

Alguien ha dicho, con ocasión de la encuesta resumida en este "Dossier confidentiel" que, "con sus métodos, sacerdotes y médicos están fuera del problema", exactamente como el legislador que lo ha emitido y el juez que se resiste a examinarlo "con generosidad", es decir, desde el punto de vista esencialmente humano, que no es el de la desconfianza sistemática ni el del inmovilismo de la ley añeja en su concepción petrificada del "homicidio calificado". Los mismos autores han indicado, con asombro, que "millares de personas —cientos de médicos, decenas de sacerdotes— les habían puesto de manifiesto con toda confianza, el fondo de su pensamiento", en tanto que ningún *hombre de toga*, exceptuando solamente uno, por otra parte "paralizado por los lazos sutiles de su código profesional", ha juzgado oportuno el hacerles conocer "su experiencia vivida o su profesión de fe largamente madurada" a este respecto. Han señalado, con igual asombro, que "el público tampoco ha estudiado la cuestión bajo su aspecto jurídico y legal, y la ha abordado apenas bajo su aspecto judicial" (lo que abunda en mi observación inicial), en tanto que "los lectores de periódicos parecen sin embargo, apasionarse por los grandes procesos que giran en derredor del crimen eutanásico". Y han sacado la conclusión de que, en definitiva y sobre el terreno jurídico, "es un pequeño país, Suiza, quien parece haber examinado con mayor sentido humanístico y más amplitud de visión este delicado problema", en los cuatro artículos del Código penal (112 a 115) "aplicables al examen de este acto complejo, terrible y contradictorio, que es la eutanasia" (64).

c) Cuál es, en consecuencia, la esencia y el sentido de estas disposiciones, expuestas de manera detallada en los estudios que se han consagrado a ellas (65), y a las cuales remitimos al lector para mayor precisión. Las posiciones de partida siguientes dan la solución de nuestro derecho y pueden ser puestas en evidencia para la solución del problema que hoy nos ocupa.

(64) Op. cit., p. 185. Ver, por otra parte, las indicaciones de Derecho comparado dadas por el abogado R. CHARLES, ¿Se puede admitir la eutanasia? (París, 1955. Ed. Enseignement et perfectionnement techniques).

(65) Al lado de los Comentarios al Código penal suizo, relativos a los artículos 111 y 115, sobre el homicidio, y de tesis y publicaciones ya citadas, véanse mis estudios anteriores sobre el sistema suizo en cuanto a estas cuestiones: "Faut-il punir l'euthanasie?", *Rev. Int. de Crim. et de pol. tech.*, 1950, número 1, p. 137 y ss.; "Le médecin devant le droit pénal", edición de *Médecine et Hygiène*, Ginebra, 1953, Cap. VI; "Le droit a mourir", eutanasia y asistencia al suicida, p. 34 y ss.; "Le procès de l'euthanasie", *Rev. pén. suisse*,

En primer lugar, se trata de que un caso de eutanasia, a pesar de que constituye prácticamente un acto indiscutible de homicidio¹, no debe ser considerado como un acto de *homicidio* ordinario en el sentido jurídico, y muchos menos como un *asesinato*, o sea, como un homicidio agravado por el hecho de que ha sido “premeditado”, pensado, decidido e incluso preparado con antelación, en el sentido del Derecho clásico y tradicional.

La eutanasia —sea en forma de apresuramiento de la muerte cercana, o de la suspensión de un período de supervivencia sostenido por medios médicos— exigiría, para que hubiese asesinato, la “intención culpable” de matar, de dar la muerte, el *animus necandi*. No es, en absoluto, de esta intención de la que se trata en este caso.

En el primer caso, de eutanasia “por acción”, propiamente dicha, la intención es en efecto la de aliviar, la de facilitar una muerte inminente y en todo caso tenida por muy próxima e inevitable, para abreviar los sufrimientos que la rodean, para socorrer al enfermo, hacer su fin más humano, más compasivo, ayudarle a extinguirse dulcemente.

En el segundo caso, de autanasia denominada “por omisión” no hay tampoco intención homicida, puesto que la extracción del corazón tiene lugar ciertamente sobre una persona condenada por la ciencia médica, “prácticamente muerta” y sin esperanza de curación; en resúmen, sobre un “cadáver que vive vegetativamente”, tal como ha sido establecido en cada caso según manifestación de los expertos en la materia en los trasplantes practicados, y por medios científicamente experimentados y no sujetos a error.

Es evidente además, y en segundo lugar, que hoy, en toda acción humana, quirúrgica o de otra clase, es necesario tener en cuenta, para juzgar a su autor, los *móviles* del acto ejecutado. El Código penal suizo formula este principio como una obligación general para el juez, y se la recuerda expresamente en ciertos casos, en su artículo 63, tales son precisamente los de los homicidios llamados por esta razón, “privilegiados”. Lo cual se refiere tanto al homicidio cometido cuando el autor “se encontraba bajo los efectos de una emoción violeta y que las circunstancias hacían excusable” (art. 113), como al homicidio cometido “a petición seria y reiterada de una persona” (art. 114), o bien en los casos de “incitación o ayuda al suicidio por parte de tercero” (art. 115) que no es punible —el suicidio no está ya considerado en sí como un crimen y la complicidad en el sentido jurídico no puede, en consecuencia, ser sancionada— más que en el caso de que la persona perseguida haya obrado “impulsada por un móvil egoísta”

1964, núm. 3, pp. 242 a 254. Bosquejo de una solución legal aplicable, con los ocho principios que se han deducido; ver, en fin, también el estudio de conjunto sobre “La répression de l'homicide en droit suisse”, *Rev. de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1966, núm. 2, p. 241 y ss., y, en particular, pp. 271 a 278, núm. 5: El homicidio a petición de la víctima y la asistencia al suicida.

(y si, por otra parte, el suicidio ha sido efectivamente consumado o al menos intentado).

Y, es de justicia porque hay en realidad un abismo entre el móvil *altruista*, que está comprendido en el caso del injerto cardíaco realizado para *salvar la vida*, para hacerla posible de nuevo, pues un móvil humanitario reclama una acción *salvadora*, y el móvil egoísta, perverso, por codicia o vil, pero siempre *destructor*, que caracteriza jurídicamente un homicidio premeditado. El móvil, siendo en el caso particular estudiado, exactamente contrario, elevado y noble en sí —puesto que es un móvil el de una vida que sostener y que asegurar al que lo recibe, y no de dar muerte al que se encuentra sumido en coma prolongado o rebasado— se concibe que el derecho se muestra en este caso comprensivo y se haga flexible, y que los moralistas, las personalidades religiosas, no condenen el acto que es, en último análisis, no un acto de barbarie, sino un acto de caridad.

2. Sin embargo, desde el punto de vista particular del *injerto de corazón* y de lo que se llama, sin suficiente precisión jurídica, *eutanasia pasiva*, quedan por dilucidar varios puntos para responder a las objeciones que deben esperarse.

La primera reposa sobre el hecho de que, en el caso de muerte acaecida sin que exista un acto homicida positivo *directo*, debe de haber impunidad, a causa de la falta de relación de conexión necesaria en Derecho, puesto que al dejar simplemente extinguirse la vida del donante, *absteniéndose* de prolongarla artificialmente por la aplicación de algún aparato o de mantenerla por medio de inyecciones, de balones de oxígeno o de cualquier otro modo, nos encontraríamos ante la aplicación de la regla lógica según la cual *ex nihilo nihil fit*, es decir, que "nada puede salir de nada" o que "ninguna cosa puede ser producida con nada". Me atrevo apenas a poner de manifiesto, porque me parece falaz y paradójico, este razonamiento del Derecho clásico heredado de la doctrina y de la jurisprudencia francesas, cuyo relieve y permanencia fueron tales que se creyó con frecuencia, por una especie de respeto o de "temor reverencial", deber imitarlos hasta en sus más evidentes defectos.

El embarazo de los mejores representantes de la ciencia jurídica francesa de hoy (como también los de la ciencia belga, que se encuentra en el mismo caso) es comprensible, aunque el error haya sido corregido en parte por una legislación más o menos reciente. En efecto, el Código penal francés de 1810 no había previsto la cuestión, y se hizo necesario esperar hasta la promulgación de una ley especial de 19 de abril de 1898, llamada "sobre los niños mártires" (ya en esta época), para resolverla expresamente, asimilando a los "golpes y heridas" previstos por el artículo 312 del Código penal, la privación de cuidados o alimentos en lo que concierne a los niños de menos de quince años. "Con excepción de este caso particular, la jurisprudencia no se había atrevido jamás a asimilar la omisión a la comisión", lo que le parecía "imposible por ausencia de previsiones legales"; y no

se atrevió a hacerlo tampoco después, como se ha visto claramente en el célebre asunto de la "secuestrada de Poitiers", juzgado por el Tribunal de Apelación en noviembre de 1901, en la cual los jueces estimaron que no era posible hacer extensiva esta disposición a las otras personas y especialmente a las personas dementes o débiles mentales (66). "De este modo la abstención más culpable desde el punto de vista moral no podía ser sancionada." Esto se debe solamente —aparte de lo que concierne al silencio de la ley, que no prevé la omisión al nivel que prevé la comisión— a "la dificultad de probar la mala intención" en el caso de abstención y al hecho de que la represión no podría jugar, en el caso límite, más que "cuando el culpable hubiese confesado o se hubiera envanecido ante testigos de su mala acción". La carencia de la jurisprudencia y de la doctrina es debida igualmente, como lo muestra el conjunto de las antiguas disposiciones entre los teóricos, a esta "querrela bizantina" acerca de la ausencia de lazo causal.

El resultado de ello puede ser deplorable, como lo ha demostrado para el Derecho belga, el profesor Constant, que evoca muy a propósito el ejemplo de la "posibilidad de matar a un enfermo omitiendo el administrarle un medicamento. Se obtiene así un resultado positivo adoptando una actitud pasiva, y, en este caso, la inacción del delincuente no es un elemento esencial de la infracción". Pero, como en principio, "una omisión no es punible más que cuando concierne a un deber que incumbe jurídicamente a su autor y cuyo incumplimiento está penalmente sancionado por la ley", resulta de ello que escapará a la sanción todo aquel cuya actitud consciente y voluntariamente pasiva es "una de las formas de realización a las cuales el criminal puede recurrir para alcanzar su finalidad positiva". De este modo "la insuficiencia de la legislación penal en esta materia ha impresionado la conciencia pública", y la doctrina y la jurisprudencia belgas han admitido de manera general en semejante caso la solución racional de los Derechos más evolucionados que permitirá, por ejemplo, que "cuando una persona deja intencionadamente de alimentar a otra a quien tiene la obligación de asistir, su no intervención puede constituir un homicidio" (67).

(66) Ver, por ejemplo, sobre el conjunto de este problema, la opinión del profesor BOUZAT, tomo I, cap. II, secc. I, *Infractions de commission et infractions d'omission*, p. 120 y ss. Sobre el proceso de la "secuestrada de Poitiers", la jurisprudencia y la doctrina a este respecto, p. 122 y ss. Sobre las modificaciones legislativas efectuadas después, y especialmente la represión de la abstención culpable con arreglo al Decreto de 25 de junio de 1945, y sobre el nuevo artículo 63 del Código Penal, pp. 123 a 129. El Tribunal de Poitiers, en su decisión de 20 de noviembre de 1901, ha resuelto que la Ley de 1898, no habiendo extendido su protección a los alienados, "el hecho de haber dejado, durante largos años, a una persona mayor, que padecía alineación mental, en una habitación sin aire y sin luz, en un estado de suciedad indescriptible, al punto de que su existencia se encontraba comprometida, no puede constituir un acto de violencia previsto en el art. 311 del CP".

(67) CONSTANT, *Traité*, tomo I, 1965, pp. 168-170. En Bélgica, una Ley de 6 de enero de 1961, inspirada en la Ley francesa de 1945, ha corregido la solución

Es la solución dada desde hace tiempo por la doctrina moderna, inspirada no en el Código francés de 1810, sino en el Código bávaro de Feuerbach, de 1813, y en la doctrina alemana y suiza principalmente. Esta vieja querrela está hoy superada, incluso en los lugares en que el legislador está retrasado. El enorme problema de "la comisión por omisión" era un problema falso. Porque es evidente que todo aquél que, teniendo una obligación no solamente legal o profesional, sino sencillamente un deber natural de obrar, y cuya abstención intencionada conduce a un resultado criminal que había que esperar en el curso ordinario de las cosas, ha provocado este resultado y debe responder de él. No se puede por lo demás hablar de omisión o de abstención cada vez que una acción tiene lugar, como sería la de desenchufar un aparato cuando se sabe que el resultado debe ser mortal.

IX. LA DISTINCIÓN ENTRE "ACTO TERAPÉUTICO Y ACTO CULPABLE"

Volvemos a entrar de este modo *en el Derecho común*, a tenor del cual hay que distinguir entre el acto "terapéutico", sometido a las reglas de la deontología profesional normal, y el acto "culpable", que depende de la ley penal y está expresamente previsto en ella, como lo son los atentados a la integridad corporal, a la salud, y al homicidio por negligencia (en Derecho suizo, art. 125 y 127 CP). Esta negligencia o imprevisión no es culpable en el sentido de la ley penal, y su autor no es punible más que cuando "no ha empleado las precauciones exigidas por las circunstancias y por su situación personal" (según el art. 18, párrafo 3 CP). Estas condiciones deben ser examinadas por el juez con cuidado y discernimiento, en cada caso particular.

La situación es muy delicada y lo es tanto más cuando se trata de problemas nuevos *que no han sido previstos por el legislador*, como es el de los problemas planteados por los injertos de órganos humanos. Es necesario por tanto el tratar de poner de relieve, de entre el conjunto de principios jurídicos y disposiciones existentes, ciertas normas que puedan servir de guía relativamente seguro. Se me permitirá el repetir aquí, para la utilidad del caso, las que he tratado de establecer, en un estudio de 1953 sobre "Le médecin devant le Droit pénal". cuando se planteaban graves problemas de deontología no resueltos, sean los de la eutanasia, del empleo en justicia del narco análisis, o de la esterilización y la fecundación humana. Pueden completarse teniendo en cuenta el nuevo problema.

chocante, según la cual "aquel que por indiferencia no procurase ayuda y asistencia a una persona en peligro de muerte, no tenía ninguna responsabilidad penal".

1.º Según las reglas de la moral médica (68) “el médico está al servicio de los enfermos; es un servicio sagrado que debe asumir en todo caso... Los médicos forman una comunidad espiritual con un mismo ideal: aliviar la miseria y el sufrimiento, y la misma divisa: *primum non nocere*”; y además, “el médico es ministro de vida y no de muerte”, y no debe olvidarlo jamás. Las reglas tradicionales de la medicina tienen por objeto el asegurar este ideal, y se puede decir que “esta ley moral que no está escrita en ningún código, pero cuyos mandamientos eran tan imperiosos que transgrediéndolos se incurría en el deshonor”, ha logrado generalmente y durante siglos mantener muy alto el sentido del deber profesional.

2.º Es, en consecuencia, perfectamente normal que, de modo general, el Estado reconozca la regla o *la ley profesional probada*, y haga de su aplicación y de su conocimiento un criterio de acción admitida o prohibida, autorizada o, por el contrario, punible, según las circunstancias o la gravedad del caso, aunque no dependa evidentemente de la ciencia médica al decidir si un acto es jurídicamente lícito o no, autorizado o amenazado por una sanción penal. El Código penal suizo ha querido expresar este principio fundamental en su artículo 32 al tratar de los *actos lícitos*: “No constituye una infracción el acto ordenado por la ley o por un deber de función o de profesión”.

Consecuentemente, el médico que obra conforme a este orden moral y a las reglas profesionales, y que, actuando de ese modo, no comete una falta técnica o una negligencia que pudiese serle razonablemente reprochada y penalmente imputada, no podrá ser considerado culpable. No se le podría, por tanto, castigar por las consecuencias perjudiciales que al tratar de hacer un bien al paciente hubiese producido involuntariamente en el cuerpo, en la salud o incluso en la vida de quien se hubiese confiado a él. Un “accidente” puede ocurrir y puede comprometer la responsabilidad *civil* de su autor y exponerlo a una exigencia de reparación de daños. Pero el acto profesional ejecutado en el cuadro de sus actividades y de acuerdo con las reglas profesionales normales continúa siendo lícito y no puede constituir un “delito”. Esto es tan evidente que la regla legal ha parecido superflua a ciertos autores.

3.º La situación no es, sin embargo, tan sencilla. El médico puede cometer, en efecto, más de una vez, en el ejercicio de su profesión, actos *cuyo carácter pueda parecer dudoso* y sobre los cuales tiene sus dudas (como en el caso de rehusar el prestar sus servicios, la denuncia de un acto criminal, el negarse a declarar ante la justicia cuando se le releva del secreto profesional). O bien puede cometer actos o participar en actos en sí prohibidos por la ley, pero que su

(68) Op. cit., cap. 11, p. 7 y ss. Los principios citados están tomados de la obra del profesor RIST, *La morale professionnelle du médecin*, Paris, Masson, 1941. Para la aplicación en Derecho suizo, ver la tesis de HAUSSNER sobre *Le devoir professionnel du médecin d'après l'art. 31 du projet de Code pénal suisse* (en alemán, Berna, 1932), y de SCHERER, *Begriff und Bedeutung der Berufspflicht im Strafrecht* (Berna, 1938).

conciencia no rechaza, o que está le anima incluso a llevar a cabo, vista la concepción que él tiene de su deber profesional y social (como v. g. la asistencia a los duelistas en el caso de que el duelo esté sancionado por la ley penal; una interrupción del embarazo, la castración de un enfermo sexual expuesto a cometer delitos, o una inyección que abrevie una agona particularmente penosa). Es precisamente en este campo de los delitos dudosos o de los casos-límites donde el Estado legisla cada vez más, sea para disculpar al médico que cumple sus obligaciones profesionales con intención altruista y en razón a su utilidad social, sea para imponerle, por el contrario, unas obligaciones u oponerle unas prohibiciones que deben anteponerse a su libre apreciación y excluir su elección individual, en interés general. En este caso, y al igual que todo ciudadano, el médico debe someterse a la ley, que está hecha para todos, no siendo personalmente juez de su justificación ni de su aplicación. Será susceptible de punición incluso si tuviese el sentimiento de obedecer a su conciencia o a un deber natural y si no ha obrado, en consecuencia, mal en el sentido de lo absoluto. El legislador no ha querido dejarle el papel de árbitro del "caso de conciencia" y lo ha resuelto por sí mismo. De este modo pueden ser frecuentes los *conflictos* entre el sentimiento interno del "deber" profesional y la regla externa de la "obligación" de obedecer.

4.º Pero en las eventualidades en las que el legislador *no ha resuelto la dificultad* —porque está muy lejos de haberse enfrentado con todas las situaciones dudosas—, el médico puede arriesgarse, a pesar de todo, a caer bajo el imperio de la ley en virtud de los principios generales sobre los cuales ésta se funda. La ley le puede alcanzar a pesar suyo, y el conflicto existe entre el movimiento que lo impulsa a obrar y la amenaza eventual o la incertidumbre jurídica que pudiera impedirselo. ¿Cómo deberá decidir en este caso?

Si nos atenemos al derecho de intervención o de operación y al derecho de experimentación (69) que está aquí en causa, se preguntará uno siempre, en primer lugar, si el acto emprendido entra en el campo de los actos generalmente admitidos por las reglas profesionales, o si es discutible. Cuando se trata de una intervención *curativa o terapéutica*, hecha para curar o salvar un enfermo, no se podría suponer intención dolosa, delictiva... Cuando la intervención médica no tiene un carácter curativo y *sale* del campo de las reglas profesionales generalmente admitidas (como en el caso de la inseminación artificial, de la esterilización, de la castración o de operaciones correctivas estéticas que ninguna necesidad de salud exige) no se puede admitir según el viejo adagio romano: *volenti non fit injuria* que el

(69) *Nuestro mismo estudio*, V. p. 24 Sobre la cuestión del consentimiento, ver principalmente el artículo del profesor PORTES, *Du consentement des malades a l'acte médical*, en *Médecine de France*, 1950, XI, y en Derecho suizo, HOLER, *Die Einwilligung des Verletzten* (tesis, Zurich, 1906), GRIOT, *Das Recht am eigenen Körper* (tesis, Zurich, 1921), et HAEFLIGER, *Über die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht*, en *Rev. Pen. Suisse*, 1952, p. 29.

consentimiento de tercero o del paciente convierta el acto en lícito o constituya al menos un hecho justificativo para el ejecutor del acto. El consentimiento no quita su carácter delictivo y punible, como lo ponen de manifiesto nuestras disposiciones represivas, ni en el caso de homicidio a petición reiterada y sería de la víctima o en el caso de auxilio egoísta al suicidio, ni en el caso de aborto practicado con el consentimiento de la madre o incluso con su deseo formal (art. 119 CP), ni en el caso de mutilación voluntaria para escapar al cumplimiento del servicio militar (art. 95 CPM) etc. Es, por tanto, el legislador, en definitiva, y no el poseedor del bien expuesto, quien fija el límite en tales casos.

5.º Si no lo ha hecho y en todos los casos dudosos, que se salen de la regla generalmente admitida y, por así decirlo, incontestable, donde el médico no puede afirmar: "lo he hecho, pero estaba en mi derecho" (*feci, sed jure feci*), es preferible no fiarse de un uso más o menos discutible, y *abstenerse en tanto que el Estado no lo haya legislado* y resuelto el caso afirmativamente, es decir, hasta tanto no haya autorizado, legalizado y convertido en lícitas las intervenciones de que se trate, haciendo necesarias las condiciones y garantías requeridas, como se ha hecho en Suiza para la interrupción de embarazo en caso de riesgo de muerte o de peligro grave y permanente para la salud de la madre (art. 120 CP) o, en otros países, para la inseminación artificial, la castración o la esterilización. De otro modo el médico se expone al proceso y a las sanciones. Se ha visto en Italia, por ejemplo, a un médico procesado —aunque desde luego absuelto— por haber practicado un injerto de glándula sexual según el método de Voronoff. El Tribunal de apelación de Nápoles ha reconocido (en una sentencia de 30 de abril 1932) que este tipo de operación era lícito y el recurso elevado contra esta sentencia ha sido fallado en contra por el Tribunal de Casación de Roma (31 de enero 1934) (70).

6.º Finalmente, en los casos de intervención a título de *experimento médico* que pueda tener consecuencias graves y duraderas para el paciente (71), el médico corre riesgo de comprometer su responsabilidad penal cualquiera que sea el interés o el progreso científico que pueda deducirse de su acto, cuando, de acuerdo con el curso nor-

(70) Los inconvenientes y las soluciones escandalosas que puedan resultar de una falta de adaptación de la legislación o de la ausencia de disposiciones apropiadas se han manifestado frecuentemente, como ha ocurrido especialmente para la esterilización en Inglaterra. En 1950, un proceso ruidoso de esta naturaleza ha soliviantado y dividido a la opinión, a la Iglesia, a los médicos y a los juristas. Una madre de seis hijos, Doris Kindred, viviendo en un cuchitril e imposibilitada de hacer frente a sus necesidades, había firmado ante su marido el compromiso de hacerse esterilizar. Se preguntaba la opinión si no era contrario a la justicia y la humanidad el que los médicos y los pacientes, ejecutando o sufriendo la esterilización, respectivamente, pudiesen ser perseguidos por la justicia como criminales, puesto que no se trata de un acto terapéutico para salvar una vida en peligro.

(71) *Le médecin devant le droit pénal*, p. 32 y ss.

mal de las cosas y en el estado en que se encuentre la ciencia médica, deba normalmente presumir o esperar una solución desfavorable e infligir un daño a la salud o a la vida. Previendo o aceptando el riesgo casi seguro, acepta también la responsabilidad. Desde el punto de vista jurídico, y cualquiera que sea la teoría sobre la cual se apoye, la lesión está implicada en su acto intencional, y se castiga como si la hubiese querido. No es cuestión aquí de "deber profesional" en el sentido del artículo 32 del Código penal suizo, y se ha citado con frecuencia el ejemplo dado por Stooss, el autor de nuestro anteproyecto, del médico que se atreve a realizar una operación a título experimental y sabe previamente que es mortal.

7.º Pero hoy, y en lo que concierne los injertos del corazón humano, practicado por equipos de especialistas perfectamente calificados, después de todas las experiencias convincentes sobre el animal, con todos los aparatos técnicos perfeccionados y con el concurso de las personas competentes cuya ayuda se estime necesaria, particularmente en el dominio de la inmunología, se ha pasado, como lo hemos visto, del estado de la "experimentación" al de la "terapéutica", y la situación jurídica está desde luego clara, si estos imperativos son respetados, y, particularmente, si las condiciones de control de una detención completa de las funciones cerebrales se cumplen, y si el consentimiento del donante ha sido regularmente obtenido. No habría, según nuestro Derecho, responsabilidad penal para el médico, más que en el caso de que incurriese en "culpa" en el sentido del Derecho penal, es decir, en el caso de "imprevisión o de negligencia culpable" demostrada, o si, al actuar, *infringiese cualquier otra regla particular*, como, por ejemplo, las disposiciones expresas sobre las condiciones de la "verificación oficial" de la muerte, sobre el lugar y las garantías obligatorias de una autopsia, o sobre la sanción penal de una "mutilación corporal", si se considera como tal la apertura del tórax y la extirpación del corazón, o de una parte de él, sobre un enfermo privado de toda reacción encefalográfica o sobre un "ser intelectualmente muerto". Pero, en cuanto a la "culpa penal" el médico debe recordar que el trasplante de un corazón (o eventualmente de otro órgano vital único) lleva consigo siempre unos riesgos excepcionales y que éstos no pueden ser tomados a la ligera. El Derecho le podría pedir cuentas.

8.º Pero aquí igualmente, el legislador debe tomar las medidas que se imponen *para adaptar el "Derecho superado", o la insuficiencia del Derecho* a las condiciones y conocimientos nuevos sobre el "ultracom" y el desenvolvimiento y progreso rápidos y maravillosos de la ciencia médica. El legislador suizo ha buscado, en las condiciones de la época en el Código penal fue elaborado y votado, una disposición equitativa y prudente de esta naturaleza, en su artículo sobre el "atentado a la paz de los muertos" (art. 252). El Código ha instituido como infracción especial (punible con tres meses de arresto cuando más y bajo reserva de suspensión, o de multa) el hecho de haber "profanado groseramente el lugar en el que reposa un muerto",

o “profanado o ultrajado públicamente un cadáver humano”, o bien el haber “sustraído contra la voluntad del causahabiente, un cadáver humano, o las cenizas de un muerto”. La excelente “exposición de motivos” del Anteproyecto de 1908, que aclara siempre tan útilmente la intención del legislador, ha indicado, del modo más neto, que “*la utilización de un cadáver con fines de investigación o de enseñanza científica, y por una persona calificada, no caerá bajo el peso de este artículo, siempre que no se conozca algún pariente próximo, o que los parientes hayan dado su consentimiento*” (72). Se excluye por esta razón de un modo claro la punibilidad para el acto médico de carácter científico, altamente útil y humano, de la extirpación de un órgano necesario para un injerto o un trasplante, con el pleno acuerdo del donante o de su familia, con el fin de restablecer la salud o de salvar o prolongar la vida de un enfermo gravemente atacado o en peligro de muerte.

Así pues, parece que todos los problemas jurídicos están orientados a la búsqueda de una solución moderada que responda a las diversas exigencias médicas, morales, personales y sociales que van surgiendo en este punto de una etapa prodigiosa, de una “nueva era” decía el profesor Shumway, en la historia del hombre y en la de la humanidad. Examinando los problemas jurídicos y morales planteados por el “injerto de corazón” el Dr. Rentchnik, médico director de la publicación ginebrina *Médecine et Hygiène*, que firma sus crónicas con el nombre de “Esculapio”, ha llegado a formular esta *conclusión*, la mejor, según parece, que se pueda dar a nuestro estudio panorámico:

“El mundo contemporáneo se beneficia de las vacunas contra una serie de enfermedades. Sin el espíritu de experimentación de Pasteur —considerado hoy justamente como un bienhechor de la humanidad— la medicina estaría retrasada. Es evidente que preferimos el éxito al fracaso en este campo, pero no sabemos hasta qué punto, en todos los dominios de la vida, los éxitos no son a veces más que el resultado de una serie de fracasos.

Los juristas son en su conjunto muy comprensivos respecto a los progresos de la medicina. He leído ayer con mucho interés el artículo del letrado François Sarda en “Le Monde”: “Los cirujanos de los injertos de corazón son unos audaces dentro del cuadro de experimentos legítimos. El éxito o el fracaso no son criterios de Derecho”. Pero es evidente que son los éxitos de una experiencia terapéutica los que forzarán las puertas del Derecho. Ha sido después de las tentativas de los injertos de ojos, de riñones o de otros órganos cuando los juristas han modificado los textos de la ley y no antes.

(72) *Exposé des motifs* del Anteproyecto de abril 1908, redactado por el profesor E. ZÜRCHER, de Zurich, traducción del profesor A. Gautier, de Ginebra, Berna, 1914, capítulo XI, p. 338 (artículo 188 del Anteproyecto).

Es el Derecho el que sanciona un estado de hecho "en interés científico o terapéutico".

En cuanto al problema filosófico, "se interrogaba no hace muchos días en la televisión el eminente moralista francés, profesor Jankelevitch que ha escrito unas páginas notables sobre la noción de la muerte. Entonces yo me hacía algunas preguntas sobre la legitimidad de estos injertos. El moralista francés simplificaba todo el problema diciendo que los injertos de corazón no plantean problemas nuevos en filosofía. Para él no hay *tabú*, no es necesario buscar una verdad antropomórfica en el ensayo de rechazo del injerto cardíaco por el que lo recibe. "Todo lo que es posible para la prolongación de la vida está permitido y debe ser hecho"... El cirujano no debe plantearse problemas éticos: "Su objetivo es el de buscar un modo de prolongar la vida de uno sin comprometer la vida del otro. Decir sí a la vida, pero al mayor tiempo posible".

En conclusión, el jurista y el moralista se ponen a la par del médico... El sabio debe poner en obra su todopoderosa libertad —nuestro solo poder sobrenatural aquí abajo— para salvar toda modesta posibilidad de supervivencia. El jurista va más lejos. El abogado Sarda termina diciendo: "Mañana los injertos de corazón serán seguramente banales. ¿No se nos reprochará un día como "grave desconocimiento de nuestros deberes" el no practicar las operaciones del Dr. Bernard? (73). Para continuar sirviendo al hombre, la ciencia de la vida no debe cesar de pensar en el conocimiento de la muerte" (74).

¿Qué decir por añadidura, después de cuanto hemos expuesto? Puede ser en efecto que "todo esté dicho y que llegemos tarde después de siete mil años que el hombre existe y que piensa... No hacemos más que investigar entre lo que nos dejaron nuestros antepa-

(73) No ha sido necesario esperar mucho tiempo la confirmación. Según un telegrama de París, de 1 de marzo, "un millar de jóvenes pacientes esperan para ser operados que se organice el injerto de órganos a partir de *cadáveres preparados*", ha reafirmado el profesor René Kuss en el curso de una comida organizada en su honor por el Lion's Club. También este especialista reclamaba con insistencia que se levantase rápidamente la prohibición que impide hoy, en Francia, el trasplante de órganos cuando el donante está muerto dentro de un plazo muy corto. "No reconocer el injerto de órganos, ha declarado el cirujano, equivale a negar la existencia de unos doscientos individuos que viven actualmente en el mundo, desde hace dos años, gracias a un único riñón.

(74) Artículo aparecido en la *Tribune de Genève*, de 10 de enero de 1968. Estas conclusiones se terminaban con esta recomendación: "Es cierto que se pueden expresar otras consideraciones, pero es necesario, antes de defender una posición moral o jurídica, retroceder un poco y preguntarse lo que sería de nosotros si hubiésemos estorbado o prohibido la actividad de Pasteur (vacunas), de un Fleming (antibióticos), de un Sabin (vacuna viva antipolio), y de todos los pioneros de la cirugía en general.

sados y nuestros más hábiles contemporáneos" (75). Pero lo que en definitiva cuenta, es la cosecha que se puede recoger todavía en provecho y en verdad.

X. LA CONCLUSIÓN QUE SE APUNTA APARECE COMO CIERTA

El punto final en el estudio de este considerable y necesario debate había sido puesto el 20 de enero de 1968, después del fallecimiento de Mike Kasperak, el operado de Stanford (76), que no cambia en nada el problema fundamental planteado. Se puede añadir después (con las notas complementarias y los *addenda*), este capítulo que servirá de conclusión general, en el momento en que la prensa diaria nos trae casi simultáneamente las noticias siguientes de El Cabo, París, Moscú, Nueva York y Roma.

I. De Johannesburgo, el 18 de febrero, se anuncia que Philip Blaiberg "ha entrado en la historia por haber sido el primer hombre que ha tenido su corazón en sus manos" (como lo ha relatado *Sunday Express*). El profesor Christian Barnard ha presentado, en efecto, a su paciente un fracaso conteniendo el corazón que le había retirado para injertarle en su lugar el de Clive Haupt: "Es un milagro que haya podido usted vivir tanto tiempo con ésto", le dijo tendiéndole el frasco. Y como se le preguntara a Blaiberg, muy alegre, "qué impresión había sentido al tener su propio corazón entre sus manos", contestó: "Se hace muy raro..." (76). Se comprende, y ha faltado poco para poder musitar con él al borde de la tumba que no ha sido abierta, el "morir, dormir, soñar quizá", transformado, transfigurado de una manera que parece haber corregido el destino natural de todo humano. Ha atravesado los dos períodos de ligera reacción de rechazo, y el

(75) Kasperak ha muerto "después de una lucha dramática de quince días contra la muerte", pero no es fracaso la operación cardíaca practicada por el doctor Shumway, sino la consecuencia de una "deterioración catastrófica de los principales órganos del enfermo". Había tenido que ser sometido a cuatro operaciones secundarias importantes, comportando la extirpación de la vesícula biliar, del bazo, y unas correcciones vasculares a nivel del esófago y del duodeno. Se había intentado todo, "los límites de lo imposible habían sido definitivamente franqueados". Al igual que el corresponsal médico de la *Tribune de Genève* (Esculapio) lo ponía de manifiesto, "estas intervenciones demuestran que el caso de Mike Kasperak era desesperado en el momento en que el famoso cirujano lo había seleccionado para el primer injerto cardíaco en los Estados Unidos. Esto corresponde bien a la ética médica de ese país, particularmente severa cuando se trata de llevar a cabo nuevos tipos de intervenciones quirúrgicas".

(76) V. la relación hecha, por otra parte, en el semanario *Paris Match*, de 2 de marzo de 1968: "La escena más extraordinaria de la historia de la medicina contada por el doctor Barnard" (núm. 986, p. 72: "Blaiberg, ¿quiere usted ver su antiguo corazón?"). Habiéndolo tomado entre sus manos, tras un momento de emoción, las palabras del operado parece que han sido éstas: "Entonces es esto ese terrible corazón que me ha causado tantas preocupaciones cuando estaba en mi pecho...: mi viejo corazón".

hematoma que se había formado alrededor de su "nuevo corazón" ha desaparecido totalmente. Su esposa confirmaría una semana más tarde, cuando se la interrogaba sobre los temores de rechazo, "que ni siquiera un día había dejado de sonreír y que estaba en plena forma". Terminó diciendo que tenía "un aspecto espléndido" y que le gustaría "que todo el mundo pudiese ver hasta qué punto estaba bien". Más tarde, los progresos han continuado, su esposa pudo verlo directamente a cara descubierta, y pudo expresar, en términos entusiastas, su alegría y su más legítima confianza (77).

2. Desde París, el 21 de febrero, la Agencia France-Presse, hace saber que la Asistencia Pública ha "dado la luz verde para los injertos de corazón". El Boletín Oficial de la ciudad de París publicó, en efecto una modificación del Reglamento general sobre el servicio de sanidad en los hospitales: "autorizando bajo ciertas condiciones las extracciones anatómicas con fines terapéuticos". Esta nueva disposición, se comentó, "permitirá a los cirujanos parisienses el intentar un injerto de corazón" si lo juzgan necesario. Porque las extirpaciones de órganos ya no tendrán lugar en adelante de modo obligatorio en el depósito, en locales que no son jamás "estériles", sino que podrán hacerse "en las salas mismas donde son practicadas la intervenciones: De este modo, donantes y donatarios pueden colocarse uno al lado del otro". Incluso si este Reglamento en realidad "no hace más que autorizar lo que es "práctica corriente" (78). La autorización oficial no deja de constituir por ello "una fecha histórica" en Francia: Esta autorización pone, en efecto, a los médicos "al abrigo de las molestias administrativas", los sustrae a la amenaza de "ser acusados —teóricamente— de lesiones voluntarias", y de incurrir en "eventuales dificultades jurídicas".

Pero el jurista pondrá de manifiesto que eso no es suficiente todavía: En efecto, estas nuevas disposiciones "no resuelven para nada el problema planteado por el *derecho de trasplante*", dado que los trasplantes de órganos exigen *una nueva definición de la muerte*. Los cirujanos tienen en cuenta actualmente, según hemos visto, varios "parámetros" para definirla: Uno de ellos, el cese de toda *actividad eléctrica* del cerebro, "está considerado como suficiente para numerosos profesionales". Pero la legislación en vigor prohíbe el "mutilar" un cadáver "antes de que se haya comprobado la detención del co-

(77) Tras el relato de estos hechos (5 de marzo), el doctor Blauberg ha podido volver a su hogar el 17 de marzo (nota 53, al final de la primera parte).

(78) Varias ciudades de Francia, especialmente Lyon, "han tomado ya tales medidas hace varios años". Recordemos que antes de salir en compañía de otros cardiólogos franceses, para la visita y los coloquios de El Cabo, el doctor Barnard y su equipo, el doctor Termet (antiguo jefe de la clínica del profesor Santy y especialmente dedicado al estudio del injerto del corazón en el servicio del profesor Michaux), había declarado su intención de proceder a un injerto de corazón humano "en el caso de que el enfermo tuviese un mínimo de probabilidad de dos meses de vida". Ha hecho ese viaje, ha precisado una corresponsal lionesa de la *Tribune de Genève*, "a instancia de M. Veyret, director de los Hospicios civiles de Lyon".

razón". En consecuencia, "para extirpar el músculo cardíaco hay que mantener el cadáver en estado de supervivencia artificial, con el fin de que su corazón sea capaz de latir y que los órganos a transplantar no sean destruidos antes de poder ser utilizados. Por ello, los médicos "se ven obligados a burlar la ley para operar" y están a la espera de: "una nueva legislación" que, por su parte, "apruebe una práctica que se ha convertido en habitual en el mundo" (79). Esto está por hacer y se hará sin duda alguna, como la disposición de Derecho suizo parece, desde 1937, permitirlo ya. Se puede en el intermedio de comprender que antes de salir de París para Milán, el 6 de febrero, acompañado del Dr. Botha, su inmunólogo, el Dr. Barnard, después de su recepción, su conferencia y sus contactos con sus colegas franceses —"agotado", pero "expresando en su mirada todavía el placer de estas jornadas"— haya declarado: "Es fantástico, maravilloso... Los progresos de los cirujanos franceses son formidables (80). Veinte de entre ellos al menos son capaces de hacer un injerto de corazón, y tienen la firme intención de hacerlo" (81). Y puedan o no ser capaces en tal caso de colocar en situación embarazosa a los representantes

(79) Análisis de Patrick Magd, el 23 de febrero de 1968.

(80) No es indiscreto tampoco el decir, puesto que la Prensa lo ha hecho público, en el momento de la partida del doctor Barnard, el 6 de febrero, que una comida en honor de este último había reunido, en casa del doctor Mathé, al doctor Hamburger, el primero que ha logrado un injerto de riñón (venido especialmente de París para esta recepción), acompañado de su asistente, M. Croshier; al hematólogo Jean Bernard, al inmunólogo Jean Dausset, cuyos trabajos han sido de una importancia capital para el doctor Botha, el inmunólogo de El Cabo; J. P. Binet, el primero que ha practicado con éxito un injerto valvular de un animal sobre el hombre, y al ayudante del profesor Mathé, M. Gallet. "Estamos entusiasmados con los conocimientos de Barnard y de Botha (ha declarado el profesor Mathé). Son, además, unos hombres sencillos, llenos de humor y gentileza". Y, consecuencia duradera de esos acontecimientos: "todos estos especialistas del injerto han decidido volverse a reunir de hoy en adelante a intervalos regulares", según Daniel Garric.

(81) Noticia de Prensa del 26 de febrero de 1968. El profesor Dor, que dirige el servicio de cirugía torácica del Hospital Salvador, de Marsella, ha declarado: "La experimentación en el Hospital S. está suficientemente avanzada para que se pueda prever, en una fecha no precisada todavía, la posibilidad de injertos de pulmón o de corazón en el hombre. Los problemas técnicos parecen estar a punto, pero siempre podemos perfeccionarlos en esta vía. Las investigaciones se continúan, sobre todo en el dominio inmunológico". Pero, aun comprendiendo muy bien el derecho a la información, parece poco deseable el hacer conocer, antes de su realización las tentativas de injertos de órganos que pudiesen ser realizados en el hombre. Por el contrario, parece perfectamente normal el hacer conocer una tal intervención, cualquiera que sea su resultado, al cabo de cierto tiempo suficiente". A propósito de esta *discreción*, obligada tanto por las reglas de la deontología como por las de la prudencia y de la decencia, y cuya falta de respeto se ha reprochado grandemente al equipo de médicos de El Cabo el no haber respetado esto, el profesor Barnard, interrogado el 2 de febrero de 1968 por la BBC, en su visita a Londres, ha precisado que su segunda operación (sobre el dentista Blaiberg) "debía ser, en principio, totalmente secreta". Desgraciadamente, dijo entonces el doctor Botha, "alguien ha dejado conocer por inadvertencia que se trataba de un dentista tan enfermo que ya no podía ejercer. Inmediatamente, los periodistas han telefoneado a todos los dentistas de El Cabo".

del Ministerio Público. Al menos pueden estar seguros de dar amplia y apasionante materia a la doctrina científica y a los comentaristas de las primeras resoluciones judiciales.

3. Otra decisión fundamental, que ha visto la luz el 2 de febrero, es la de Petrovsky, el ministro soviético de Sanidad, de quien nos habían hecho conocer el 20 de enero —aumentándolas exageradamente— las “acusaciones contra el profesor Barnard”. El Dr. Petrovsky “ha encendido también la luz verde para los injertos de corazón en la URSS.”, estimando que constituyen “un campo interesante y prometedor”. Pero ha precisado, los trasplantes no podrán ser practicados más que “cuando todas las tentativas para salvar la vida del donante hubiesen fracasado”, y con las condiciones expresadas siguientes:

a) que estas operaciones sean efectuadas “únicamente en los grandes establecimientos en posesión del equipo necesario”;

b) que “si un paciente puede vivir sin injerto, incluso con cierto riesgo, debe vivir con su propio corazón enfermo”;

c) que los injertos serán admisibles “únicamente si el corazón se ha parado y si el paciente está muerto, es decir, si se encuentra en estado de muerte clínica, o si padece enfermedad incurable en un estado avanzado”.

Esta última condición, si ha sido exactamente traducida, nos causa sobresalto: porque autorizaría la “eutanasia activa” y no solamente lo que se ha llamado la “eutanasia pasiva” por cesación de los artificios de mantenimiento en sobrevivencia vegetativa. Pero parece contradecirse o por lo menos aclararse por esta otra frase relativa a los donantes, y que precisa “que un corazón no puede ser extirpado a menos que no haya ninguna esperanza de reanimarlo”, es decir, “cuando todas las tentativas para salvar la vida del donante hayan fracasado”. En fin, “si un paciente —el donatario— está moribundo, un injerto que le permitirá vivir algunas semanas o algunos meses más, se podría justificar desde el punto de vista moral y jurídico”.

De este modo, nos encaminamos poco a poco hacia una reglamentación deontológica bien definida, bajo cuyas condiciones las perspectivas “médicas” de entendimiento no deberán ser difíciles de realizar.

4. La Academia de Ciencias americana se ha pronunciado, a su vez, según las indicaciones llegadas el 28 de febrero (82). Su Comité médico, formado en noviembre último para responder a las preocupaciones crecientes de la profesión médica y de la administración federal en los Estados Unidos, ante “el desequilibrio entre los progresos de las ciencias bio-médicas y sus aplicaciones prácticas a las necesidades de los individuos”, ha tratado, en su primera declaración pública, “de los aspectos médicos, legales e —implícitamente— morales

(82) Según la correspondencia de Ana Thinesse, de Nueva York, 28 febrero (*Figaro*).

del injerto de corazón" (83). Comprendiendo además de especialistas médicos, educadores, letrados y economistas, este Comité ha gozado desde su constitución del prestigio que emana de la Academia de Ciencias creada, hace más de cien años, "para aconsejar al Congreso en todos los dominios científicos". Toda iniciativa de este alto consejo médico" está llamada, por consiguiente, a "ejercer su autoridad".

Al mismo tiempo que ha definido "los criterios rígidos" —digamos mejor "expresos"— a los cuales deben atenerse los especialistas de la cirugía cardíaca, antes de emprender tales operaciones, el Comité recomienda a las instituciones médicas "el resistir a la tentación de injertar prematuramente corazones humanos". Porque, efectivamente", algunos médicos "pueden estar tentados de hacerlo; es incluso (según el Dr. Dermott) una terrible tentación": la de "añadir algo a los conocimientos humanos, lanzarse a la vanguardia, con la inmensa satisfacción de ejercer su habilidad, sobre todo en provecho de un ser humano". Lo que es de temer, es que unos equipos médicos, "técnicamente capaces" de ejecutar la operación, "no posean todavía los conocimientos científicos suficientes para rodearse de todas las precauciones requeridas y para asegurar a largo plazo la supervivencia del paciente". Pero el Comité de la Academia de Ciencias "no se opone, en el actual estado del conocimiento, a nuevos experimentos de trasplantes cardíacos".

Sus consejos y sugerencias alcanzan también a las disposiciones administrativas que hay que tomar para la coordinación entre los centros médicos interesados, así como a las que se imponen para establecer condiciones mismas de la práctica y de las operaciones, para el control atento y duradero de sus consecuencias, y para la exacta y necesaria información del "gran público". Su declaración enuncia a este efecto las recomendaciones e instrucciones siguientes:

a) que un equipo de especialistas, sin que ninguno de ellos haya de intervenir en la operación misma, examine al posible donante y que otro grupo, igualmente independiente, examine al donatario;

b) que el plan de operación sea preparado anticipadamente por el hospital, comprendidas las disposiciones que se hayan de tomar para la vigilancia facultativa del paciente durante toda su vida;

c) que los resultados de la operación sean comunicados a los otros centros de trasplante, de manera que cada operación contribuya a mejorar las siguientes:

d) que los equipos de cirujanos posean un conocimiento perfecto del fenómeno del rechazo y disposiciones de expertos en inmunología, con los cuales colaborarán estrechamente.

He aquí lo que, al parecer, demuestra bien, por comparación y

(83) Según un telegrama de 5 marzo 1968, el doctor William Likoff, presidente del Colegio americano de cardiología, ha anunciado la apertura, el 23 de marzo, en Bethesda (Maryland), de una conferencia que examinará los problemas morales planteados por los trasplantes cardíacos.

verificación con las otras reglas que emanan de las demás fuentes aludidas, que existen unos principios de concordancia evidentes, racionales, de un alcance a escala universal, podemos decir, relativos a las condiciones en las cuales los trasplantes de corazón —que tanto médicos como opinión pública rechazaban al principio con tanto vigor como el propio organismo— podrán no solamente ser "aceptados" y "tolerados" por el organismo social, sino considerados y loados como uno de los más ciertos progresos que hayan sido aportados hasta hoy en relación a la salud y a la cura del hombre enfermo y condenado a la muerte por lesión o deficiencia del corazón, su órgano "vital" indispensable.

5. Y "desde el punto de vista moral", ¿qué es lo que —final y definitivamente— ha de admitirse? Ya no hay ahora ambigüedad alguna desde que el profesor Barnard ha sido recibido en audiencia, el 31 de enero, en Roma, por el Soberano Pontífice, ante el cual se presentó "sin complejo y sin plantearse problemas" (84). En tanto que médico, la cuestión estaba resuelta por él mismo y por su equipo: tenía conciencia de haber obrado lo mejor posible, tanto en el sentido de su poder como de su deber, de acuerdo con la regla suprema de respeto a la vida y de búsqueda de la salvación del paciente. Por otra parte, la posición de la Iglesia había sido recordada en el artículo del *Observatore romano* de 8 de diciembre de 1967 sobre "los injertos y el orden moral", y el hecho de que no hubiese sido desautorizado por la autoridad religiosa de El Cabo y de que S. S. Pablo VI se dignase recibirlo en audiencia privada, podía tranquilizarle al respecto. Sabía también que debería encontrarse con el Dr. Valdoni, médico del Santo Padre y que éste, hacía poco, en una conferencia sobre trasplantes de corazón, había caracterizado su acto y su persona con las calificaciones de "gran valor, habilidad excepcional", fórmula significativa dentro de su brevedad.

En fin, después del artículo romano de 8 de diciembre que confirmaba, en sustancia, la doctrina de Pío XII en su discurso a los médicos, de septiembre de 1954, un comentario —publicado en el *observatore della domenica* de Mr. Lambruschini, teólogo conocido, ha puesto las cosas en su punto "de una manera que concuerda con la doctrina cristiana resumida anteriormente por la pluma autorizada del R. P. Riquet". Aparece claramente en último análisis, de acuerdo con este comentario, que "si el donante está *vivo* el trasplante de corazón es ilícito y equivale al homicidio directo de un inocente".

(84) Según los corresponsales de Prensa, el profesor Barnard, al dirigirse al Vaticano, había declarado ante los representantes de ésta: "Ninguna pregunta que pueda hacerme el Papa podrá ser embarazosa para mí. Creo que la tradicional confianza del enfermo hacia su médico tiene su razón de ser, y que es de la competencia de éste el decidir un trasplante sobre un hombre en el cual ha cesado todo signo de vida neurológica. No tenemos ningún problema de orden moral". La visita al Vaticano era, añadió, "un proyecto acariciado desde hace mucho tiempo", y no la consecuencia de sus recientes operaciones, aunque le placiese grandemente el poder conversar en esta ocasión con el profesor Valdoni, como lo había hecho con otros colegas eminentes.

Es éste “un principio absoluto” y que no admite contestación en sí. Por lo tanto, la ciencia médica “debe probar de una manera exacta, de una manera absoluta, que la muerte del donante de este órgano es cierta y el consentimiento del moribundo no es —a este respecto— suficiente”. Una excepción en este aspecto, aunque sea la única, “abriría la puerta a unos abusos susceptibles de consecuencias desastrosas para la humanidad”.

Es exacto que la extirpación del corazón “deja dudas y perplejidades de orden moral”, y que no se puede alejar completamente de sí la impresión de que “se ha emprendido una carrera competitiva entre los médicos” (85). Es necesario no olvidar que “la ciencia debe permanecer al servicio del hombre y que éste no debe ser sacrificado al ídolo científico”. Pero, una vez que se han cumplido estas condiciones, el distinguido teólogo del *Observatore* dominical ha concluido que “no había elementos para condenar” y que “la extirpación de un órgano sobre un cadáver no presenta evidentemente dificultades de orden moral infranqueables” (86).

De este modo —estableciendo, como debe necesariamente hacerse hoy en esta perspectiva, la diferencia entre un “cadáver” y un “muerto”— todo consiste en saber “cuándo comienza exactamente la muerte”, o, de modo más preciso todavía, “cuál es el límite de la *vida*” admitido por la medicina, reconocido por la moral, y registrado por el Derecho sancionador para dar en la legislación y en la jurisprudencia la solución conforme a la regla del “lícito” y del “ilícito y punible”. Es lo que se esfuerza en hacer este estudio, aunque no responda a ello “de manera absoluta” —para recoger los términos sobre los que se ha insistido precedentemente—, por lo menos para que pueda quedar claro ante el lector, con toda imparcialidad y con la “buena fe”, que es uno de los principios básicos de nuestro Derecho una de las cuestiones más difíciles y capitales de nuestro tiempo. “¿Y qué tiempo ha sido nunca más fértil en milagros?”, es menester preguntare con justo título, como lo hizo en el dintel del Templo de Salomón el gran sacerdote “que tenía a Dios y no tenía nada más”, intérprete y guardian de la ley.

XI. EPÍLOGO: “FIJAR LA SITUACIÓN”

Qué rápidamente nos ha llegado y se ha impuesto la solución definitiva de este problema, que parecía tan lejana, tan turbadora y tan peligrosa, y de la cual mostrábamos, en las conclusiones precedentes, después de la séptima tentativa (terminada en fracaso, el 16

(85) A la hora en que consigno esta reflexión (16 febrero 1968), un telegrama de Nueva Delhi anuncia que el doctor Sen, del Hospital King Edward, de Bombay, ha injertado a un joven de veintisiete años, Bodhan Chittan, el corazón de una joven de diecinueve años, Lalita Blakhrisan, y que el operado ha fallecido dos horas y media después de la operación.

(86) Resumen dado de Roma, el 29 de enero, por Bernard Noël (*Figaro*).

de febrero 1968), que se trataba de hecho de "una batalla ganada". Lo estaba desde el momento en que las condiciones técnicas de la intervención y, sobre todo, del tratamiento y de sus consecuencias, más definidas y mejor conocidas, abrían unas perspectivas "razonablemente favorables" en el conjunto de los "riesgos" y de los "beneficios" científicos y humanos a tomar en cuenta, y no encontraría ya el obstáculo de un régimen jurídico paralizador de las intervenciones, incluso de las mejor aseguradas, de las más competentes y de las más justificadas, ni el obstáculo de una pretendida "prohibición moral" o de una "ética profesional" en sí respetable, pero que no tiene en ningún caso el valor de lo "absoluto".

Se puede decir que en Francia ha habido como un alivio y una especie de amplio sentimiento de satisfacción nacional, cuando se anunció, el 30 de abril, que la tan esperada "primera operación", que era también la "primera europea", había tenido lugar. El trasplante había sido practicado, desde el sábado 27 de abril a las veintidós horas hasta el domingo 28 a las siete, por los profesores Cabrol y Guiraudon, con el "equipo de cirugía 8" en el hospital de la Pitié, sobre un enfermo de sesenta y cinco años, Claude Roblain, antiguo conductor de camión retirado, irremediablemente condenado", al cual se le injertó el corazón de un joven de veintitrés años, Michel Gyppez, víctima de un accidente de la circulación, con fractura de cráneo. Pongamos de manifiesto algunas precisiones y comentarios, que permiten comparaciones útiles y sitúan el acontecimiento en su "contexto general" (87).

(87) Es interesante poner de manifiesto algunas de las "primeras reacciones" a través del mundo. En Johannesburgo, el profesor Barnard, que regresaba de América, se declaró "sorprendido" y "satisfecho": "sorprendido" porque la legislación francesa, hasta estos últimos días, hacía prácticamente imposible tales intervenciones; "satisfecho", porque parecía que Francia se había lanzado a partir de entonces por la vía de los trasplantes de corazón (un poco asombrado también, porque creía, como la mayor parte de los especialistas, que el primer trasplante francés sería practicado por el profesor Dubost). En los Estados Unidos, el profesor Shumway ha expresado, también, su sorpresa, deseando "buena suerte" al operado. En Nueva York, el grupo de cardiólogos del Hospital Maimonides, de Brooklyn (en el que el profesor Kantrowitz ha realizado dos trasplantes de corazón), ha "aplaudido el éxito de la operación realizada en Francia", y "reconocido que los cirujanos franceses hacían autoridad en lo que concierne al problema del rechazo". En Londres, el doctor Lewis Melrose, cardiólogo del Hospital nacional para enfermos del corazón, ha declarado que la noticia le había interesado mucho y llenado de alegría, pero que no podía pronunciarse sobre la operación antes de conocer los detalles. En tanto que, al contrario, el doctor Donald Gould, redactor médico de la revista *New Scientist*, ha criticado en la BBC la operación francesa, estimando que los resultados de la operación de El Cabo sobre Philip Blaiberg "no justificaban nuevos trasplantes en el estado actual de la cirugía", y que desde luego "una tal operación no sirve para nada, porque el enfermo quedará inválido para siempre". En Ginebra, el profesor Rudler, presidente de la Sociedad suiza de cirugía "ha afirmado que los suizos estaban técnicamente prestos a efectuar tal operación, pero que estaban sometidos a impedimentos de orden legal y de orden moral" (lo que me parece dudoso). El doctor Renchnick ha comprobado particularmente que el equipo francés había respetado los criterios más severos para definir el momento de

“El primer trasplante de corazón, en nuestro país, es a la vez el triunfo de la cirugía cardiovascular francesa, y también, una vez más, el del cirujado cardio-vascular americano, de origen anglo-noruego, Clarence Walton Lilleheri, de Minneapolis. En efecto, el profesor Christian Cabrol fue, hace algunos años, interno extranjero bajo la dirección del gran maestro americano, al mismo tiempo, como por casualidad, que los profesores Christian Barnard y Norman Shumway, que lo han precedido a corta distancia en el camino de la cirugía heroica” (88). A su regreso de los Estados Unidos el doctor Cabrol, no habiendo podido encontrar una plaza en los “equipos” franceses, aceptó la hospitalidad que se le ofrecía en el servicio de cirugía de la Pitié, dirigido por uno de los antiguos maestros, el profesor Mercadier, “que personalmente se había distinguido ya por dos trasplantes de hígado en el hombre”. Había obtenido también “un laboratorio de investigación cardio-vascular” en el que, desde hace ocho años, “trabaja en la puesta a punto de un modelo de corazón artificial susceptible de ser implantado en el hombre y movido por una fuerza electro-magnética, y ha efectuado trasplantes cardíacos en setenta y cinco perrós”. Desde hace cinco años, había inscrito en su programa el trasplante de corazón en el hombre, y se encontraba en situación de realizarlo desde enero último. El trasplante se había hecho, en efecto, posible a consecuencia de la “circular Jeanneney que daba una nueva definición de la muerte”, es decir, que fijaba “los criterios de la muerte tal como han sido definidos por la Academia de Medicina y que el reciente Consejo de Ministros ha decidido legalizar” (89). Apenas dos días después del Consejo de Mi-

la muerte del donante”, y que había que agradecerle el haberlo hecho tan escrupulosamente (que aquéllos no habían sido “seguidos íntegramente” en El Cabo, como ha podido apreciarse). En Amsterdam, el profesor von Lochem, director del Centro de transfusión de la Cruz Roja, que prepara uno de los dos sueros antilinfocitarios (ALS) actualmente utilizados en el mundo, se ha preocupado a causa de las “perturbaciones nerviosas” que presentaba el operado. En la URSS, la Agencia Tass ha “anunciado brevemente que una operación de trasplante de corazón había tenido lugar en París, en el Hospital de la Pitié, y reprodujo, sin comentario, la declaración del profesor Mercadier” a este respecto. (No hacemos más que relatar estas informaciones, sin garantizarlas.)

(88) Se ha precisado que “las suturas y la unión de los vasos han sido efectuados de manera idéntica a la del profesor Barnard”. La sola “originalidad técnica” consiste en el hecho de que “desde que el corazón fue extirpado, se introdujo una cánula en las arterias coronarias y el corazón fue inmediatamente vaciado de sangre humana para que el tejido no sufriese en espera de ser saturado en el lugar del corazón”.

(89) M. Jeanneney era el ministro de Asuntos Sociales. El donante, Michel Gyppaz, padecía un aneurisma cerebral a consecuencia de un accidente grave (colisión de coches al regresar a su casa), a causa del cual debió ser operado. Cuando se hizo evidente que no podía sobrevivir y cuando se comprobó que la vida que se mantenía en su organismo “no correspondía ya a una vida real, y que la muerte de hecho, era efectiva, se tomaron unos trazados electro-encefalográficos, durante cinco horas consecutivas, y cada hora; todos estos trazados se manifestaron cinco veces seguidas linealmente lisos en su totalidad, y entonces se decidió la extirpación del corazón”.

nistros que "dio la luz verde a los cirujanos" se practicaba el primer injerto cardíaco.

Por otra parte, los miembros de la familia del joven donante —casado desde hacía siete meses— han declarado "no haber dudado" en aceptar. No solamente (explicaban muy sencillamente) "estábamos seguros de no ver más a nuestro hijo"; que no había recuperado el conocimiento desde el momento en que había sido hospitalizado, sino, además, "hemos aceptado porque sabíamos cuánto había admirado los trasplantes realizados por el Dr. Barnard. Estamos persuadidos de que él hubiera aprobado este sacrificio a la ciencia si hubiéramos podido pedirle opinión" (90).

El primer operado francés ha sucumbido, pero por consecuencia de una embolia; la operación en sí misma había tenido éxito, ningún fenómeno de rechazo había aparecido todavía (91). Solamente había sobrevivido hasta entonces, sobre los ocho operados, el "legendario" doctor Blaiberg, del cual se anunciaba al mismo tiempo, el 29 de abril, que había "vuelto a tomar el volante de su coche y lo conducía en las aglomeraciones de El Cabo ciento dieciséis días después de su operación". Blaiberg envió al operado de la Pitié un mensaje de simpatía y de felicitación (92). La situación, después de los ensayos hechos, permitía entonces las reflexiones siguientes (93): "Un hombre sobre ocho se ha salvado. Es poco. Incluso muy poco. Sin embargo, este resultado no sorprende a los especialistas. Cuando se hicieron los primeros injertos de riñón, ocurrió lo mismo. Los éxitos, durante los primeros años, fueron raros. Hoy... los porcentajes de éxito son considerables. Casi el 80 por 100 en ciertos casos. Es relativamente poco tiempo, es de esperar, estos porcentajes serán alcanzados por los injertos de corazones humanos. En la espera, son de temer otros fracasos. ¿Deberán detenerse los médicos? Los cirujanos no pueden,

(90) Estos detalles, dados por toda la Prensa cotidiana, son tomados sobre las diversas crónicas del periódico *L'Aurore*, de 30 de abril de 1968. El 29 de abril, hacia las diecisiete horas, los padres y la joven esposa del "donante" fueron al Hospital de la Pitié a ver a los cirujanos que habían practicado trasplante, a fin de tener noticias del operado. Este, una hora después había sufrido una paralización del corazón y de la circulación, que dieron lugar a perturbaciones a nivel cerebral que, desde luego no parecían "incompatibles con una recuperación total."

(91) La autopsia practicada ha demostrado que "Roblain tenía un sistema vascular bastante deficiente y (a consecuencia de su larga permanencia en el lecho) numerosas trombosis de venas. Cuando un corazón nuevo y vigoroso hubo lanzado una corriente circulatoria normal, barrió todos esos trombos e inundó completamente sus pulmones".

(92) Telegrama de El Cabo, el 20 de mayo (cuando cerramos este "dossier"). El doctor Philip Blaiberg (que había sido el capitán del equipo de rugby de la Escuela de Odontología de Londres, en los años 1930-31, el que ocupaba el puesto de tres cuartos) "ha jugado al rugby con el equipo británico de los *Lions*, que hacía una gira por El Cairo, sobre el terreno de Newlands. El operado de El Cabo ha dado algunos pases, y se apresuraba a intentar un *drop goal* cuando su esposa lo llamó al orden".

(93) P. Magd, "El fracaso de hoy prepara los éxitos de mañana" (*Le Figaro* de 2 de mayo de 1968).

no deben renunciar. Pero un hecho está confirmado. El trasplante de corazón, en 1968, debe ser reservado a los enfermos, cuyas funciones, distintas de las cardíacas, no están atacadas. El paciente debe ser "sólido". Una edad demasiada avanzada o una juventud excesiva no son en ningún caso un factor favorable. Por otra parte, la experiencia prueba que el fenómeno de rechazo tan temido no es más que secundario, al menos en los primeros tiempos. El enfermo debe mantenerse firme para afrontarlo con un mínimo de posibilidades" (94).

b) Después se precipitarán los acontecimientos. El 2 de mayo en Sanford, el equipo del profesor Shumway ha practicado un nuevo trasplante, a un carpintero de 40 años, Joseph Rizer, domiciliado en Salinas (California), quien padecía del corazón hacía más de siete años. El donante, cuyo nombre, a petición de la familia, no ha sido revelado, era un hombre de 43 años fallecido a consecuencia de un ataque cerebral. Después de la operación, el profesor Shumway declaró que el operado se encontraba en buenas condiciones", pero que la respiración artificial le estaba siendo aplicada en todo caso (95). El 3 de mayo en Londres, Frederick West, de 45 años, operado por el Dr. Donald Ross, recibía el corazón de un irlandés de 26 años, y podía levantarse por primera vez diez días más tarde (96). El 8 de mayo se anunciaba que los médicos del Hospital episcopaliano de Saint-Luc, en Houston (Tejas), bajo la dirección del Dr. Denton Cooley, habían practicado "su tercer injerto de corazón en cinco días", que el receptor, John Stuckwisch, tenía 62 años y el donante 36, y que en Washington "la Academia de Ciencias había hecho saber que una quincena de hospitales americanos se preparaban para realizar injertos de corazón". El Dr. Michael DeBakay, especialista del corazón artificial, estimaba que "dentro de un año, un centenar de injertos

(94) Notemos que, con excepción del bebé de sexo masculino, de diecisiete días de edad, operado en el Hospital Maimonides, de Nueva York, el 6 de diciembre de 1967, por el profesor Kantrowitz, y que no sobrevivió más que seis horas y media, todas las personas operadas hasta entonces (exclusivamente varones) eran personas de cierta edad: Waskansky tenía cincuenta y cuatro años, Kasperak lo mismo, Bloch tenía cincuenta y siete, el doctor Blaiberg cincuenta y ocho y Roblain sesenta y seis. Waskansky sucumbió a una doble neumonía, Kasperak a consecuencia de perturbaciones pulmonares y hepáticas, Bloch por perturbaciones circulatorias, Roblain a causa de una embolia (y perturbaciones neurológica en su origen.).

(95) Joseph Rizer no pudo sobrevivir más que cuatro días. Al igual que Mike Kasperak, ha sido víctima de complicaciones pulmonares. El estado deplorable de sus pulmones y el brusco cambio de caudal sanguíneo que implicaba el injerto de un corazón nuevo provocaron en él una deficiencia de oxigenación de la sangre. Para Kasperak, esta complicación se había producido por un descenso del ritmo cardíaco. En el caso de Rizer, fue un accidente brutal. Su corazón se paró bruscamente. Los cirujanos lograron reanimarlo, pero en vano, porque el paciente moriría unas horas más tarde.

(96) West había podido, unas cuarenta y ocho horas después de su operación, sentarse ya en la cama, y pidió un televisor y unos libros (que hubo que esterilizar página por página). Había charlado con sus médicos y mostrado su cicatriz a su esposa, que estaba detrás de una pared de cristal a tres metros de él.

habrán sido practicados". Pero se anunciaba también, el 8 de mayo, que "uno de los injertados del corazón" de Houston, James Cobb, al cual se le había trasplantado el corazón de un joven de 15 años, muerto en un accidente de moto, había fallecido (97) el 10 de mayo, que el estado del operado Stuckwish "había empeorado repentinamente y había sido calificado de crítico"; por el contrario, Evert Thomas, de 47 años, "provisto de un nuevo corazón desde hacía cuatro días, gozaba de buena salud". El 9 de mayo en Montpellier, el profesor Nègre y su equipo practicaban en las clínicas de Saint-Eloi, el segundo trasplante francés, sobre un enfermo de 65 años, Elie Reynes: venticuatro horas después, decía el comunicado voluntariamente lacónico, "el estado del enfermo es satisfactorio; el pronóstico continúa siendo muy reservado". El 14 de mayo, John Stuckwish, "el tercer operado de Houston", que se encontraba "en un estado desesperado en el momento de su admisión" sucumbía, no por consecuencia de su desfallecimiento cardíaco desde luego, sino a causa de complicaciones de hígado y de arterias ante las cuales los médicos "fueron impotentes".

Y he aquí que en París, el 13 de mayo, se hacía conocer que el equipo de los profesores Dubost y Halpern, "uno de los más prestigiosos de Europa" (98) y del que todo el mundo esperaba incluso

(97) James Cobb, representante comercial, de cuarenta y ocho años, ha sido el segundo operado por el doctor Cooley (tres días después del primer injerto). No se necesitaron más que cuarenta y dos minutos para que el equipo del Hospital Saint-Luc injertase el corazón de William Joseph Brannau. El conjunto de la operación ha sido un poco más largo porque comenzada a las 22,30 horas, se terminó hacia medianoche; simultáneamente, otros dos médicos extirpaban al donante un riñón, que fue trasplantado a un tejano de cuarenta y un años. Un comunicado publicado después de la intervención, indicaba que Cobb se encontraba "en excelentes condiciones", y que su nuevo corazón "se había puesto a latir espontáneamente sin tener necesidad de estimulación eléctrica".

(98) Ver en *La Tribune de Genève*, de 13 de mayo de 1968, el documentado artículo de "Esculapio" (el doctor Rentchnick), aparecido bajo este título, y que recuerda las cualidades eminentes del profesor Dubost en el campo de la cirugía cardio-vascular (es principalmente el primer cirujano que haya operado un caso de aneurisma de la aorta ascendente; es decir, una dilatación de aorta que puede estallar de un momento a otro, y que pone en peligro la vida del enfermo), y del profesor Halpern (conocido en el mundo entero por sus estudios sobre el suero antilinfocitario y sus trabajos sobre la alergia y los antihistamínicos de síntesis). Una gran fuerza del profesor Dubost reside también "en los medios extraordinarios de los laboratorios del Hospital Broussais, que no tienen nada que envidiar a los grandes centros norteamericanos". Es menester recordar que el 3 de diciembre de 1967, cuando el mundo supo que el doctor Barnard había realizado el primer trasplante de corazón, "el doctor Dubost", al contrario que ciertos médicos franceses que se opusieron violentamente a Barnard, supo tomar una posición prudente, pero, sobre todo, eficaz. Organizó el viaje a El Cabo, que permitió a una veintena de cirujanos cardio-vasculares, entre ellos a su principal ayudante, el profesor Cachera, que le ha ayudado en el curso de la operación del 12 de mayo, a tomar contacto con Barnard y recoger informaciones de primera mano. Es solamente después cuando el profesor Dubost, con su amigo el profesor Hamberger, escribió en *Le Monde* un artículo muy difundido para afirmar que el trasplante cardíaco era una operación perfectamente legítima en ciertas condiciones precisas que

la primera operación francesa, procedió al tercer trasplante francés, sobre un fraile de 45 años, el R. P. Boulogne, "dominico erudito, orador cálido, alma y espíritu brillantes", en el pecho del cual latía "el corazón de un modesto carabiniere repatriado de Argelia", Jean Cladue Gaugirard, muerto a consecuencia de una rotura de aneurisma que dio lugar a una hemorragia cerebral. La operación comenzada a las 14 horas, había finalizado a las 19. El R. P. Damien, cuarenta y ocho horas después de la operación, "se había alimentado ligeramente y se le habían hecho conocer los mensajes de simpatía que le habían dirigido. Por su dinamismo —declaraba el parte médico del Hospital Broussais aporta una ayuda eficaz a los cuidados que se le imponen". En el momento de cerrar este estudio, consignó estos hechos: el 20 de mayo se anuncia que el R. P. Boulogne se ha levantado por primera vez después de su operación del 12 de mayo: "Los cirujanos han recomendado en efecto a su enfermo hacer un poco de ejercicio con el fin de evitar en la medida de lo posible eventuales accidentes de trombosis en los miembros inferiores". El comunicado publicado por la dirección del Hospital añade que el enfermo ha podido alimentarse en el curso de las últimas veinticuatro horas, y que su estado de salud continúa evolucionado de modo satisfactorio.

De este modo, podemos decir que por medio de esta operación, llevada a cabo sobre un fraile de los más distinguidos, por el equipo más calificado, con todas las garantías médicas y legales exigibles, todos los "tabús" han desaparecido. En lo sucesivo todo estaría resuelto, *la demostración había terminado* bajo el triple plano médico y de ética profesional, moral y religioso, administrativo y legal. Y ha sido con razón como el profesor Barnard, que había sido ciega e injustamente atacado (99), pudo declarar, a su paso por Roma camino de Teherán, el 15 de mayo: "Es maravilloso para mí el saber que mis colegas del mundo entero efectúan trasplantes de corazón. Pero es evidentemente necesario el tener paciencia, y comprender la dificultad de la operación (en cuanto a sus consecuencias). Tengo la certeza de

definía. Finalmente, cuando el doctor Barnard vino a París, el doctor Dubost le invitó al Hospital Broussais el 4 de febrero, y le dijo, después de su exposición: "Esperamos, después de usted, realizar un trasplante cardíaco, esta operación que nos trae a todos en vilo". Respondiendo a una invitación de la revista *Médecine et Hygiène*, de Ginebra, que ha celebrado el 25 aniversario de su fundación en 13 de junio de 1968, los profesores Ch. Dubost y D. Halpern, han tomado la palabra durante el acto "para exponer a sus colegas ginebrinos y suizos sus trabajos en general y las condiciones en las cuales este injerto cardíaco fue realizado". Los textos de las conferencias y el informe de la Tabla Redonda aparecen en el número 15 de julio de 1968 de *Médecine et Hygiène*.

(99) El "Premio internacional Dag Hammarsjoeld" del mérito científico ha sido concedido al profesor Barnard, el 9 de mayo, y le será entregado el 25 en Palma de Mallorca.

P. S. Se nos comunica el 5 de junio que el profesor Barnard ha recibido la más alta distinción de la República Sudafricana, el premio Hendrik Verwoerd (dotado con 10.000 rands), que le fue entregado en presencia del Primer Ministro, M. Vorster, y de varios miembros del Gobierno.

que un día, no lejano, los trasplantes de corazón serán operaciones normales y que nadie se sorprenderá ante ellas".

Existen ciertamente todavía riesgos e incertidumbres (100). Pero no se podrá, de ahora en adelante, detener el progreso para el bien del hombre que sufre, verdadero honor de la profesión médica. Citemos sencillamente este telegrama de Londres de fecha 15 de mayo: "Un trasplante pulmonar ha sido efectuado el miércoles en el Hospital real de Edimburgo y según el parte facultativo, el estado del paciente es juzgado como "satisfactorio". Se ignora, por el momento, la identidad y el sexo del paciente y si han sido uno o dos los pulmones trasplantados (101). Este trasplante es el tercero efectuado en Gran Bretaña desde el principio de mes: El 3 de mayo último, un injerto cardíaco ha sido efectuado en Londres sobre la persona de M. Frederick West, cuyo estado continúa siendo satisfactorio. El mismo día, en Cambridge, el profesor Calne había practicado (en el hospital Addenbrooke) un trasplante de hígado sobre una mujer, cuya identidad no ha sido revelada. Esta mujer se encuentra igualmente en estado satisfactorio. Finalmente, un trasplante corazón-pulmones está previsto para un porvenir próximo en Londres".

c) La necesaria "batalla de la discrección" ha sido ganada también como lo demuestran los últimos partes de la dirección de los hospitales implicados, que acabo de recordar. Es verdad que *es necesario informar al público*; éste debe estar al corriente, familiarizarse con la idea de tales operaciones, que, conducidas bien, son normales, necesarias, benefactoras (102). Pero todo tiene sus límites. La invasión

(100) Un telegrama de Washington indica que se ha celebrado una reunión de especialistas del trasplante cardíaco, bajo la égida de la Academia Nacional de Ciencias. "En el curso de los debates, el doctor Richard R. Lower, del Colegio Médico de Virginia, uno de los pioneros del trasplante cardíaco, ha impresionado grandemente al auditorio revelando que ocho perros han sobrevivido en su clínica más de cuatro meses a la operación. En estos animales que, antes de la intervención tenían un corazón sano, el examen ha mostrado la existencia de un aumento de espesor de las válvulas cardíacas, comparable al que causa el reumatismo articular agudo. Además, unas lesiones de arterias coronarias semejantes a las de la angina de pecho y del infarto de miocardio, han sido observadas. El doctor Lower cree que se trata en este caso de manifestaciones de rechazo; el doctor Botha, el inmunólogo de El Cabo, que ha colaborado con el profesor Barnard, asistía a la sesión. Declaró que el doctor Blaiberg parecía en buenas condiciones y que su tolerancia física había aumentado de manera "dramática". El dentista afirma, por otra parte, que su espíritu está más despierto que en ningún otro momento en sus últimos diez años. Varios oradores han expresado la esperanza de que el suero antilinfocitario servirá probablemente para alejar el peligro de las reacciones inmunitarias".

(101) El 20 de mayo, se anuncia desde Londres: "El muchacho de quince años a quien se le injertó un pulmón el miércoles último en Edimburgo, Alex Smith, ha podido ver a su padre a través de una cristalera. El período crítico para Alex Smith, se indica, se situará dentro de la semana próxima".

(102) Es por esto por lo que el *Journal des Tribunaux*, de Bruselas, en su número del 18 de mayo de 1968 (núm. 4.617), bajo el titular "Science et droit", hace notar cuánto interesan los injertos que se suceden provocando la curiosidad de los juristas. Recuerda que J. M. Theolleyre, cronista del periódico

de los locales por los periodistas, fotógrafos de prensa, reporteros de la televisión en el hospital de la Pitié, "centro de la actualidad mundial" después del primer trasplante francés, en el momento de la conferencia de prensa del profesor Mercadier, que tuvo lugar en una indescriptible "barahunda", era bastante comprensible. Pero ha suscitado, al igual que la invasión de las páginas de los periódicos con múltiples anécdotas y "chistes" de pura curiosidad en busca de "sensacionalismos", una reacción sana por parte de los médicos: "por encima de los problemas legislativos, los cirujanos tenían principalmente un fenómeno incontrolable: la publicidad". Un cirujano del hospital Broussais había declarado que "se negaba a toda tentativa en tanto que los focos de la actualidad estuvieran dirigidos sobre los injertos de órganos". En efecto, "desde siempre en Francia, los facultativos están acostumbrados a la discreción. El día que intentan experiencia nada se divulga. Nada sale del hospital (103). Esta costumbre está siendo hoy violentamente atacada".

Se pueden y deben comprender las razones, en la medida en que están justificadas. Es cierto que "el público es considerado ahora como *mayor de edad*" y que "el mundo de los médicos" "se ha abierto, menos la publicidad y comienza, como en el extranjero, a recoger los beneficios" (104). Pero precisamente, el límite se impone allí

Le Monde, ha facilitado, en sus informaciones al periódico, "una sólida documentación" sobre "Las extirpaciones de órganos y la evolución del Derecho". De una manera más amplia, el letrado señor Ruebhausen, del Colegio de Nueva York, ha estudiado la experimentación científica sobre los seres humanos. Una conferencia dada por él en Nueva York, en diciembre último, y publicada en la edición de febrero de 1968 de *The Record*, bajo el título *Experiments with human subjects*, aboga por una colaboración más estrecha entre los juristas y los hombres de ciencia. Por su parte, el doctor Escofier-Lambiotte, en *Le Monde* del 3 de mayo, aboga por "una banca de órganos". No cabe duda que asistiremos pronto a una aceleración del Derecho en este terreno. Esta; por de pronto, ha comenzado, ya lo hemos visto.

(103) Es ésta una costumbre de los médicos en los medios profesionales serios. Ha sido únicamente el 6 de mayo de 1968, por medio de un telegrama de Atlantic City (Nueva Jersey), como ha sido conocido un trasplante del *timo* sobre un ser humano, según fue revelado al Congreso anual de la Sociedad Americana para la Investigación Clínica. Una comunicación del doctor William C. Cleveland, profesor de Pediatría de la Escuela de Medicina de la Universidad de Miami, ha hecho saber el éxito completo del injerto practicado, el 24 de mayo de 1967, a un bebé del sexo masculino que tenía entonces siete meses y que había nacido sin *timo*. El donante era un feto de trece semanas, del sexo femenino; la glándula había sido extirpada en Londres por el doctor E. H. M. May, patólogo del Royal Marsen Hospital. El niño, Donald Curry, tiene actualmente dieciocho meses: "Se desarrolla normalmente y no tiene infecciones insólitas", ha precisado el doctor Cleveland. El trasplante parece, en efecto, confirmar el papel principal de esta glándula sobre la formación de los glóbulos blancos. Muy mal conocido, el *timo* provocaría la lucha contra la infección. Por otra parte, parece enseñar a los *linfocitos* a reconocer los cuerpos extraños. Antes de la operación, el pequeño Donald reaccionaba muy mal contra las infecciones. Desde entonces, sus reacciones de defensa han mejorado grandemente".

(104) Ver el artículo de P. Magd (*Le Figaro* de 30 de abril de 1930): Gracias a la publicidad, el mundo médico "puede obtener el maná necesario para la

donde la publicidad se convirtiera en una simple "atracción" y fuera comercializada, y donde su efecto, por exceso, cesara de ser benefactor (105). Todas las cosas, en nuestra opinión, vuelven a ponerse en su justo lugar con los sucintos "boletines facultativos" dados por la dirección misma de los hospitales, en la medida en que lo juzgan indicado y suficiente. En este sentido se expresa, el 9 de mayo, el parte facultativo del hospital londinense en el que Mr. West había sido objeto de un injerto de corazón: "El paciente está fatigado y descansa". Al quinto día, después de la operación, los médicos se negaban a dar otros detalles. Hasta entonces habían calificado su estado de "excelente", e indicado que "había dado sus primeros pasos en una habitación esterilizada". Parecidamente lacónicos, suficientes

continuación de sus trabajos. Un especialista desconocido tendrá siempre dificultades para encontrar créditos cerca de los poderes públicos. Si tiene que tender la mano al sector privado, los resultados serán, con frecuencia, descorazonadores. Así, ciertos cirujanos, conscientes de éstos problemas, no han dudado en descender a la calle para tomar contacto con el público. Han nacido fundaciones que pueden lograr grandes éxitos". Además, estas aclaraciones cara al público han permitido conocer "una evolución radical de los problemas morales. En el momento de la primera intervención hecha en El Cabo, numerosos facultativos se habían alzado contra un acto bárbaro". Para muchos franceses, el corazón era el asiento de los sentimientos. Hoy, ninguna declaración oficial responde a esta idea. El corazón se ha convertido en una bomba y nada más. Sólo algunos especialistas se alzan todavía contra el principio de los injertos. Para ellos existe siempre un riesgo. ¿El donante no es ciertamente sacrificado? ¿Acaso no tiene una posibilidad de sobrevivir? El hecho de que el corazón haya sido extirpado—en las circunstancias que han sido publicadas—después del control de neurocirugía del Hospital de la Pitié-Salpêtrière, debe hacer desaparecer toda duda a este respecto para lo sucesivo.

(105) En efecto, hay que pensar en las inmensas necesidades y en las "prioridades presupuestarias"; como lo ha indicado también el mismo cronista (mismo periódico, del 2 de mayo de 1968). La creación de centros especializados, perfectamente equipados, es indispensable, y es útil y legítimo hacer conocer al público "que la salud tiene un precio", el "hacérselo admitir al contribuyente" y el "provocar una crisis de conciencia nacional". Pero el "gran paso"—y decisivo— a franquear exige verdaderamente una publicidad comercial desenfrenada como la que se hace para los campeones de boxeo, de esquí o de carreras automovilísticas, para que, "después de haber vibrado por J. Cl. Killy o J. P. Beltoise, los franceses se sientan más cerca de sus cirujanos".

Hay, quizá, otros medios más originales: Tal como el que se anunciaba en París, el 18 de febrero, a beneficio de la cardiología, bajo el título un "corazón popular" de oro: "Resultado de la campaña que había sido inaugurada en Broussais por el profesor Soulie, y, a consecuencia de la cual, la cardiología francesa se había beneficiado ya de 20 millones de francos antiguos como producto de la puesta a la venta, en las joyerías de la "Selección", de corazones de oro, cuyo prototipo había sido concebido por el maestro joyero Heger de Lowenfeld, realizador de las joyas de Braque. Cosa conmovedora: gran número de personas—y de los medios más humildes—que no tenían medios para adquirir la joya simbólica han querido hacer donativos en favor de la cardiología, sin contrapartida. Es por lo que el maestro joyero acaba de crear unos modelos más accesibles a las bolsas medias, puesto que (siempre en beneficio de la cardiología) se las encuentra en las joyerías de que se trata a un precio módico. Estas joyas tienen la misma apariencia que las creaciones precedentes. Contienen un poco menos de oro, pero el trabajo es de la misma delicadeza.

y dignos, han sido los partes del hospital Broussais referentes al estado del P. Boulogne. El último que citaremos, de fecha 20 de mayo, declara que el operado “se encuentra en un estado satisfactorio. En razón de la mejoría constante de su estado, que evoluciona de manera completamente normal, el número de partes ha sido considerablemente reducido”.

Es la consecuencia, en Francia, de la declaración oficial que el 7 de mayo de 1968, después de los recientes trasplantes de corazón y de las indiscreciones excesivas a las que habían dado lugar, el Consejo Nacional de la Orden de los Médicos ha hecho pública:

“El Consejo Nacional —precisa— admite las necesidades de una información médica de orden general o de orden científico cara al público, y reconoce los servicios que es susceptible de hacer.

Contrariamente, no puede aprobar el que, con ocasión de un caso particular, cualquiera que sea su importancia, unas conferencias de prensa sean dadas en un medio hospitalario o en otro lugar, lo que es contrario a todas las tradiciones de los médicos. Tales conferencias atentan contra el secreto profesional, olvidan las reacciones afectivas de las familias y arriesgan el crear movimientos de opinión excesivos o pasionales.

En Consejo de la Orden tiene derecho a creer que la publicidad concedida a ciertas tentativas terapéuticas de actualidad pueda perjudicar en definitiva los progresos de la ciencia.

Estima en consecuencia que, en el futuro y ante tales eventualidades excepcionales, para evitar toda información errónea, el público no debe ser informado más que por un *comunicado oficial*, respetando las leyes del secreto profesional que se imponen al cuerpo médico al igual que al personal administrativo y hospitalario.”

Sin duda esta declaración provocará “algunas reacciones en el seno de los equipos que se encuentran dispuestos a trasplantar corazones”. Algunas fugas “inevitables” provocan siempre la llegada precipitada de aquellos cuyo saber es el de informar al público. La novedad misma del injerto de corazón, que ha alcanzado un interés excepcional, comprensible, explica esta carrera a la caza de noticias, esta atracción apasionada que se ha arrojado, en cierto modo sobre los hospitales de la Pitié (106) y de la Salpêtrière. Pero esta fiebre ba-

(106) ¿Cómo, en el momento del “gran estreno” francés y europeo, se hubiera podido impedir esta carrera de los informadores hacia las noticias y las imágenes? El profesor Mercadier —responsable, sobre el plano administrativo, moral y jurídico, de la intervención realizada bajo su autoridad por el profesor Cabrol— había publicado, desde luego, un comunicado oficial. Pero, ¿era suficiente para dar satisfacción a tanta curiosidad legítima y tanta pasión

jará con la costumbre del fenómeno, cuando el injerto haya llegado a hacerse trivial y la lucha por la supervivencia sea menos dramática (107), y se puede "apostar que dentro de algún tiempo los cardiólogos volverán a encontrar el ambiente tranquilo que ha caracterizado siempre sus servicios". Porque, después de todo, no se trabaja bien, y no se progresa más que en el silencio y en el recogimiento, este silencio, decía Maeterlinck en *Le Trésor des Humbles*, que es "el elemento en el cual se forman las grandes cosas, para que al fin puedan emerger, perfectas y majestuosas, a la luz de la vida que van a dominar".

A D D E N D A

Como hicimos anteriormente, damos de nuevo algunas noticias posteriores al 20 de mayo, fecha de la conclusión de nuestro estudio, para tener al día su carácter informativo.

I. NUEVOS TRASPLANTES

HOUSTON, 23 de mayo.—El decimoquinto injerto de corazón en el mundo ha tenido lugar ayer por la mañana en el Hospital de St. Luke. El operado, Mr. Luis Fierro, se encuentra en un estado muy satisfactorio. Un sencillo impulso eléctrico ha hecho latir de nuevo en el pecho de Mr. Fierro el corazón del donante, Mr. Herbert Brungardt. La intervención ha sido realizada bajo la dirección del doctor Denton Cooley.

RICHMOND (Virginia), 26 de mayo.—Un nuevo trasplante de corazón ha sido efectuado en los Estados Unidos. El Colegio Médico de Virginia ha anunciado ayer tarde que había procedido a su primer trasplante cardíaco. "El estado del paciente es satisfactorio", se precisa. No se ha hecho pública ninguna identidad. Se trata de la decimosexta operación de trasplante de corazón realizada en el mundo. A la hora actual, cinco operados viven: dos en los Estados Unidos, uno en Africa del Sur, uno en Gran Bretaña y uno en Francia.

Mayo, 27.—El hombre sobre el cual se ha injertado un corazón, en Richmond, se encuentra bien. La dirección del hospital se niega a dar ninguna indicación sobre las circunstancias de la operación. Sin embargo, se cree saber que el beneficiario del injerto puede ser Joseph Klett, de unos cincuenta y cuatro años, y que parece estar hospitalizado desde hace un mes en Richmond. La operación parece haber sido dirigida por los doctores Richar Lower, director de los servicios de cirugía cardíaca y torácica, discípulo del doctor Norman Shumway, que puso a punto la técnica quirúrgica empleada en la mayor parte de los trasplantes cardíacos, y David Hume, director de todos los servicios de cirugía del hospital y pionero en materia de trasplantes de corazón.

febril? Ha sido necesario después, con todo el equipo, dirigirse a la Administración para dar una conferencia de Prensa. Es evidente, y el profesor Veruejoul, presidente del Consejo de la Orden, lo ha indicado, que la línea de conducta establecida constituye "una garantía para el futuro". Véanse además los comentarios de P. Magd (*Le Figaro* del 7 de mayo de 1968).

(107) Ver el ADDENDA.

RIO DE JANEIRO (Brasil), 27 de mayo.—Un comunicado, difundido el lunes por la mañana, ha anunciado que un equipo médico de Río de Janeiro ha practicado, el 25 de mayo, un injerto de *páncreas*. Los responsables no dan ni los nombres del donante ni del donatario.

SAO PAULO (Brasil), 27 de mayo.—La extraordinaria operación realizada el domingo por dos cirujanos de São Paulo: un injerto cardíaco y un trasplante renal sobre dos pacientes distintos, utilizando unos órganos extirpados sobre un mismo donante, constituye el primer trabajo de este género *en caliente*, se cree saber. El corazón y el riñón del donante han sido injertados sin haber sido previamente refrigerados.

El que ha recibido el corazón parece ser un joven de veintitrés años, Joao Ferreira da Cunha, originario de Mato Grosso. El injerto de riñón ha sido practicado sobre una joven maestra, señorita María Ely Lianzo. Se ignora la identidad del donante, que era un hombre de unos treinta años. La doble operación ha sido autorizada después de que todas las tentativas para establecer su identidad habían sido vanas. Más de seis horas después de los dos injertos, los dos pacientes continuaban reaccionando favorablemente a la operación, y ningún signo de rechazo se había manifestado.

El cirujano Euriclides Zerbini, que dirigió todas las operaciones, ha aplazado hasta el martes próximo todo nuevo contacto con los periodistas, con el fin de poder vigilar permanentemente la evolución del estado de los enfermos.

2. RESULTADOS

PARIS, 23 de mayo.—El R. P. Boulogne, que ha sido objeto, el 12 de mayo, de un trasplante cardíaco en el Hospital Broussais, podrá salir de la habitación estéril, en que fue colocado, dentro de una decena de días. El parte facultativo publicado ayer por la mañana precisaba que el estado del enfermo era, en *todos los aspectos, satisfactorio*.

Mayo, 27. LONDRES.—Causa "preocupación" el estado del joven escocés al que se le injertó un pulmón; la respiración del joven Alex Smith, de quince años, se ha deteriorado algo, ha declarado un representante del Hospital Real. Alex Smith tuvo que ser operado, el 15 de mayo último, como consecuencia de haber ingerido un producto empleado contra la cizaña en el campo.

En EL CABO.—Los exámenes médicos que le han sido hechos al doctor Blaiberg estos últimos días, han sido satisfactorios, y han probado que no había por qué inquietarse en cuanto a su salud, ha declarado la señora Blaiberg.

En SAO PAULO.—El brasileño, de veintitrés años, al que se hizo un injerto cardíaco en un hospital de São Paulo, ha recobrado el conocimiento nueve horas después de la operación, y se encuentra en buen estado. Lo mismo ocurre a la joven maestra que ha sido objeto de un trasplante de riñón.

3 de junio.—Joseph Klett, la decimosexta persona a quien se le haya hecho un trasplante cardíaco, el 25 de mayo, en el Hospital de Richmond (Virginia).

ha fallecido. Su estado no había inspirado inquietud a los médicos hasta el 31 de mayo, por una razón que se desconoce todavía. Después, otros dos operados de corazón han sucumbido con diferencia de pocas horas, en la noche del sábado al domingo.

En NUEVA YORK.—Poco después del comienzo de la operación, un hombre cuya identidad se desconoce, falleció sobre la mesa de operaciones. El trasplante fue intentado por el doctor C. Walton Lillehei, que fue el profesor del doctor Christian Barnard, el pionero sudafricano de los trasplantes cardíacos. El operado de Nueva York era la vigésima persona en el mundo que era sometida a una operación de trasplante.

En MONTREAL.—Albert Murphy, de cincuenta y ocho años, falleció poco más de una hora antes de este parte. El boletín facultativo ponía de manifiesto las deficiencias pulmonares y renales que habían venido a añadirse a un problema de coagulación. Murphy había recibido, cuarenta y ocho horas antes, el corazón de una mujer embarazada, de treinta y ocho años. Poco después de la operación, Murphy parecía aún en buenas condiciones, estaba perfectamente consciente y despierto, pero a medida que pasaban las horas, los médicos se daban cuenta que iba perdiendo, paso a paso, en su lucha por la vida. Su organismo trabajado—no pesaba más que 56 kilos, mientras que hacía diez años pesaba 79—terminó por traicionarlo.

No quedan más que, sobre veinte trasplantes cardíacos intentados, seis personas todavía con vida, entre las que se encuentra el "veterano" Philip Blaiberg, operado en África del Sur por el doctor Christian Barnard, que vive con un nuevo corazón desde hace cinco meses.

EL CABO, junio, 11.—El doctor Blaiberg está seriamente enfermo, y recibe en este momento cuidados de urgencia, ha declarado el martes por la mañana el representante del hospital, Groote Schuur. Al comenzar la tarde, un facultativo declaraba que Blaiberg sufría unas perturbaciones hepáticas y que su estado de salud preocupaba a los médicos. A consecuencia de la agravación del estado de Blaiberg, el profesor Christian Barnard decidió regresar a El Cabo el martes a última hora de la tarde. El cirujano sudafricano debía salir de Londres el martes por la noche.

PARIS.—El R. P. Boulogne goza de buena salud. Ha vuelto a trabajar en su "Vida de Santo Tomás de Aquino".

DALLAS, 9 de junio de 1968.—La señora Ester Matthews, de cuarenta y un años, a la que un equipo de cirujanos del Hospital Parkland, de Dallas, había trasplantado, el 7 de junio, el corazón de un joven de veintiséis años, muerto en accidente de tráfico, falleció cinco horas después de la operación. Es la operación número 21 de trasplante cardíaco practicada en el mundo, y la primera practicada sobre una mujer o sobre una persona de raza negra.

HOUSTON (Tejas), 13 de junio.—Ha fallecido un cardíaco el miércoles por la tarde, cuando se intentaba inyectarle un corazón de cordero, se anunció el

jueves por la mañana en el Hospital Episcopal de Saint-Luc, donde la operación ha tenido lugar.

El trasplante debía ser sólo provisional, en espera de que un donante humano pudiese ser encontrado. El paciente, un hombre de cuarenta y siete años, había sufrido, el miércoles por la mañana, un colapso cardíaco del que no se había recuperado más que con grandes dificultades. No había ningún donante humano disponible y se decidió el miércoles injertarle el corazón de un carnero que pesaba 56 kilos, "con la esperanza de mantener la circulación hasta que un donante aceptable estuviera disponible".

MIAMI, 15 de junio de 1968.—Radio Habana, captada en Miami, anunció el viernes por la tarde que acababa de ser practicado un trasplante cardíaco en la capital cubana y había sido coronado por el éxito. El equipo quirúrgico había utilizado el corazón de una ternera para esta operación.

MADRID, 18 de septiembre de 1968.—En la madrugada de este día se ha practicado por el doctor Martínez Bordiú, en la Clínica de la Paz, un trasplante de corazón en la persona de don Juan Rodríguez, de cuarenta y cinco años. La donante fue doña Aurelia Isidro Moreno, que sufrió un accidente de tráfico y falleció pocos segundos después de su ingreso en dicha Clínica. El receptor padecía una miocardiopatía hemossiderótica con grave repercusión funcional. La operación sobre el receptor de la víscera cardíaca dio comienzo a las cinco de la madrugada. Después de haber recuperado el conocimiento, el operado falleció al día siguiente, a consecuencia de complicaciones renales.

N O T A

¡Qué ritmo y qué hecatombe ya! ¿Es razonable mantenerse en esta línea? "Hay que hacerse algunas preguntas". ¿No es de temer verdaderamente el que la "competición" anunciada—y ahora en pleno desarrollo—vaya demasiado deprisa? ¿No estamos volviendo a caer en el "experimento"? ¿El "progreso de la ciencia" exige verdaderamente tantas víctimas? ¿Se trata de enfermos que tienen realmente posibilidad de ser salvados, bajo el punto de vista humano, o se están sacrificando? ¿Se está efectivamente trabajando para la salvación del enfermo ante todo? ¿Se está en todas partes suficientemente preparado? ¿Los equipos de especialistas indispensables tienen la experiencia y el instrumental técnico y científico que debe exigirse? ¿Se domina actualmente la técnica operatoria? ¿Pero, es eso suficiente? ¿Es incluso esencial? El trasplante cardíaco sobre el hombre no es un concurso de pericia. El acto quirúrgico, el "trasplante", no tiene valor en sí, lo que cuenta son sus resultados. El "verdadero problema" está hoy en las consecuencias, en el rechazo y en sus fenómenos hasta ahora insuficientemente conocidos, el de la "supervivencia"... Tememos que todo esto se esté olvidando.

3. EN BUSCA DEL "CORAZÓN ARTIFICIAL"

No hay que olvidar que la técnica del porvenir inmediato será la del "corazón artificial", que debería poder remplazar el injerto humano. Se anunciaba desde Washington, el 3 de abril de 1968, el estado actual de las investigaciones

en los Estados Unidos. (He indicado que en Francia el profesor Cabrol, que practicó el primer trasplante europeo, prosigue por su parte, los trabajos de puesta a punto de un corazón artificial susceptible de ser implantado en el hombre.) El comunicado de Washington decía: "Un corazón artificial, movido por una pila eléctrica, cuya fuente de energía sería la sangre, se podría implantar en un hombre dentro de cuatro o cinco años, ha declarado el doctor Frank Hastings, director de los programas de investigación del Instituto de Cardiología Nacional de Bethesda. El corazón artificial, que reemplazaría al órgano enfermo, está constituido por una materia cauchutosa recubierta de tejidos venosos tomados de la pierna del enfermo. Esta "cobertura" permitirá evitar ciertas complicaciones de la "coagulación" observadas con las materias plásticas. La pila, colocada en el origen de la aorta, es de materia plástica porosa. El oxígeno y la glucosa de la sangre entrarían en ella en contacto en presencia de un catalizador: una hoja de oro. Este modelo de corazón artificial sería superior, según estima el doctor Frank Hastings, a los corazones artificiales movidos por la energía del plutonio radiactivo. Uno de estos últimos ha sido ya implantado en una perra llamada "Plutonia", que sobrevive con él desde hace varios meses.

Las Leyes Orgánicas y el Ministerio Fiscal (*)

VICTOR FAIREN GUILLEN

Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia.

SUMARIO: 1. La Base 68 del ALOJ. El nombre de la institución.—2. Tendencias actuales en cuanto a la posición y vinculaciones del MF.—3. El MF y su dependencia del Ejecutivo en España.—4. Las “instrucciones” del Ejecutivo, las consultas, las órdenes de servicio.—5. El “órgano de comunicación”.—6 La “unidad y dependencia jerárquica”.—7. La existencia de dos figuras diferentes en el MF: su separación para el futuro.—8. La futura posición del MF con respecto a los tribunales.—9. Amovilidad e inamovilidad.—10. El MF en la Base 68 del ALOJ.—11. El “intercambio” con la Magistratura.—12. La ampliación general de facultades del MF en el futuro. Breve crítica.—13. El MF y la “defensa del interés público”.—14. El MF y la “satisfacción del interés social”.—15. El MF y la defensa de los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos: el proceso de manifestación.—16. El MF en el proceso civil; límites de su intervención.—17. El MF en el proceso penal.

S I G L A S

MF: Ministerio Fiscal.

MP: Ministerio Público.

LO: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LOE: Ley Orgánica del Estado.

ALoj: Anteproyecto de Bases de la Ley Orgánica de la Justicia.

APC: Anteproyecto de Bases para el Código Procesal civil.

APP: Anteproyecto de Bases para el Código Procesal penal.

A: Anteproyecto.

GVG: Gerichtsverfassungsgesetz.

BGH: Bundesgerichtshof.

Rev. Esc. Nac. Jurisp.: Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia (México).

Rev. Der. Proc.: Revista de Derecho Procesal (Madrid).

RGLJ: Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).

BIEDP: Boletín Informativo del Instituto de Derecho Procesal (Madrid).

Bol. Inst. Der. Comp. Méx.: Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México.

DJZ: Deutsche Juristen-Zeitung.

ZAK: Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht.

(*) Este trabajo se ha beneficiado de la Ayuda a la Investigación a la Universidad, del Ministerio de Educación y Ciencia.

Nos hallamos en un despartidero que puede ser decisivo en cuanto a la figura del Ministerio Fiscal español.

En trance de reforma el ordenamiento orgánico y procesal, resurgen a la vista del observador los problemas —resueltos y no resueltos— que tan compleja institución entraña.

Comenzando por el de su situación en la organización general del Estado, se pasa de su figura de “representante del Gobierno” a la abstracta de “órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales”. Mas su situación, así definida, es insuficientemente clara; nos parece que no se acaba de una vez para siempre con lo que podríamos llamar anfibiología del MF; con su carácter proteiforme.

Toda la futura organización del MF debe arrancar de la base de esclarecer que en su actual regulación laten claramente dos figuras de entidad, conexiones y atribuciones diferentes; que deben ocupar dos lugares muy distintos en cuanto al Poder Ejecutivo y en cuanto a la Administración de Justicia. Lo que pueda hacerse sin aclarar ese problema, inútilmente complicado y cuya complejidad aumenta de día en día, no puede tener, pese a las mejores voluntades, otro resultado que el de extender aún más la niebla en vez de disolverla adecuadamente.

Son éstos los problemas de que aquí nos ocupamos, tomando como motivo un breve examen de la figura MF tal como la prevé el ALOJ. Estudio insuficiente, forzados como estuvimos por las circunstancias de tiempo —plazo— y otras que no son del caso enumerar.

Estos apuntes, forman parte del informe que elaboramos, a petición de la Universidad de Valencia, con destino al Ministerio de Justicia. La Junta de la Facultad de Derecho, lo aprobó, lo hizo suyo y lo publicará íntegro.

Mas, conservando su propiedad intelectual, entendemos que puede ser interesante que, aparte otros comentarios, aparezca de modo destacado lo que sobre el futuro del MF pensamos.

1. La Base 68 del “Anteproyecto de Bases para una Ley Orgánica de la Justicia”, integra por sí misma el Título V de ésta; muy extensa, se refiere a la organización y atribuciones del Ministerio Fiscal.

“1. El Ministerio Fiscal, órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, tiene por misión, promover la acción de la justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la Ley, y procurar ante los Juzgados y Tribunales, el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social.”

“2. El Ministerio Fiscal actuará, con estricta imparcialidad y sujeción al principio de legalidad, en defensa del ordenamiento jurídico vigente.”

“3. En su virtud, le compete:

“1.º Velar por la legalidad de la actividad jurisdiccional, en todos los órdenes judiciales, reclamando su observancia así como la pureza de los procedimientos.”

“2.º Sostener la integridad de las atribuciones y competencia de los órganos de Justicia e intervenir, con su dictamen en cuantos conflictos de jurisdicción y cuestiones de competencia se susciten así como en los recursos que, sobre tales materias, se promuevan.”

“3.º La defensa de las garantías penales y procesales de la persona.”

“4.º Promover las acciones necesarias para el cumplimiento de la misión que le está atribuida, e intervenir en el proceso con el carácter que en los Códigos respectivos se establezca.”

“5.º En el orden penal, dirigir la averiguación de los delitos e instar lo procedente para el restablecimiento del orden jurídico perturbado y la satisfacción del daño producido.”

“6.º Ostentar la defensa de quienes, carentes de representación legal, no puedan valerse por sí mismo y promover la constitución de los organismos tutelares de los mismos.”

“7.º Ejercer las demás funciones que las leyes les encomienden.”

“4. El Ministerio Fiscal tiene la consideración de órgano al servicio de la Justicia.”

“5. Las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal se ejercerán por medio de sus órganos, ordenados conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica.”

“6. Son órganos del Ministerio Fiscal:

- 1.º La Fiscalía General del Reino.
- 2.º Las Fiscalías Territoriales.
- 3.º Las Fiscalías Provinciales.
- 4.º Las Fiscalías de Distrito.”

“7. El Gobierno propio del Ministerio Fiscal corresponderá exclusivamente al Fiscal General del Reino, al Consejo Fiscal y a los Fiscales Territoriales y Provinciales.”

“8. La composición, atribuciones y distribución en el territorio nacional de los órganos del Ministerio Fiscal, serán las determinadas en su Estatuto Orgánico que se promulgará por Ley especial.”

“9. Los Fiscales, investidos de autoridad individual y corporativa, integran la Carrera Fiscal, con los especiales deberes, responsabilidades, derechos y facultades regulados en su Estatuto orgánico. Todos ellos recibirán la denominación genérica de Fiscales del Reino, cualquiera que sea el órgano jurisdiccional ante el que ejerzan sus funciones.”

“10. El régimen jurídico de los miembros de la Carrera Fiscal será en todo caso similar al establecido en esta Ley para el personal judicial y se regulará, con las especialidades necesarias en su estatuto orgánico. Se establecerá, en correlación con lo dispuesto en el número 3 de la Base 52, y en el párrafo 6 del número 2 de la Base 55 de esta Ley, que para la provisión de vacantes de Fiscales generales del Tri-

bunal Supremo y el ascenso por el turno de oposición de Abogado Fiscal a Fiscal, los funcionarios de la Carrera Judicial, de las categorías correspondientes, estarán asimilados a los de la Carrera Fiscal.”

Sea cual sea la relación del actual “Ministerio Fiscal” con los antiguos “advocati fisci”, con el “Patronus fisci” (1), la denominación no nos complace; recuerda demasiado e inexactamente al antiguo defensor en juicio de los intereses económicos del Fisco, que se confundían con los intereses del Rey en la Edad Media (2); la denominación francesa típica, de “Ministerio Público”, ha sido hallada “inexpresiva” y ciertamente es ambigua (3); de los nombres que se han sugerido estimamos como un verdadero acierto el resucitar el viejo término legal de “Promotor de la Justicia” (4) —más largo—, pero aún más correcto lo es el de “Promotores de la acción de la Justicia” (5), aunque habrá que limitar su campo de acción, como veremos.

2. El Ministerio Fiscal es una entidad polifacética; “proteiforme”, la denominaba J. GOLDSCHMIDT (6).

La verdadera tragedia de esta figura reside en que es un “Abogado sin pasión, Juez sin imparcialidad; ese es el absurdo psicológico que sitúa al MF en el permanente riesgo —si no posee un fino sentido del equilibrio— de perder, por amor de serenidad, la generosa combatividad del defensor, o por amor de polémica, la desapasionada objetividad del Magistrado” (7).

En cuanto a su futuro, hay tendencias muy diversas; de un lado, hacia su vinculación a la policía; del otro, su colocación en igual situación que el Juez, esto es, vinculación con la Magistratura y por tanto, en igualdad de situación a la del Juez investigador (*Untersuchungsrichter*, alemán) (8). Mas contra esto último, habla el principio de que la separación entre acusador y juez no puede ser abandonada en los estados modernos no inquisitoriales; y, por otra parte, que el Gobierno, por la vía del Ministerio de Justicia y del propio MF, no puede

(1) Cfr., p. ej., RUIZ GUTIÉRREZ, *Algunas ideas sobre el origen del Ministerio Fiscal en España*, en Rev. Der. Proc., Madrid, 1952-3, págs. 408 y ss.; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Aciertos terminológicos e institucionales del Derecho procesal hispánico*, sobretiro de la Rev. Esc. Nac. Jurisp., México, 1948, pág. 38.

(2) Cfr., p. ej., ZAFRA, *Posición del Ministerio Fiscal en el futuro proceso penal*, en Rev. Der. Procesal, Madrid, 1961-4, pág. 43.

(3) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. últ. cit., pág. 39.

(4) Es ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO quien incluye como acierto terminológico esta denominación, que aparecía ya en el Ordenamiento de Montalvo, y posteriormente en las Nueva y Novísima Recopilaciones.

(5) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. últ. cit., pág. 39.

(6) Cfr. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlín, 1925, pág. 301, nota n.º 1.565.

(7) Cfr. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 3.ª ed., s. a. (pero, 1955), Firenze, pág. 56.

(8) Cfr. KERN, *Gerichtsverfassungsgesetz*, 4.ª ed., Berlín-München, 1965, pág. 222; en España, IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO, *Independencia y autonomía del Ministerio Fiscal*, en Rev. Der. Proc., Madrid, 1967-III, págs. 81 y ss.; pero sobre la base de que el MF sea independiente de la Administración.

privarse de una determinada influencia —limitada por la Ley y por el poder judicial—, en la administración de la Justicia penal y civil. El MF —dícese— “debe seguir siendo un instrumento del Gobierno; pero debe permanecer como una autoridad de justicia en interés de la objetividad. La subordinación a la justicia aparta al MF de la posibilidad de devenir un representante parcial de una parte, y el requisito de su capacitación para el oficio judicial le ofrece la garantía de su orientación hacia la Ley y el Derecho. Así se ven las perspectivas de nuestra institución en la moderna Alemania Federal (9).

Esta variedad de opiniones ha trascendido, en el pasado y en el presente a los ordenamientos positivos, en los que se halla el MF con diferentes nombres y diferentes situaciones (10).

(9) Cfr. KERN, ob. cit., loc. cit.

(10) La brevedad del tiempo concedido para informar nos obliga a no exponer exhaustivamente la materia en el campo del Derecho comparado.

Baste aquí recordar que en Francia, la moderna figura —de la cual fue tomada casi la totalidad de la española actual— apareció con la Revolución francesa; como órgano del Poder ejecutivo, por medio del cual el Gobierno confería altas funciones de inspección y de gestión ante la Administración de Justicia, ante el nuevo Poder judicial —producto de la desconfianza por los excesos del antiguo—; mediante el *Ministère Public*, el Gobierno vigilaría el ordenado curso de la Administración de Justicia en todas sus ramas; era el MP un Alto Celador de la legalidad en la actuación de todos los Tribunales.

Desaparecida la figura tal y como fue concebida por los nacional-socialistas alemanes —con facultades omnímodas, dictatoriales, cfr., p. ej., GRUNAU, en DJZ, 1936, pág. 796; SCHWARTZ, *Richter und Staatsanwalt*, en ZAK, cuad. 23, 1 dic. 1942, págs. 337 y ss.—, actualmente en la República Democrática Alemana la Ley sobre el MP de 23-5-1952 lo concibe como un órgano subordinado al Consejo de Ministros e independiente de los demás; tiene como funciones las de vigilar el cumplimiento de las leyes; a ese fin, dirige el procedimiento penal —y aún el civil—; le compete la ejecución de las penas. Su vigilancia se extiende a todos los Ministerios, funcionarios, empresas, empleos y ciudadanos; dirige el procedimiento de investigación criminal, procurando el esclarecimiento de los hechos y la total aportación de las pruebas de cargo y descargo; puede acordar, juntamente con el Tribunal Supremo, directrices de conducta y las normas de interpretación que han de ser seguidas en la práctica (cfr. la trad. por QUINTANO RIPOLLÉS, en Rev. Der. Proc., 1953, IV, págs. 571 y ss.).

En Rusia, conjugando la Constitución con la Ley de Fundamentos del Procedimiento civil de 8 de diciembre de 1961, resulta atribuido a la *Prokuratura*, junto con la vigilancia de la actividad jurisdiccional tanto en lo civil como en lo penal, un control general que se extiende a todos los órganos administrativos y le obliga a formular protestas contra las órdenes e instrucciones ilegales de los ministros de la RSFSR y de las demás repúblicas federadas; resoluciones de las autoridades locales y actos de los dirigentes e instituciones en desacuerdo con las leyes vigentes; es el guardián de las leyes; el guardián de los derechos de los ciudadanos; en fin, el guardián de la legalidad socialista y el responsable de su conservación. El control de la aplicación exacta de las leyes le corresponde al *Prokuror* general, nombrado por el Soviet Supremo de la URSS por un período de siete años y directamente o por medio de funcionarios a sus órdenes. (Cfr. HERCE QUEMADA, *La organización judicial soviética*, en Rev. Der. Proc., 1964, I-II, págs. 137 y ss.; también, resumen, en ZAFRA, ob. cit., págs. 758 y s.).

Los países anglosajones ofrecen otra cara de la medalla: en Inglaterra, el sistema acusatorio puro hubo de sufrir restricciones progresivas, no siendo la

3. En España, influida la ordenación del MF por el sistema francés, el que el mismo dependa del Poder Ejecutivo, se mantiene en razón a la siguiente argumentación, que escogemos por ser típica de los mantenedores de tal posición:

“Teniendo la virtud la existencia de una justicia sana —independiente e imparcial— *de servir del mejor sostén político al régimen imperante*” (11).

“Dando por supuesta la existencia de una justicia competente, independiente e imparcial el instrumento más eficaz de un Estado de Derecho para el mantenimiento de esta justicia es el MF en misión de asegurar el mejor funcionamiento de esta Justicia.”

El MF debe estar constituido en dependencia y relación inmediata con el Poder Público, variando esencialmente el concepto de menosprecio que de esta dependencia se tenía en España antes de 1936 por estimar que el MP fuera, en manos de un Poder antijurídico, el instrumento destructor de la independencia e imparcialidad de la Administración de Justicia, dándose el supuesto totalmente opuesto cuando se trata de un Estado de Derecho, interesado en mantener en toda su pureza e imparcialidad de la función judicial, siendo timbre de gloria para el MP ser el instrumento adecuado que vele por esos elevados fines (12).

Sigue así esta Ponencia (13):

“El MP debe ser el asesor-censor más caracterizado del Poder Público en lo jurídico, aparte de su cometido en lo judicial; por ello, en todos los aspectos de las funciones públicas privativas del Estado,

menor la de la creación, en 1879, del *Director of public prosecutions*, bajo la superintendencia y sujeto a las directrices del *General Attorney*. Este mismo, o el Secretario de Estado, le dan órdenes; mas es él mismo el que decide o no intervenir en los asuntos penales.

En los USA, el MP, elegido, por regla general, por cooptación popular y con cargo de escasa duración, en razón de la influencia decisiva que los grandes partidos políticos tienen para atraer a la masa electoral —sobre todo en los grandes centros habitados—, suele estar ligado con el partido predominante, y por ello sus acuerdos de indagar y abrir la instrucción pueden estar también influidos por el partido o por los que lo dominan. Sus atribuciones en el proceso penal son fundamentales —trátase de un sistema acusatorio puro—; fijar si debe iniciarse o no el proceso penal; obtener su abandono; obtener del Tribunal la declaración de culpabilidad por un delito menor que el indicado en el reenvío al Jurado; influir en la mayor y menor severidad de la pena. (Cfr., p. ej., MAYERS, *L'Ordinamento processuale negli Stati Uniti*, trad. it. CURLETTI, Milán, 1967, págs. 488 y ss.)

Cfr. también ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas*, en *Scritti in memoria di P. Calamandrei*, Padua, 1958 (II), págs. 71 y ss. esp.

(11) La cursiva es nuestra. Cfr. ob. cit. en nota n.º 13.

(12) Nótese aquí el carácter claramente político que se atribuye al MF. Cfr. también, en este sentido, HERRERO TEJEDOR, *Perspectivas del MF según los principios que informan el Ordenamiento Jurídico español*, en RGLJ, 1967 (T. 222), págs. 431 y ss.

(13) Formulada por Antonio REOL al II Congreso Nacional de Derecho Procesal (Madrid, 1954) con el título *Reglamentación de las funciones y de la actuación del Ministerio Fiscal*, en BIEDF, n.º 44, febrero de 1954.

debe ser sustituido el actual asesoramiento —en sus diversas matices— por el del MF, ya que un Estado de Derecho debe tener, junto a sus finalidades precisas en este sentido, sus medios de la misma clase, siendo el MP, por su formación e incluso por sus incompatibilidades... el instrumento más apto para este servicio, quedando relegados los demás asesores del Estado a sus funciones privativas: económicas, políticas, administrativas.”

Por esta argumentación, REOL formulaba al Congreso, entre otras, la siguiente conclusión:

“El MF es el instrumento más eficaz de un Estado de Derecho para la existencia de una justicia independiente, imparcial y rápida, debiendo constituirse en *relación inmediata* (14) con el Poder Público en el Ministerio de Justicia...” (15).

“En lo jurídico, debe ser el único asesor-censor del Poder Público, quedando conferido el actual asesoramiento —en sus diversos matices económicos, políticos y administrativos— a sus respectivas finalidades.”

El Congreso sólo aceptó al MP como “único asesor del Poder Público en lo jurídico”, mas no el resto de las propuestas de REOL, aquí transcritas.

4. Puesto que se trata de la “vinculación” al Ejecutivo, y en la Base 68 se trata —luego nos referiremos a la “comunicación”— de los principios de “legalidad” y de “unidad y dependencia jerárquica”, procede echar una ojeada al problema de los vehículos de esta dependencia, esto es, al de las Circulares y evacuación de consultas por el Fiscal del Tribunal Supremo.

En cuanto que pueda tratarse de “instrucciones” del Ejecutivo, esta idea es repudiada en Alemania por incompatible con el principio de la separación de poderes (16); lo cual no obsta —dícese— a que el Fiscal del Tribunal Supremo Federal dé instrucciones como Sección especial que constituye, del Ministerio de Justicia; de otro lado, las consultas al Fiscal del BGH nada tienen que ver con las instrucciones (17); el MF puede consultar también a otros Ministerios, por razones de especialización (v. gr., en asuntos que atañen a la Sanidad Pública, a la Arquitectura, etc.): mas no se trata sino de un problema de prueba pericial y de su valoración por los Tribunales (18).

Hay que distinguir entre las órdenes de servicio formuladas por el superior jerárquico —el Fiscal del BGH— y las formuladas por el Ministerio, “las cuales —siempre en Alemania Federal— deben limi-

(14) La cursiva es nuestra. Nótese cómo en esta conclusión se prescinde ya de la “dependencia” de que el texto hablaba.

(15) Cfr. REOL, ob. cit.

(16) Cfr. KOHLHAAS, *Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechende Gewalt*, Berlín-Neuwied am Rhein, 1963, pág. 85.

(17) Cfr. KOHLHAAS, ob. cit., pág. 85.

(18) Cita KOHLHAAS una consulta dirigida por el MF al Ministerio de Defensa sobre si determinadas actividades eran o no peligrosas para la misma. (Ob. cit., págs. 85 y s.)

tarse a la inspección de los servicios" (19); aclarándose así el § 146 de la GVG (20).

La experiencia, viene demostrando que las "órdenes de servicio" del Ministerio son políticas en gran medida (21); la única solución para hacer aceptar al MP estas órdenes sería la de vincular a *todo* el Ministerio de Justicia —esto es, prácticamente, a todo el Ejecutivo— al principio de legalidad, lo cual es manifiestamente imposible (22), (23).

Aparte de que puede haber choque y al menos promoverse dudas por razón de esas "instrucciones" del propio superior de su Carrera y de la jurisprudencia de los Tribunales (24), y aún cabe que las haya entre los mismos Abogados Fiscales (25) —lo cual se resuelve concediéndoles independencia (26)— incluso admitiéndolas, se entiende que "el MP debe cumplir las órdenes de servicio "siempre que en el proceso concreto se refleje la misma imagen que reflejaba la orden; si esta imagen cambia (o es otra, v. gr., por la aparición de otros elementos probatorios), el MF debe poder desobedecer la orden de servicio si no obtener su revocación" (27).

De la meditación sobre este último alegato, concluimos con la necesidad de dulcificar el actual artículo 43 del Estatuto del MF español; ya que esta unidad y dependencia pueden producir perturbaciones de mayor consideración.

Sólo en este sentido se podrían aceptar los criterios de "dependencia jerárquica" de la Base 68 del ALOJ.

(19) Cfr. KOHLHAAS, ob. cit., pág. 52.

(20) "Los funcionarios del MP deben seguir las órdenes de servicio de sus superiores."

(21) Cfr. KOHLHAAS, ob. cit., págs. 56 y ss.

(22) Cfr. LÖWE-ROSENBERG, *Die StPO und das GVG*, 21 ed., Berlín, 1965, I, pág. 273; KOHLHAAS, ob. cit., págs. 59 y s. Esto también sería aplicable a España a través de la Base 68.

(23) Las instrucciones fuera de sesión —pues en la audiencia principal el MP alemán no está vinculado por las mismas— jugaron un gran papel en el Estado nacional-socialista; en los Estados de Derecho son raras. Un antiguo fiscal participaba que el Ministerio de Justicia del Reich hasta 1933 no había dado ninguna instrucción. (Cfr. KIRSCHNER, *Das Weisungsrecht des Reichsjustizministers gegenüber dem Oberreichsanwalt*, en "Deutsche Richterzeitung", 1958, pág. 108.) Por mucho tiempo se consideró al MP alemán como "la más objetiva autoridad del Imperio". (Cfr. WAGNER, *Der Richter*, Karlsruhe, 1959, pág. 188.)

(24) Cfr. KOHLHAAS, ob. cit., págs. 43 y 86 y s.

(25) En sentido de no estar vinculados por los actos de sus propios colegas.

(26) Véase el panorama que del MP en Bélgica nos daba DECAMPS: Los miembros del *Parquet* están ligados por sus actos desde un punto de vista jurídico, pero entre ellos existe independencia absoluta, sin estar vinculados por la actitud de sus colegas. "Su palabra es libre" e independiente y en sus *réquisitions* no obedecen más que a su conciencia; pueden pedir una absolución allí en donde otro colega o su superior perseguía una condena. Así, el Procurador del Rey puede apelar contra una resolución dictada conforme a las peticiones de un subordinado —no puede obligarse a alterar dicha petición—. (Cfr. *Traité des fonctions du MP près les Tribunaux de Première Instance* (Bruxelles, 1890, pág. 9.)

(27) Cfr. KERN, *Gerichtsverfassungsgesetz*, cit., 4.ª ed., pág. 218.

De otro lado, es evidente que estas "instrucciones" tienen menos importancia en nuestro país, en donde el MF no detenta el monopolio de la "acción" penal, sino que con él coinciden los ciudadanos (art. 101 de la LECrim); y también la iniciativa de aquél queda un tanto automatizada por obra de los artículos 306, 308 y 311 de la misma Ley; esto es, para iniciar de su "parte" el proceso penal, el MF depende de la Ley y ésta le hace coincidir con otros sujetos de la "acción" penal; incluso con el mismo Juez si este incoase el sumario "ex officio".

Ahora bien, procede aclarar este acertado mecanismo actual.

5. La Base 68 dice que el MF es "órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia", alterando así el sistema práctico actual, según el cual, es el "representante del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial" (art. 1.º del Estatuto del MF de 21 de junio de 1926) o "con la Administración de Justicia" (artículo 1.º del Reglamento Orgánico del Estatuto, de 21 de febrero de 1958).

El Diccionario de la Academia de la Lengua Española, da ocho acepciones de "comunicación", lo cual, vista la diferencia de entidad que cada una de ellas supone, nos sume en confusión.

"(Del lat. *communicatio*, *onis*).

1. Acción y efecto de comunicar o comunicarse.
2. Trato, correspondencia entre dos o más personas.
3. Unión que se establece entre ciertas cosas, tales como mares, pueblos, casas o habitaciones mediante pasos, crujías, escaleras, vías, canales, cables y otros cursos.
4. Cada uno de los medios de unión entre dichas cosas.
5. *Oficio*, 7a., acep. (Comunicación escrita, referente a los asuntos del servicio público en las dependencia del Estado, y por ext., la que media entre individuos de varias corporaciones particulares sobre asuntos concernientes a ellas.)
6. V. Vía de comunicación.
7. Ret. Figura que consiste en consultar la persona que habla el parecer de aquélla o aquéllas a quienes se dirige, amigas o contrarias, manifestándose convencida de que no puede ser distinto del suyo propio.
8. Pl. Correos, telégrafos, teléfonos, etc."

Y el verbo "comunicar":

"(Del lat. *communicare*).

1. Hacer a otro partícipe de lo que uno tiene.
2. Descubrir, manifestar o hacer saber a uno alguno cosa.
3. Conversar, tratar con alguno de palabra o por escrito, U. t. c. r.
4. Consultar, conferir con otros un asunto, tomando su parecer.
5. Ant. *Comulgar*.
6. r. Tratándose de cosas inanimadas, tener correspondencia o paso unas con otras."

La multiplicidad de acepciones, sería suficiente para elegir otra palabra. Una institución como el MF no puede estar a merced de

interpretaciones de un vocablo que lo muestren o transformen según el criterio de quien lo interpreta.

De HERRERO TEJEDOR podemos extraer los siguientes párrafos:

“Al MF le impone el deber de actuar conforme al más estricto principio de legalidad. *El MF no representa al Gobierno...* porque el Gobierno, al menos, como Administración es muchas veces parte ante la Administración de Justicia. No hace más que *comunicar recíprocamente a ambos* dentro de principios estrictamente legales: “intereses públicos tutelados por la Ley” y de manera más general le encarga el mantenimiento del Orden jurídico” (28), (29).

Continúa dicho autor:

“No le incumbe al MF la defensa de la Administración ni tampoco la defensa de las decisiones de ésta o del propio Gobierno como tal. Tampoco le incumbe —y en este punto sí que hace falta matizar mucho— sólo la defensa de la Ley como forma de expresión del Derecho, sino la defensa del orden jurídico, esto es, en cuanto —constituido por la Ley o por cualquier otra fuente de Derecho— forma un cuerpo total, indivisible, vivificado por unos principios fundamentales y protegidos por unas normas de rango superior (30).”

Comunicación y legalidad, pero legalidad en un amplísimo y peligroso sentido (cualquier otra fuente de Derecho).

Planteado de un modo que no estimamos claro, el problema de la independencia del MF con respecto al Gobierno, y con motivo de comentar la unidad jurisdiccional y el principio de la “unidad y dependencia jerárquicas” del MF a tenor del art. 35 de la LO, sigue:

“La comunicación entre la Administración de Justicia y el Gobierno, la defensa del orden jurídico, la tutela de los intereses públicos, la satisfacción del interés social “ante los Juzgados y Tribunales”... Esto es, no debe haber más que un MF por jurisdicción (principio de unidad) y por consiguiente sólo uno ha de ser el órgano de que se trate... (31).

De ello desprende consecuencias, en otro lugar.

a) El carácter político de la institución: político —no explica las razones ni la amplitud de la expresión— al tiempo que se mantiene su naturaleza jurídica “porque no puede ser de otra manera un *órgano que relaciona y comunica* al Gobierno, máximo representante del Ejecutivo, con otros que no pertenecen a esta esfera, sino a la jurisdiccional y son independientes.

b) Político, pero condicionado. “Lo político suele ser discre-

(28) La cursiva es nuestra.

(29) Cfr. HERRERO TEJEDOR, *Perspectivas del Ministerio Fiscal según los principios que informan el ordenamiento jurídico español*, en RGLJ, Madrid, 1967 (T. 222), pág. 433.

Nótese que HERRERO TEJEDOR muestra hallarse muy influido por el Derecho francés, pero no se hace eco de la gravísima crítica de que se hace objeto la actual organización del Ministerio Público en la actualidad. A ésta aludiremos, infra.

(30) Cfr. HERRERO TEJEDOR, ob. cit., pág. 433.

(31) Cfr. HERRERO TEJEDOR, ob. cit., págs. 433 y s.

cional y no reglado, y aunque sometido, como las cosas humanas y más aún las que afectan al bien común, a un orden de valores morales y jurídicos, su libertad de actuación —o por lo menos— *su libre arbitrio decisorio* en las cosas que atañen al común es una característica diferencial. En este caso, el carácter político del MF tiene el valor de un ingrediente, pero se conjuga con los restantes factores y se condiciona por ellos”.

“El Gobierno, ha de mantener su *relación* con los Tribunales, sin merma ni menoscabo para su independencia: y como ésto es —en principio— antitético, busca una solución que lo haga viable y *se relaciona a través de una institución de la misma naturaleza, de idéntica vocación, de igual significación* formada por la misma clase de personas; nacida del mismo tronco y aun, en otras etapas, tan entrañablemente vinculada que sus componentes podían servir puestos indistintamente en una u otra corporación (32).”

Lamentamos no comprender al citado autor.

Por lo pronto, no nos ha explicado qué significa esa “comunicación”, sino como una “relación” del MF y el Gobierno, recíproca. (Como tampoco, y cae así en una omisión a la que estamos acostumbrados, nos dice que es esa “satisfacción”) (33). Y esta “comunicación” se efectuará a través de una “institución de carácter político” aunque condicionado, pero que es “de la misma naturaleza” que la Magistratura jurisdiccional. Tememos que se trate de explicar un fenómeno de exósmosis de lo político hacia los Tribunales, y esto no lo podemos admitir.

Esa “comunicación” —nihil novum sub Iove—, ya la hallamos en los Proyectos de Constitución y de Ley Fundamental del Poder Judicial de 1929: no es claramente compatible con la independencia del MF con respecto al Gobierno como entidad “política”, ya que, según dicho autor —párrafo transcrito— le incumbe sólo de la defensa de la Ley. Más bien incompatible.

Decía ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO criticando el último proyecto de referencia:

“Es de temer que esa independencia no pase de ser un buen deseo, expuesto a fracasar por la organización que en la ley se da al MP, que lejos de estar desligado del Gobierno, continúa siendo el medio de comunicación (34).”

Y sigue:

“La comunicación (entre el Gobierno y el Poder Judicial)..., no

(32) Cfr. HERRERO TEJEDOR, ob. cit., pág. 432.

(33) Ya nos hemos ocupado de profundizar en el sentido jurídico de esta expresión, literalmente hollada por los juristas sin preocuparse casi nunca de ella —con la honrosa excepción de los penalistas—. Cfr. FAIREN GUILLÉN, *El Proceso como satisfacción jurídica*, en Rev. Jur. Cat., oct.-dic. 1968, passim, y en publ., “in extenso”, en la Rev. Der. Proc., Madrid, y en “Temas del ordenamiento procesal”, T. I, Madrid, en prensa.

(34) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Lo que debe ser el Ministerio Público*, en “Estudios de Derecho Procesal”, Madrid, 1934, pág. 2.

tiene por qué verificarse a través del Ministerio Público, sino que debe realizarse por el departamento de Justicia. Basta con tener presente la opinión de MANZINI (en este punto poco sospechoso, por ser uno de los más exaltados defensores del Fiscal como agente del Ejecutivo) cuando afirma que “por su naturaleza, la función del MP pertenece al orden judicial, aunque no forma parte del Poder Judicial, sino del Ejecutivo, como la propia ley declara”, para comprender que al sentido jurídico y a la lógica se opone el desenvolvimiento de una función por elementos extraños a la misma, ingerencia por demás peligrosa si el intruso representa la fuerza. En otro sentido, la intervención del Ministro de Justicia, a más de suprimir un intermediario (no otra cosa viene a ser el Fiscal en este punto, como puede verse en el art. 841 de la LO, del que son copia el 16 de la adicional a la LO y el 42 del vigente Estatuto Fiscal de 21 de junio de 1926) presenta la doble ventaja de una interpretación del criterio gubernamental mucho más fiel y de una comunicación más rápida, sin que para la libertad judicial, como algunos temen, haya peligro alguno, desde el momento en que, independiente la Administración de Justicia, las garantías que la protegen quedan sustraídas a la iniciativa del Gobierno (35).”

Suscribimos casi totalmente lo dicho por ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO; esa “comunicación” es inútil y peligrosa. El MF, o es agente del Ejecutivo, o forma parte de la Magistratura —en sentido amplio— con independencia de aquél. La misma “legalidad” que según el ALOJ (Base 68-2) sujeta al MF, hace inútil tal “comunicación”, que “ab initio”, por la propia imprecisión de la palabra, hay que desestimar.

Criticando la actual organización del MF en Francia —crítica en la que diversos autores españoles, anclados en el examen de la tradición de aquel país, no han detenido su atención, intentando volver a montar en España un organismo cuyo modelo sufre ya graves ataques— se ha dicho recientemente que “confiar a un mismo oficial la guarda de dos intereses diferentes, el de la ley y el del Gobierno, conduce inevitablemente a la negación de uno o de otro. La doctrina clásica aludía al problema, declarando que estas dos calidades no se ejercen jamás simultáneamente, sino sucesivamente; el MP es funcionario en su “*parquet*” y sólo Magistrado en las audiencias” (36). Pero prácticamente, esos desdoblamientos de la personalidad son muy difíciles de llevar a cabo y no tiene por qué predominar una intervención a costa de la otra, cuando la separación presenta indudable para ambas (37). Esto es lo que propondremos. Pero con la vaga “comunicación” y mientras no tengamos una explicación pre-legal exhaustiva.

(35) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., págs. 3 y s.

(36) Cfr. RASSAT, *Le Ministère Public entre son passé et son avenir*, París, 1967, pág. 250. Ya veremos que el autor llega a una conclusión —acertada, a nuestro entender— de la que el ordenamiento español está mucho más cerca, merced a la existencia ya consagrada de un Cuerpo de Abogados del Estado.

(37) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., pág. 21.

de lo que ello significa —las de los autores vistos hasta ahora, son insuficientes y en ellas late el peligro de confusión de Magistratura y Política por la que no podemos pasar (38)—, debemos pedir que se retire íntegramente la Base 68 del ALOJ.

6. Antes de llegar a una conclusión final sobre este punto, debemos examinar los principios de “unidad y dependencia jerárquica” que campean en la Base 68 del ALOJ (5.”).

“Le Ministère Public est un et indivisible”. “He aquí una afirmación que del Derecho francés (39) ha trascendido a la legislación universal y en cierto modo a la doctrina, aspirando a convertirse en dogma jurídico, incontrovertible mientras subsista la supeditación fiscal hacia el Ejecutivo, bastante discutible cuando se separen”. Así escribía ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO (40); y la “comunicación” ya establecida por el Reglamento Orgánico y por la LOE, al sumirnos en dudas peligrosas, nos fuerza a no admitirla sin explicación para el futuro legislativo concreto español. Remedios hay para corregir rumbos.

“La unidad, en otras palabras, la subordinación no sólo jerárquica, sino funcional, tiene su razón de ser cuando se trata de intereses políticos-administrativos, pues en este punto el móvil utilitario juega papel importantísimo, y a las autoridades de dicho orden, con mayor cantidad de datos y mejor conocimiento de sus disponibilidades y recursos, toca determinar la oportunidad y forma de actuar y les afecta fundamentalmente que su representante se oriente en el sentido que estimen preferible, sin desviaciones en la línea trazada que, aún bien intencionadas, pueden pugnar con el bien público. A ello obedece el artículo 14 del Real Decreto de 16 de marzo de 1886” (41), (42). Con estas palabras, el autor ha puesto el dedo en la llaga; debe procederse a una separación de las actuales funciones del MF y basar su organización en otros principios que no sean los de “unidad y dependencia”, procedentes del Derecho francés, administrativistas, y que procede alejar; la base de estas atribuciones, se hallará en otro Cuerpo de Funcionarios.

“Indivisibilidad y unidad” son además nuevos obstáculos que se oponen a la inamovilidad; quedando la consulta para casos dudosos, la sumisión sólo debe alcanzar a lo disciplinario, pero no a lo puramente funcional; se pone al funcionario disconforme en el trance de

(38) Recordemos lo dicho, supra, y el texto de CASTÁN TOBEÑAS sobre la necesidad de escudar a los Jueces de toda influencia política, en *Poder Judicial e independencia judicial*, discurso de apertura de los Tribunales, Madrid, 1951, esp. págs. 51 y ss.

(39) Cfr., p. ej., GOYET, *Le Ministère Public en matière repressive et l'exercice de l'action publique*, París, 1939, págs. 18 y ss.

(40) Cfr. ob. cit., pág. 9.

(41) “Los Abogados del Estado, antes de plantear cualquier demanda o acción ante los Tribunales en representación del Estado y de la Hacienda, consultarán a la Dirección de lo Contencioso, a cuyas instrucciones deberán ajustarse durante el procedimiento.”

(42) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., págs. 9 y s.

escoger entre el traslado o la obediencia ciega". Confróntese el artículo 46 del Estatuto del Ministerio Fiscal (43).

Naturalmente, cuando se trata del ejercicio de la acción penal, la cuestión sube de interés, vista la posibilidad de que sea el Ejecutivo quien obstaculice al MF (44).

La tendencia actual, es la de sustituir el sistema francés, ya de crédito, por otro en el que se conserve la dependencia jerárquica, a efectos del interés científico (45), pero no con la rigidez anterior.

7. Ya en el siglo XIX se vio agudamente en España que la complejidad del MF suponía en realidad la existencia de dos figuras diferentes, a las que llamó LEÓN SERRANO "Ministerio Fiscal" y "Ministerio Público"; de otro lado, en crítica al sistema francés, penetrado en España, se proponía la creación de dos Cuerpos diferentes: uno de ellos, para velar por la administración de la Justicia, y otro, para velar por los intereses materiales del Ejecutivo o del Estado en general, ante los Tribunales (46) (47).

Esta tendencia llevó, con adelanto sobre Francia, a la creación, por el R. D. de 16 de marzo de 1886, del Cuerpo de Abogados del Estado, a los que se encomendaron la mayor parte de las atribuciones en cuanto a la defensa procesal de los intereses económicos del Estado (Fisco) (48). Y, finalmente, la nueva Ley de lo contencioso-administrativo de 1956, desliga total y acertadamente (49) al MF de esta materia, encomendando siempre la defensa de la Administración al Abogado del Estado o a los Letrados de las entidades, corporaciones e instituciones públicas (Exposición de Motivos, III a. f., arts. 34 y s. y disp. transitoria 7.^a) "llevando así a sus últimas y naturales consecuencias una división de actividades que debió haberse implantado el día mismo en que se creó el primero de los Cuerpos" (50).

El problema se plantea sobre escoger entre MF dependiente o independiente. El ALOJ ha escogido, como vimos, la "dependencia jerárquica".

(43) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., pág. 10.

(44) Cfr. el caso, estudiado, p. ej., por FERNÁNDEZ MONTES, *Acción popular: Ministerio Público*, en BIEDP, n.º 93, 1960.

(45) Cfr. RASSAT, ob. cit., pág. 253. El MP francés estaría dirigido por el Procurador General en la *Cour de Cassation*.

(46) Cfr. LEÓN SERRANO, *Nueva organización del Ministerio Fiscal y de los Tribunales*, en RGLJ, T. 47 (1875), págs. 306 y ss.

(47) Cfr. CASAS Y DEL MORAL, *Intervención del Ministerio Fiscal en los sumarios*, en RGLJ, T. 11 (1857), págs. 94 y 101.

(48) El ALOJ, en imperdonable laguna, ya acusada en la I Parte de este trabajo, no trata de los Abogados del Estado.

(49) Cfr. PERA VERDAGUER, *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-administrativo*, Barcelona, 1961, pág. 136.

(50) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Nueva Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en España*, en Bol. Inst. Der. Comp. Mex., 1958, n.º 31, pág. 93; arg. en *Ministerio Público y Abogacía del Estado*, Bol. Inst. Der. Comp. Mex., XIV (1961), n.º 40, ed. sep., passim.

Desde las mismas filas del cuerpo del MF, se critica a esta dependencia.

“Desde el punto de vista interno —se dice— la unidad fiscal, con sus secuelas necesarias de autorizar al inferior para solicitar instrucciones en cuanto lo estime necesario, la obligatoriedad de estas instrucciones y la consiguiente desaparición de la responsabilidad del que las obedece, puede producir, junto a una fácil inhibición de los asuntos por parte del inferior, una volatilización de la responsabilidad misma, sumamente peligrosa en los puestos de autoridad.”

“Todas las razones abonan en contra de la unidad fiscal y en favor de crear en su lugar un cuerpo asimilado en este sentido al judicial y por idénticos motivos por los que para éstos se ha mantenido y buscado la independencia, ya que la diferencia entre uno y otro cuerpo es puramente de alcance y no de calidad” (51) (52).

“Pero al admitir como posible, aunque no conveniente, la dependencia, hay que limitar su alcance, que en nuestro derecho como en gran parte de los extranjeros, está desorbitado por dos causas fundamentales:

1.º La sumisión total en que esta dependencia sitúa la voluntad y el convencimiento del funcionario.

2.º Por no parar la dependencia con el encabezamiento del Ministerio Público en el Fiscal del Tribunal Supremo, sino pasar de éste al Ministerio de Justicia, órgano ya por esencia exponente máximo de la Administración” (53) (54).

Para este autor “no es, pues, posible la dependencia y unidad del MF en la actual fórmula, ya que de conservarse requeriría la existencia de cuando menos una Jefatura suprema jurisdiccional e independiente que asegurase con su propia y total autonomía el cumplimiento de la Ley en todo caso y que al dirigir la actuación de los demás funcionarios fiscales no estrangulase su iniciativa” (55). Esto es, la unidad y dependencia jerárquica, excluyen al criterio de legalidad, a no ser que el MF sea por completo independiente del Ministro de Justicia; o que éste funcione *siempre* y en su *totalidad* con alcance solo legal y nunca político, lo cual no es posible por la misma naturaleza del Ejecutivo.

La solución que se da, ya la hemos visto: la “comunicación”.

El propio y actual Ministro de Justicia, ve el problema así:

“La reforma pretende estructurar el MF... de modo que, sin per-

(51) En efecto, por mucho que se quiera acercar al MF a los Jueces, siempre le faltarán a aquél en su actuación los dos momentos fundamentales de la jurisdiccional: la decisoria y la ejecutiva (cfr., p. ej., CALAMANDREI, *Istituzioni del Nuovo Processo civile*, 1.ª ed., Padua, 1943, I, págs. 53 y ss.) y —añadimos nosotros, cfr. el comentario a la Base 2.ª del ALOJ— la cautelar propiamente dicha.

(52) Cfr. IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO, *Independencia y autonomía del MF*, cit., en Rev. Der. Proc., 1967, II, pág. 135.

(53) Cfr. la situación en la actual Alemania, en el n.º 4 de este comentario.

(54) Cfr. IBÁÑEZ GARCÍA VELASCO, ob. cit., pág. 135.

(55) Cfr. IBÁÑEZ GARCÍA VELASCO, ob. cit., pág. 139.

der su naturaleza de órgano de enlace entre el Gobierno y la Jurisdicción, más que medio de control de ésta por aquél, y representante y defensor siempre de los intereses sociales, actúe con rigurosa observancia de la legalidad" (56).

La objeción que antes hizo IBAÑEZ, cobra aquí actualidad: si el MF se ajusta al criterio de legalidad, no tiene por qué enlazar, "comunicar" con el Ejecutivo, que no es quien legisla; si a esa legalidad le damos un ámbito general, de "orden jurídico", entonces, dicho "enlace" es suficiente que lo efectúe el Ministro de Justicia. Y seguimos dudando mucho del sentido —o de los varios sentidos, cfr. supra— de la palabra "comunicación", nada nueva en España con referencia al MF.

Esto es, el MF puede ser un órgano administrativo, descendiente del correspondiente al Ordenamiento francés —al que tan aficionado se muestra HERRERO TEJEDOR, mas sin hacerse eco de la moderna doctrina crítica de aquella figura en la República vecina—; o un elemento judicial, solamente dependiente de la ley. Pero ambas cosas a la vez, no puede serlo (57), so pena de incurrir en un peligroso fenómeno de "desdoblamiento de su personalidad" (58) totalmente inútil cuando la separación de dos organismos es mucho más sencilla.

"Es cierto que los intereses y fines del Ejecutivo coinciden normalmente con las prescripciones legales, pero no es imposible su disidencia, que imposibilitaría el cumplimiento de su misión al fiscal. Se impone optar por una de las dos posiciones, reestructurando a este organismo indudable y coherente: como integrante de la Administración o formando parte del todo judicial" (59).

Las contradicciones surgidas del personaje que actualmente es el MF, a tenor de su multiplicidad —anfibiológica a veces— de situaciones y posiciones, son múltiples, y múltiplemente denunciadas (60).

Otra cuestión es la de que, por defender esta independencia del MF con respecto al Ejecutivo, no dejemos a éste inerme ante la Jurisdicción, y expuestos incluso a una dictadura de la misma.

Pero la solución está siempre en la clasificación de las funciones actuales de MF y Abogados del Estado:

"Como la recta administración de justicia no debe apoyarse en la indefensión y desconocimiento de los intereses del Ejecutivo, debe reorganizarse al Cuerpo de Abogados del Estado —dice ALCALÁ-ZA-

(56) Cfr. ORIOL Y URQUIJO, *El Plan de Reforma de la Justicia y su estado actual*, Discurso de apertura de los Tribunales, Madrid, 1968, pág. 56.

(57) Cfr. IBAÑEZ GARCÍA VELASCO, ob. cit., pág. 133.

(58) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., pág. 21.

(59) Cfr. IBAÑEZ GARCÍA VELASCO, ob. cit., pág. 133.

(60) Cfr., p. ej., ZAFRA, *Posición del MF en el futuro proceso penal*, cit., págs. 761 y 767, con referencia al antagonismo de sus posturas como inspector del sumario de un lado, y la de acusador, del otro. Cfr., con ref. a lo civil, PRIETO CASTRO, *Construcción dogmática del MF en el orden civil*, en "Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal", Madrid, 1964, passim.

MORA CASTILLO (61)— confiando a éste, en el que la unidad e indivisibilidad tienen perfecta explicación, la total defensa y representación de lo administrativo, reservando la comunicación con el Poder Judicial al Ministro de Justicia, que, por no intervenir en el proceso, no puede verse, como el Fiscal, en el trance de tener que defender derechos opuestos y, para evitarlo, renunciar a la defensa de unos en beneficio inmotivado de los otros. Quedaría en esa forma limitada la actuación del Ministerio Público a lo que realmente constituye su razón de ser (nota); vigilar el cumplimiento de las disposiciones legales sobre administración de justicia, proteger jurídicamente a los indefensos y desvalidos y ejercitar la acción penal, con aquellas atribuciones secundarias que sirvan para el mejor cumplimiento de las primeras” (62).

Esto es, exactamente, lo que, una vez superada la conservadora doctrina francesa, y aparecida la crítica, se propone para dicho país: la disociación del Ministerio Público en dos Cuerpos, encargando a uno nuevo la representación del Gobierno ante los Tribunales (63). Esto es, allí se llega, sin saberlo el autor, a la conclusión de que el sistema creado en España en 1886 —Abogados del Estado— es superior al suyo propio, sin que sea necesario en nuestro país, sino desarrollarlo de modo lógico (64). Y, en este preciso momento, se quiere aquí extender la figura del MP francés, que bastantes complicaciones nos produce por sus defectos constitutivos.

La idea de la distribución de las actuales atribuciones —por confiarle sendas funciones— al MF entre dos Cuerpos diferentes, ya lanzada en 1886, ha prendido, como vemos en la doctrina española desde hace muchos lustros. Actualmente, IBÁÑEZ y ZAFRA vuelven a ponerla sobre la mesa. Así, resumiendo, se propone esta disyuntiva:

A) O el MF es un órgano jerarquizado dentro de la Administración estatal.

B) O defiende solo y depende solo de la Ley (65).

Esta disyuntiva se explica por el cúmulo de tareas que al MF le están encomendadas.

a) Funciones de dictamen, informe, control de la legalidad y fomento de la jurisprudencia (66).

(61) Cfr. ob. cit., pág. 6; también, arg. en *MP y Abogacía del Estado*, cit., *passim*.

(62) Dice en nota: “Merece un sincero elogio el artículo 5.º del R. D. de 16 de marzo de 1886, que, con visión clara de lo que la institución es, precisa sus atribuciones en forma análoga a la que recogemos. Dice así: “La representación y defensa de la Hacienda ante los Tribunales, a que se contrae el artículo anterior, estará a cargo de los Abogados del Estado; esto no obstante, el MF continuará desempeñando las funciones que le son peculiares en las causas criminales, y continuará con la representación y defensa especiales que hoy le corresponden en los juicios civiles que interesen a personas inciertas, ausentes, menores e incapacitadas, así como en todos los demás en que deba intervenir como representante de la Ley”.

(63) Cfr. RASSAT, ob. cit., págs. 252 y ss., y esp. 257 y ss.

(64) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., pág. 6.

(65) Cfr. IBÁÑEZ GARCÍA VELASCO, ob. cit., pág. 133.

(66) Cfr. ZAFRA, ob. cit., pág. 760.

b) La persecución de los delitos en el orden penal y de determinados intereses (de menores, incapacitados, etc.) en el orden civil. Cabría también que intervenga en el proceso laboral.

Pero por encima de estos problemas, tenemos al MF como representante del Ejecutivo —sin que la vaga expresión “comunicador” resuelva dudas.

Por todo ello, estimamos que la solución del problema está en la creación de dos Cuerpos diferentes:

1.º Encomendando a uno de ellos la total defensa y representación del Estado en lo administrativo —en sentido amplio—; éste podría ser el Cuerpo a denominar de Abogados del Estado —a los que deja en laguna el ALOJ, como si no existieran cerca de la Jurisdicción—; previa reforma fundamental del Cuerpo actual —que es más bien el “Fiscal” por excelencia— ampliando sus horizontes y atrayendo una serie de las labores que ahora se entregan al MF. Los principios de unidad e indivisibilidad deberían regirlo. (Dependencia jerárquica rígida hasta la cumbre de la Administración ejecutiva.)

2.º Otro Cuerpo —con su base en el actual MF— basado en el estricto principio de legalidad, independencia personal y jerarquía solamente bajo el Fiscal del Supremo —o Fiscal General del Reino, como quiere el ALOJ—, pero limitada esta jerarquía a dar directrices científicas y técnicas no vinculantes, de un lado, y a regir su gobierno —gubernativamente, como en el caso de los jueces y tribunales— del otro.

Se puede pensar en dividir a este Cuerpo en dos Secciones o Divisiones: una de ellas con funciones dictaminadoras e informadoras, etcétera, y otra, encargada de promover la defensa de la sociedad en el proceso penal —acción penal— y en los demás procesos, como parte “imparcial”, igualmente, defensa de incapacitados, etc. O bien en Secciones afectas a cada uno de los órdenes judiciales.

Este Cuerpo es el que estaría más cerca de la Judicatura —de la Magistratura, si ello se quiere, aunque el nombre es inútilmente abstracto.

Para ello, es preciso abandonar el modelo francés, y no adherirse a él cuando en su propia patria, pese al tradicionalismo de más de un siglo, se ha abierto una brecha doctrinal a través de la cual se perciben claramente sus incoherencias y defectos básicos; y no corregirlos y aumentarlos para nosotros en el futuro Ordenamiento.

Con ello, la “comunicación” en cualquiera de sus acepciones —de superior gubernamental a inferior fiscal— habría que suponer —si no se quiere que esté vacía de contenido— pasa a ser superfetatoria; cuando se trate de los que llamaremos Abogados del Estado, porque hay dirección gubernamental directa; en los segundos, porque lo que el Gobierno quiera comunicar, puede hacerlo perfectamente a través de sus propios organismos y al nuestro, protegido, como la judicatura, por la independencia en sus funciones.

8. ¿Cuál sería la posición de este futuro MF, ya descargado de su dependencia —absoluta o relativa— del Ejecutivo?

“Una Magistratura autónoma”, se ha dicho (67); un “auxilio del Juez” (68). Y en todo caso, perteneciente a la Jurisdicción, como se reconoce incluso por el Ministro de Justicia actual —aunque se comete el error de pretender encuadrarlo como organismo jurisdiccional sin desmontarlo previamente en sus heterogéneas piezas (69)—; está bien denominarlo “órgano al servicio de la Justicia”. Pero no directa o indirectamente, del Ejecutivo, a cuyo servicio —claro, terminante, sin utilización de expresiones dudosas— quedaría el otro Cuerpo, al cual muy bien se podría encargar la instrucción de determinados asuntos criminales (70), pero diferenciándolo netamente del “Ministerio Público” o “Promotor de la Justicia” encargado de acusar.

Es evidente que esta concepción del MF ocasionará dificultades (71); mas estimamos que se podrán resolver doctrinal y prácticamente con mayor facilidad que si lo consideramos como una nebulosa compleja, como actualmente nos lo describe su Estatuto en vigor.

Ahora bien, la función del MF nunca se podrá confundir con la del Juez o Tribunal; le faltarán siempre las dos notas características de la actuación jurisdiccional. No podrá “declarar” derecho ni “eje-

(67) Cfr. IBÁÑEZ GARCÍA VELASCO, *ob. cit.*, pág. 120.

(68) Cfr. PRIETO CASTRO, *ob. cit.*, págs. 70 y ss.

(69) Dice ORIOL Y URQUIJO: “Su posición en el proceso depende de la concepción política que predomine en éste. Si se considera necesario, o al menos conveniente, que el Poder Ejecutivo tenga un representante o agente cerca de la Magistratura para controlar en cierto modo la actividad de ésta, el Fiscal tendrá ese carácter. Por el contrario, si se entiende que no es necesario este control, la función del MP no sale de la órbita jurisdiccional, siendo solamente uno de los elementos del proceso, y se estructurará como órgano perteneciente a la Jurisdicción independiente del Poder Ejecutivo, con funciones perfectamente definidas, en las que su actuar responde al principio de legalidad. Paralelamente a estas dos concepciones, si concebimos el *ius puniendi* como facultad del Estado, integrado en el Poder Ejecutivo, si bien sometida a la jurisdicción a quien corresponde la función de juzgar, la función requirente o de solicitud (esto sufre de indudable influencia italiana, intercalamos nosotros) que lleva a cabo el MP corresponde a un poder distinto de aquel a quien se asigna la función decisoria o de juzgar. Pero si, por el contrario, entendemos que el *ius puniendi* corresponde al Estado como Jurisdicción, la consecuencia será distinta: la función requirente se encargará a un órgano de la jurisdicción y la de decidir a otro órgano distinto, pero igualmente perteneciente a la Jurisdicción”. (Cfr. *El plan de reforma de la Justicia*, cit., págs. 55 y s.)

Hic sunt leones. Se habla de “encargar”, pero es muy diferente un “encargo” dado a un juez en virtud de su oficio y nombramiento legales e independientes *ope legis* que “encargar” al MF que “requiera”. Este segundo “requerimiento” puede ser consecuencia de una orden “comunicada”, por el Ejecutivo, lo cual no cabe en el caso de los jueces, y menos aún que esa “comunicación” en tal sentido esté prevista por una ley, que destruiría la independencia judicial.

(70) Cfr. FAIREN GUILLÉN, *Presente y futuro del proceso penal español*, Valencia, 1967, esp. págs. 79 y ss. y 83 y ss.

(71) Cfr., p. ej., GÓMEZ ORBANEJA, *La irrecusabilidad del MF*, en *Rev. Der. Proc.*, Madrid, 1949-4, págs. 609 y ss.

cutarlo". Por ello, el designarlo como "Magistratura" puede ser avocado a confusiones.

9. El problema de la amovilidad o inamovilidad de los individuos del MF que el ALOJ deja en la oscuridad en la Base 68-9 y 10, se resolvería con la aparición de los dos Cuerpos indicados. El MF dependiente del Ejecutivo, amovible —dentro de determinados límites y garantías propios de todo funcionario—; el MF independiente, inamovible (72) —lo cual no debe confundirse con que pueda ser itinerante, esto es, trasladarse en el cumplimiento de su cometido, y en especial en fuerza a las circunstancias que concurren en la persecución penal.

10. Partiendo de nuestras ideas, en la Base 68, vemos una serie de competencias del MF mezcladas, producto de la confusión ya apreciada. Comentaremos infra, la de "velar por la legalidad de la actividad jurisdiccional" —MF independiente—; el "sostener la integridad de las atribuciones y competencia de los órganos de justicia" de un lado, y el "intervenir con su dictamen", suponen dos actividades diferentes a separar (73).

"La defensa de las garantías penales y procesales de la persona" —muy acertado— supone el dotar al ordenamiento español de su más potente medio, hoy yacente en su historia jurídica; al proceso de manifestación de personas en lo criminal —cfr. el Capítulo IV, Parte I, de este trabajo—. Exactamente es el MF la entidad mejor cualificada y apostada para promoverlo contra quien ataque o persiga injustamente. Nada dice HERRERO sobre este fundamental medio de defensa de los derechos públicos subjetivos (Cfr. Cap. IV, Parte I, de este trabajo).

"El promover las acciones necesarias" (pretensiones, diríamos nosotros) —en lo cual parece ocultarse la "acción penal" (n.º 3, 4.º) y "dirigir la averiguación de los delitos e instar lo procedente para el restablecimiento del orden jurídico perturbado y la satisfacción del daño producido" (74), supone otra mezcla de esferas diferentes; la de investigar y la de acusar —sin contar el "inspeccionar los sumarios" del art. 306 LECrim— que bien podían también diferenciarse entre secciones de los Cuerpos a crear, con lo que, además, podría resolverse una serie de problemas que hoy día se plantean en torno al procesamiento —juicio de inculpación— y al sobreseimiento (75).

(72) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., págs. 5 y s. Cfr. también, en favor de la inamovilidad, JIMÉNEZ ASENJO, *La independencia de la Justicia*, en Rev. Der. Proc., Madrid, 1950, pág. 450.

(73) Cfr., p. ej., PRIETO CASTRO, ob. cit., págs. 60 y ss.

(74) Defectuoso empleo de la expresión "satisfacción" otra vez. En este caso se hace referencia a una de sus especies: a la satisfacción civil unida —como podía ir procesalmente separada— de la penal. (Cfr. FAIREN GUILLÉN, *El proceso como satisfacción jurídica*, en Rev. Jur. Cat., oct.-dic. 1968, passim y otros lug. citos.)

(75) Cfr. FAIREN GUILLÉN, *Presente y futuro*, cit., págs. 32 y ss.

Estamos conformes con el núm. 6 ("ostentar la defensa", etc.); el núm. 7, es una cláusula general, y como tal, peligrosa y recusable.

Comentados los núms. 4 y 5 de la Base, el n.º 6 ("órganos del MF") supone, en todo caso, la reforma total, ya que se tratará de dos Cuerpos, los dos cuales, deberán hallarse en la misma LO, pero separados. Las fiscalías de los Tribunales inferiores, deben excluir a las de "Distrito", ya que estimamos que estos tribunales no deben aparecer —Cfr., el comentario a la Base 11.ª.

En el n.º 7, en donde aparece el "gobierno" del MF, ha de procederse a la transformación ya indicada; el gobierno del futuro Cuerpo dependiente del Ejecutivo, dependerá de éste y no del Fiscal General.

Se trata del Consejo Fiscal. Nada se indica sobre su composición. Pero en cuanto a sus atribuciones, las hay que —aunque hayamos propuesto también implícitamente su reforma— afectan directamente a la formación de la Magistratura: según la Base 52-3 le correspondería confeccionar relaciones de miembros de la Carrera Fiscal al fin de proveer plazas de Magistrado vacantes en el Tribunal Supremo. Por ello, debe indicarse en el ALOJ —lo mismo que se hace con el Consejo Judicial— cuál será la formación y atribuciones de dicho Consejo.

"9. Los fiscales, investidos de autoridad individual y corporativa..." Precisa que se exprese a quien representa en cada caso el MF.

De otro lado, "los funcionarios fiscales" deben ser considerados "como autoridad en todas partes, dentro del territorio de su jurisdicción, excepto en los estrados del Tribunal con respecto a los abogados o a las partes, pues en tal situación todos quedan igualmente sometidos a la autoridad disciplinaria del Juez y Presidente" (OSSORIO Y GALLARDO).

11. La Base 68, en su núm. 10, establece un "intercambio" entre Fiscales y Jueces a los efectos de "provisión de vacantes de Fiscales Generales del Tribunal Supremo y el ascenso por el turno de oposición de Abogado Fiscal a Fiscal"; y la contrapartida se halla en las Bases 52 a 55 del ALOJ.

Expresamos nuestra opinión de que, por razones de especialización, sólo puede admitirse este fenómeno en los escalones superiores de las carreras de la magistratura y fiscal; y mejor que por el hecho de haber ascendido en ellas, por el de mostrar ser juristas destacados; esto es, por la misma razón por la que podrían entrar en la Magistratura superior los Catedráticos de Derecho y los Abogados en ejercicio. Idéntica prudencia debe regir para el trasplante de miembros de la Carrera Judicial a la Fiscal y recíprocamente.

12. La Base 68 del ALOJ, de enfoque, a nuestro juicio, erróneo, a través de sus cláusulas generales, nos lleva a sentir como se desea para el futuro una ampliación general de las facultades de MF, pero sin corregir previamente el defecto básico de su actual organización

española —y de la francesa, su modelo— esto es, una buena clasificación de estas facultades, y su atribución a entidades diferentes, claramente construidas en el campo general de lo jurisdiccional en especial y de lo orgánico en general. A ello responde la crítica que nos hemos visto precisados a hacer.

Aquella es la posición defendida actualmente, en publicación particular, por quien detenta la Fiscalía del Tribunal Supremo. Por lo que interesa de sobremanera, por lo que su exposición hubiera podido influir en la redacción de la Base, y por lo que en el futuro pudiera influir —lo más racional es pensar así— tratar de ella aunque sea muy someramente.

Dice este autor, al tratar de la “defensa de la legalidad en el recurso de casación”:

“Ningún asunto sobre el que los tribunales actúen y decidan debe ser ajeno al MF. En todos ellos pueden plantearse, y de hecho se plantean, cuestiones que afectan a las funciones del Ministerio Fiscal: intereses públicos tutelados por la ley, en algunos casos; existencia de un interés social prevalente, en más ocasiones, y en casi todas ellas, la necesidad de velar por el orden jurídico en materia de procedimiento, en materia de competencia, en cuanto pueda existir la posibilidad de interponer el recurso en interés de la ley...”

“Claro que ello implica dar al MF otra versión diferente (76) y también modificar las leyes procesales, aunque a este fin bastaría introducir en ellas algunos preceptos de carácter general (77).”

Que la tónica que se sigue es ampliatoria de las facultades del MF, lo demuestra el hecho de que en el APP se hayan incrementado notablemente sus atribuciones, llegando incluso a atentarse contra la igualdad de las partes necesaria al proceso acusatorio (78) y atribuyéndole monopolios tan abusivos como el de promover las cuestiones de estado civil y condición de las personas —prejudicialmente, Base 5.^a—, o de promover la petición de la extradición (lo cual se conserva en el ALOJ, Base 7.^a (79) (80). Se ha pretendido identificar esta

(76) Por ahí debe comenzarse, y desde la base. Cfr. supra.

(77) Cfr. HERRERO TEJEDOR, *Perspectivas del MF...*, cit., págs. 442 y s.

(78) Conclusión II-7.^a de los profesores de Derecho Procesal (Valladolid, mayo de 1967): “Se advierte con inquietud la vinculación que la Ley (de 8 de abril de 1967) impone al Juez a determinadas peticiones del MF sobre puntos fundamentales del proceso, frente a la libertad de decisión que le concede respecto de las formuladas con igual alcance por las demás partes, lo que, al propio tiempo, entraña un desequilibrio entre ellas”.

(79) Cfr. el Informe de la Universidad de Valencia, por FAIREN GUILLÉN, *Presente y futuro*, cit., págs. 25 y 27, y com. a la Base 7.^a del ALOJ.

(80) Examinando los *Resúmenes* de los Informes de Corporaciones y Universidades, publ. por el Ministerio de Justicia en sus “Cuadernos Informativos” —y aunque no respondamos de su compleción y exactitud, cfr. lo dicho en nota 19, cap. III, Parte I, sobre las graves inexactitudes que se han cometido con respecto a los *Informes* de la Universidad de Valencia—, resulta que aparte la propia oposición de esta Universidad (cfr. FAIREN GUILLÉN, *Presente y futuro*, passim.), a las ampliaciones de la Base 5.^a, se oponen la Universidad de Valladolid y el Consejo General de la Abogacía; a la 7.^a, los mismos;

ampliación de facultades del MF con la línea expuesta por HERRERO TEJEDOR (81) que no somos los únicos en no compartir.

A) Volvamos a la Base 68, en relación con las ideas de HERRERO TEJEDOR:

N.º 3-1.º “Velar por la legalidad de la actividad jurisdiccional... reclamando su observancia...”, y n.º 3-2.º “Sostener la integridad de las atribuciones y competencias de los órganos de la justicia...”.

Prevé dicho autor entre otras cosas, “un cambio radical de la posición del MF en el proceso para hacer posible la eficacia de su función de vigilancia del procedimiento y de la puesta en marcha de la función disciplinaria” (82).

Entendemos, y se ha dicho, con razón, que esta función es prerrogativa común a todas las partes litigantes; para ello existe todo un sistema de recursos; y se halla el artículo 101 de la LECrim; y en la posibilidad de exigir responsabilidad civil y criminal a los jueces.

De otro lado, sin ignorar la preocupación del autor —legítima, que compartimos con prudencia— de hacer al MF, el campeón desinteresado de esta postura—, la función de velar por el cumplimiento de las leyes, por la pureza del procedimiento, es precisamente una función judicial —la más soberana—. Si la expresión de la Base 68-3-1.º y 2.º puede servir para crear monopolios a favor del MF —como los ya ejemplificados, en el APP— pedimos su retirada; parece que se ignora que antes que MF hay jueces.

“Y, aunque parezca extraño, en lo penal... la posición del MF... adolece, sin embargo, de concepción raquítica, y sigue influido, de una parte, consideraciones procesalistas, y de otra, por ciertas desconfianzas sobre el sistema acusatorio.”

Sin pretender entrar en polémica —y menos en este momento— con dicho autor, resulta que estas “consideraciones procesalistas” aludidas despectivamente, son básicas si se ha de considerar al MF como una pieza —muy importante, pero una pieza— del proceso; si de lo que se trata, es de alejarlo de la idea ritmada y reglada de un proceso de tal modo que intervenga —o no intervenga— discrecionalmente, de modo “administrativo”, lo que se pretende es..., lo que ya se pretendió en cierta malhadada época y país; convertir o al menos, acercar el proceso civil a la jurisdicción voluntaria; o transformarlo en puro expediente administrativo en el que el director no sea un juez (83) in-

a la 16, la Universidad de Valladolid —y la de Valencia—; a la 17, la de Valladolid; a la 18, la misma y Valencia y el Consejo General citado; a la 19, Valencia; a la 33, el Consejo General de la Abogacía; a la 35, las Universidades de Valladolid y Valencia; a la 38, el Consejo General de la Abogacía; a la 48, el mismo.

Lo cual demuestra la amplitud del movimiento frente al incremento de las atribuciones del MF.

(81) Informe de la Universidad de Valladolid, según los “Cuadernos Informativos” cit., núm. 5, págs. 27 y ss. y esp. 31.

(82) Cfr. HERRERO TEJEDOR, ob. cit., pág. 446.

(83) Para quien no quiera —o no pueda— molestarse en acudir a la bibliografía alemana de la época nacional-socialista, que hemos citado en otra obra

dependiente (84). Esperemos que nos hemos engañado al leer estas despectivas palabras sobre "consideraciones procesalistas" que nada menos entrañan la esencia de la mayor garantía de los derechos subjetivos.

Este ataque mortal que se dirige al MF como persona integrante del complejo armónico del proceso, se acompaña de otro: las "ciertas desconfianzas que persisten sobre el sistema acusatorio".

Si con ello se hace referencia a calificar de manifestación del principio inquisitivo el hecho de que la función instructora del proceso penal confíe al mismo encargado después, de sentenciar; y al de que el mismo esté vinculado a peticiones de un acusador —del MF—, sí, tenemos desconfianza; o mejor dicho, deseamos que desaparezcan los restos de tal principio. Y no hacemos excepción en la doctrina (85).

Completa el autor a que nos referimos sus anhelos en cuanto al futuro del MF, así:

3.º "Ampliación de su intervención en algunas materias donde aún es incompleta: recusaciones, cumplimiento de sentencias y acuerdos gubernativos, atribuciones en materia de investigación criminal, facultades para la adopción de medidas precautorias (hoy tiene menos

(cfr. FAIREN GUILLÉN, *Presente y futuro*, cit., págs. 35 y s.), la mejor referencia es la de PRIETO CASTRO, *Revisión de los conceptos básicos de Derecho procesal*, escrito en 1943, en "Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil", II (Madrid, 1950), págs. 655 y ss. y esp. 670 y ss.

(84) Cfr., por todos, PRIETO CASTRO, ob. cit. últ., pág. 669, y bibl. cit. en nota n.º 22; págs. 670 y ss. y bibl. cit. Cfr. también SCHWARTZ, *Richter und Staatsanwalt*, en ZAK, cuad. 23, 1.º diciembre 1942, págs. 337 y ss.

(85) Conclusión II-2.ª adoptada en la III Jornada de Profesores de Derecho Procesal (Valladolid, 1967) y con referencia a la Ley de 8 de abril 1967, que reformaba a la LECrim:

"Se considera acertado (y responde a criterios sostenidos en las I Jornadas celebradas en Sevilla en 1965) la instauración de un proceso penal con órgano decisorio unipersonal, pero el establecido no deja a salvo la exigencia de que los materiales de la causa sean aportados por órganos distintos del juzgador, como consecuencia de la plena vigencia del principio acusatorio. De otra parte, se pone de manifiesto que tal innovación debería venir precedida de una reforma del Código penal, en la que se introdujese una tipificación que permitiera determinar la competencia objetiva y la idoneidad del procedimiento en atención a la tipología y no a la entidad de la sanción".

Cfr. Conclusión II-7.ª de esta Jornada, en la nota 282, supra, de este capítulo.

Firmado: SERRANO SUÁREZ (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo); GÓMEZ ORBANEJA (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid); PRIETO CASTRO (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Madrid); GUTIÉRREZ ALVIZ (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla); FAIREN GUILLÉN (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia); MIGUEL ALONSO (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca); MORÓN PALOMINO (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Granada); CARRERAS LLANSA (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra) y Profesores adjuntos asistentes.

Cfr. también, p. ej., IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO, *Independencia y autonomía del MF*, cit., en Rev. Der. Proc., 1967-II, págs. 114 y s. y III, pág. 82; ZAFRA, *Posición del MF*, cit., págs. 64 y ss.

Cfr. también FAIREN GUILLÉN, *Presente y futuro*, cit., nota n.º 54 y la bibl. cit.

atribuciones que la Policía), propuesta de medidas con carácter vinculante para el juez, participación más activa y directa en la instrucción, intervención en el procedimiento laboral, y en ciertos aspectos, del contencioso-administrativo, etc.” (86).

Con lo expuesto, basta para hacerse una idea de esta tendencia en cuanto al futuro del MF en España: “desprocesalizarlo” —luego extraerlo de la Jurisdicción—; aproximarle aún más a la Administración —cita de modo sugestivo de un elenco de “intervenciones del MF de naturaleza cuasi-administrativa” procedentes del Derecho francés, pero sin hacerse cargo de la moderna crítica dirigida contra esta figura (87)—; opinión muy singular sobre el sistema acusatorio —que nos vuelve al inquisitivo—. Todo ello —y sin perjuicio de tornar al tema con menos premura y en nombre propio— es suficiente para concluir que, si es éste el espíritu que informa a la Base 68 del ALOJ —y que ya se mostró en el APP— debe ser retirada: y antes de nada, proveer a reorganizar al MF sobre bases totalmente distintas, pero no tornar gigantesca una figura que hoy día tiene defectos constitutivos.

13. Dice la Base 68: “El MF... tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la Ley...”.

Se ha dicho sobre este texto que “la declaración considerada en toda su extensión, puede resultar excesiva. Ya entendamos por interés público el interés general o el interés del Estado, lo cierto es que no incumbe solamente al MF la defensa de los distintos aspectos de este interés” (88). Si parecía llegado el momento de reducir la expresión a sus justos límites, no se ha hecho, dejando así subsistente en principio todo el peligro de su propia indeterminación, a cuyo amparo se pretende poner una verdadera masa de intereses (89), frente a lo cual se dice acertadamente:

“... es difícil saber cuando tal interés se halla implicado en un negocio y menos fácil es todavía precisar cuáles son los asuntos en que el mismo no exista; prácticamente, puesto que en el proceso se trata de realizar el derecho objetivo, que es una función del Estado, si no se fijan casuísticamente los casos, podría llegarse a admitir que ese

(86) Cfr. HERRERO TEJEDOR, ob. cit., pág. 447.

(87) Cfr. HERRERO TEJEDOR, ob. cit., págs. 447 y ss. Se trata de un elenco tomado de obras francesas.

(88) Cfr. HERRERO TEJEDOR, ob. cit., pág. 450.

(89) Cfr. la enorme extensión que da al campo del “interés público” el mismo autor, ob. cit., págs. 450 y s., con matices muy curiosos; p. ej., cuando defiere al mismo “el amparo de los derechos de la persona, de la familia, de la sociedad”, no trata de una de las más fuertes garantías del primero, esto es, del “habeas corpus” o manifestación, que cuadraría precisamente muy bien al MF como actor; sin embargo, vemos una inadmisibile ingerencia del MF —del Estado— en asuntos de la familia si se admite que las cuestiones de estado civil sólo puedan ser planteadas prejudicialmente por él (Base 5.^a del APP, y opuesto a ella, FAIREN GUILLÉN, *Presente y futuro*, cit., pág. 25).

interés se da en todos los negocios, con la consecuencia de una intervención ilimitada del MF... Históricamente, por ésto, inspiró una desconfianza que hoy no podemos olvidar, sino que antes bien es nuestro deber la recordación de que no hace falta un Estado autoritario para imaginar todos los posibles contenidos egoístas que pueden atribuirse a la cláusula abierta del "interés público"... La solución de este problema... sólo puede hallarse en un sistema legislativo que precise caso por caso" (90). Por este sistema y no por otro nos inclinamos, frente a una cláusula abierta que podría conducirnos a un nuevo combate contra los derechos subjetivos.

14. El futuro MF —como el actual, art. 1.º del Estatuto vigente— deberá "procurar ante los Tribunales... la satisfacción del interés social".

Se tropieza, desde el comienzo, con la dificultad para diferenciar este concepto (91), y las opiniones son muy diversas en cuanto a la intensidad de la intervención del MF en tal campo (92); desde luego, es preciso centrar bajo éste una serie de funciones hoy día confiadas a diferentes organismos (93); pero debemos reducir esta intervención, en todo caso, al principio de legalidad (94) cuya clave, como vimos, se halla en una total reorganización de la institución.

15. En cuanto al MF como defensor de los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos, confróntese lo que se dijo en el capítulo IV, parte I, de este trabajo sobre la necesidad de reintroducir en nuestro Ordenamiento procesal el cautelar de manifestación de personas; es el MF la entidad por antonomasia legitimada para promoverlo; con lo cual, no se haría sino dar un nuevo y fácil vehículo a la atribución del número 8.º, artículo 2 de su actual Estatuto ("investigar con la mayor diligencia las detenciones arbitrarias que se efectúen y promover su castigo").

(90) Cfr. PRIETO CASTRO, *Construcción dogmática del MF*, cit., págs. 54 y s.

(91) Cfr., p. ej., HERRERO TEJEDOR, ob. cit., págs. 565 y ss., y confróntese, p. ej., con la opinión de HERNÁNDEZ LÓPEZ, MARTÍNEZ HERNÁNDEZ y ZABALA MENDIZÁBAL en *Limitaciones al principio dispositivo en el proceso laboral*, en "Actas del III Congreso Nacional de la Abogacía" (Valencia, 1954) (T. "Temas libres"), págs. 314 y ss.; la Ponencia de REOL, MENÉNDEZ PIDAL y ROMAY al II Congreso Nacional de Derecho Procesal (Madrid, 1954), se limitaba a pretender que el MF velase por la pureza del procedimiento de trabajo; el Congreso fue más allá, concluyendo por abogar "por una mayor intervención del MF en el proceso laboral" (Conclusión V de la Comisión corresp.).

(92) Cfr. las opiniones de los autores citados en nota anterior, ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., pág. 7; CEREZO, *El Fiscal como defensor del interés social*, en RGLJ, 1965-1, págs. 65 y ss. Muy interesantes las funciones de ciertos Promotores sociales, propugnados por el II Congreso Nacional de Trabajadores, a fin de sustituir al MF. (Cfr. CEREZO, ob. cit., pág. 73.)

(93) Se refiere CEREZO ABAD al Instituto Nacional de Previsión y al curiosísimo papel desempeñado por el Ministerio de Obras Públicas, según el artículo 140 del Decreto de Proced. Laboral vigente (pág. 94).

(94) Cfr. PRIETO CASTRO, ob. últ. cit., págs. 73 y s.

16. Los números 4.º y 5.º de la Base 68 son muy amplios; en el APC, solo saltuariamente aparece citado el MF (por ejemplo, en la Base 50) y se fija en una especie de “proceso especial por razones jurídico-materiales” —el que verse sobre “derechos de las personas”, Base 76— en el que hace “necesaria la intervención del MF”; en otro lugar criticamos la impostación de este tipo, pidiendo la creación de un tipo procesal inquisitivo, al lado de los dispositivos, en el Libro II del futuro Código procesal civil, y no discutiendo en absoluto la necesidad de que “intervenga” el MF (95); es en ese lugar, y en el —también inexistente en el APC— proceso para el reconocimiento de sentencias extranjeras, en el que igualmente debe intervenir el MF en todo caso (96).

En algunas Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo, hallamos acertadas sugerencias sobre la necesidad de sistematizar la actuación del MF en lo civil, y HERRERO TEJEDOR mismo, hace una exposición pero en términos de generalidad que no podrían ser aplicados (97); nos ha interesado de sobremanera la sugerencia de que el MF actúe intensamente como defensor en la lucha contra el fraude procesal (98); he aquí un campo poco explorado y que precisa de gran atención.

Precisa sistematizar la actuación del MF en lo civil (99) y frente a tentaciones de ensanchar excesivamente su intervención, recordar que “la actitud del jurista en presencia del fenómeno es el mayor cuidado para las conversiones del Derecho voluntario en Derecho necesario, con sus correspondientes transformaciones del proceso dominado por el poder dispositivo de las partes en el que ya se está llamando proceso civil inquisitorio. Actitud, al menos por ahora, expectante, dado que está por saber si siempre esta metamorfosis es conveniente al normal desarrollo del tráfico jurídico y económico y fomenta la prosperidad de los pueblos. También así en lo que está reservado al MF. Cuerpo de juristas. Magistratura postulante, al servicio del fin immanente del Derecho y no de finalidades que no encajan en una sana conciencia jurídica” (100).

Aquí el disparo está claramente dirigido contra una tendencia a amplificar excesivamente la intervención del MF en el proceso civil, al estilo del de la Ley del MF de 15 de julio de 1941, que en nombre de la comunidad popular (*Volksgemeinschaft*) hacía intervenir a un potente MP, maquinaria gubernativa, en los procesos civiles, llegando hasta el ataque a la cosa juzgada: politificación nefasta de los *Rechts-*

(95) Cfr. FAIREN GUILLÉN, *Sugerencias*, cit., págs. 56 y ss. y 67.

(96) Cfr. FAIREN GUILLÉN, ob. cit., págs. 59 y 67.

(97) Cfr. HERRERO TEJEDOR, ob. cit., pág. 464.

(98) Cfr. la *Memoria* de la Fiscalía del TS correspondiente a 1967-68; el Fiscal de Alicante, pág. 173; también, PRIETO CASTRO, al referirse a la necesaria intervención del MF en el campo de la jurisdicción voluntaria. (Cfr. ob. cit., págs. 7 y s.)

(99) Cfr. PRIETO CASTRO, ob. cit., passim; los anhelos de diversos fiscales en la “*Memoria*” de 1968.

(100) Cfr. PRIETO CASTRO, ob. cit., pág. 72.

streiten —los nazis habían hecho desaparecer el nombre de “proceso”, hecho muy indiciario—, en la que el *Deus ex machina* del poder político era el propio MP (101). La misma *Staatsanwaltschaft* alemana consciente de que esta ley era un terrible enemigo de la seguridad jurídica, se resistió a admitirla. Y se derrumbó con la catástrofe a que ese siniestro poder político había empujado al pueblo alemán (derogada en varios Länder, la Ley de Unificación de 1950 la abrogó totalmente).

No estamos dispuestos a transformarnos en Nibelungos, pues no nos tientan Oros falsos; y si lo estamos a oponernos siempre razonadamente a cualquier tendencia de este tipo, venga más o menos oculta en su presentación.

17. En cuanto al MF en el proceso penal, he ahí el gran problema; la ordenación de sus facultades, es totalmente necesaria, y las quejas contra el actual desorden, son justificadas (102).

Se hace sentir una clara tendencia en favor de que sea el MF quien dirija la instrucción como preparatoria del juicio (103); pero el APP, posiblemente influido por la Ley de 8 de abril de 1967, desarrolla la “instrucción” proyectada, de modo muy confuso; tanto, que la Universidad de Valencia pidió en su momento, que esta parte del A., fuera reestructurada de nuevo (104).

Si la instrucción penal se encomienda al MF —en lo que estamos conformes— debe hacerse sobre la base de que en ningún momento vinculen sus peticiones al órgano juzgador —he ahí el máximo peligro de tornar a lo inquisitivo—; ahora bien, y aunque no deba entrarse aquí en el vidrioso problema de “el fiscal parte o no parte” y “el imputado, parte o no parte”, el desequilibrio natural de fuerzas entre uno y otro (105) supone la necesidad de constituir al MF con garantías; para lo cual, la fundamental, será la de su independencia con respecto al Ejecutivo, tal como se propuso; sin perjuicio de que un “abogado” sometido jerárquicamente a éste —el otro Cuerpo de que hablamos— pueda también intervenir.

Pero no solo eso; precisa estudiar el medio de proveer al inculgado —que no siempre coincide con el culpable— de medios de preparar su defensa, en un justo medio que le impida rehuir las consecuencias de sus actos; esto es, no dando paso a sus posibles abusos. Por lo cual, aunque la instrucción se confíe al MF como investigador

(101) Cfr. sobre ella, p. ej., el mismo PRIETO CASTRO, ob. cit., págs. 20 y s. y 72.

(102) Cfr., p. ej., ZAFRA, ob. cit., págs. 48 y ss. y 67 y ss.; IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO, en ob. cit., Rev. Der. Proc., 1967-III, págs. 81 y ss.

(103) Cfr., p. ej., DE MIGUEL GARCILÓPEZ, *El Fiscal en el proceso penal*, Ponencia al I Congreso Nacional de Derecho Procesal, Madrid, 1950, “Actas”, págs. 177 y ss.; SANTORO ALONSO, comunicación sobre el mismo tema en el mismo Congreso, “Actas” cit., págs. 207 y s.; ZAFRA, ob. cit., págs. 70 y ss.; IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO, ob. cit. (III), págs. 81 y ss.

(104) Cfr. FAIREN GUILLÉN, *Presente y futuro*, cit., págs. 79 y ss.

(105) A este desequilibrio natural se refiere acertadamente ZAFRA, ob. cit., esp. págs. 104 y ss. Confróntese también ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., págs. 14 y s.

—esto es, como forzosamente inclinado a favorecer los resultados de su propio trabajo, el más difícil, y por ello susceptible de “ser arrasado a una supervaloración de los resultados de la investigación” (106)—, estimamos que toda labor, en general, debe esta sujeta a un juez por medio de un sistema de recursos o actuaciones, entre las que la manifestación —que no tiene por qué consistir forzosamente en poner en libertad al inculpado— es el más adecuado.

Delineada así la actividad instructoria del MF, no habría inconveniente en que el mismo Juez —activo en la instrucción solamente en materia de un superior control, pero sin participar de ella— fuera el que viera y sentenciara el proceso por razón de delitos de escasa entidad. Pero en modo alguno puede admitirse que sea una misma persona el Juez instructor, activo —y sujeto a vinculación por determinadas peticiones del MF— y el sentenciador (Cfr. supra.).

Por otra parte, la actuación del MF como instructor debería poder ser separada de la puramente acusatoria, en favor de otros funcionarios del mismo Cuerpo, con lo cual el famoso problema del “juicio de acusación particular —la del art. 101 de la LECrim— debe ser preacusación”, previo al acto formal de proponer la misma, se vería resuelto dentro de aquél: en tanto que la acusación particular —la del art. 101 de la LECrim— debe ser precedido de dicho juicio de acusación, cuya falta se hace notar hoy día, aunque la inculpación como juicio se halle involucrada en “lo que ocurre” en la mente del Juez antes de dictar auto de procesamiento (107).

(106) Cfr. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1949, II, páginas 180 y s.

(107) Cfr. sobre este punto FAIREN GUILLÉN, *Presente y futuro*, cit., págs. 38 y ss., y la bibl. cit.

Hacia un concepto criminológico del furtivo español

JOSE MANUEL MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ

Juez de Primera Instancia e Instrucción

SUMARIO: I. Concepto del furtivo. II. Dificultad de un estudio criminológico. III. La tradición del furtivo en el extranjero. IV. Su tradición en España. V. Estudio criminológico. 1. Método estadístico. 2. Método individual. VI. Conclusión.

I. CONCEPTO DEL FURTIVO

En algunas ocasiones la Policía judicial al informar de la conducta de determinadas personas, bien a instancia del Juez de Instrucción en el sumario, bien a petición de otras autoridades, alude a ellas calificándolas de cazadores furtivos, y otro tanto hace la voz popular con relación a algunos convecinos.

¿Qué es un furtivo? La vigente Ley de Caza de 16 de mayo de 1902 no emplea para nada dicho concepto, y no aparece este vocablo ni en su texto ni en las disposiciones complementarias al mismo. En igual sentido de silencio, el Anteproyecto fracasado (1), si bien recogía nuevos métodos ilícitos en consonancia y de acuerdo con el progreso de los tiempos (caza desde el automóvil o aeroplanos, con ametralladora, etc.), que se conservan en el actual —números 8 al 10 del artículo 22—. El Anteproyecto más moderno de Ley de Caza ha sido sometido a información pública por Orden de 9 de noviembre de 1967 (2), y sigue sin aludir para nada al furtivo, no obstante, el ambiente levantado con el anterior (3).

A pesar de este silencio legal no ha faltado amplia literatura al respecto, aparecida exclusivamente en revistas cinegéticas que repite

(1) Ver a este respecto, JOAQUÍN GARCÍA LAVERNIA y FRUCTUOSO FLORES LÓPEZ, *Derecho español de la caza*. "Revista de Derecho Judicial", Madrid, 1965.

(2) Utilizo los "Boletines Oficiales de la Provincia de Burgos", de 23, 24 y 25 de noviembre de 1967, en que ha sido publicado.

(3) Ver artículo publicado en el "Calendario de Caza y Pesca" núm. 185, de mayo de 1958, bajo el título: "Es de desear al cazador deportivo distinto trato que al furtivo", en el que se propugna una separación tajante de la penalidad con aplicación de sanciones pecuniarias al primero y afflictivas al segundo.

como un estribillo que el furtivo es la peor alimaña de nuestros campos (4).

El Diccionario de la lengua española, publicado por la Real Academia nos indica que furtivo, adjetivo, es lo "que se hace a escondidas y como a hurto" y el adverbio furtivamente equivale "a escondidas".

La etimología de la palabra nos descubre la procedencia latina, precisamente derivada de "furtivus" (5) y ha pasado a las lenguas romances (6) y también en castellano arcaico, furo, del latín "furo", hurón, equivale a ocultar mañosamente alguna cosa.

La voz latina "furtivus", procede a su vez de furtum, hurto, llamado así de "a furvo", esto es negro, "porque se hace ocultamente y a oscuras y muchas veces de noche" (7) y quizá ello se debiera a la oposición entre "fur", ladrón oculto, y "latro", ladrón de cuadrilla o bandido, y así, el adverbio "furtim" equivale a ocultamente, y el ablativo, "a furto", a hurtadillas. Todavía la expresión "a hurto", es utilizada por Cervantes, Quevedo y otros (8).

No obstante, existen acepciones más extensas: (9) "todo lo que uno toma de día o noche, clandestina o manifiestamente, con ánimo de apropiárselo contra la voluntad de su dueño". Pero esta concepción amplia no ha pasado al Derecho moderno (10).

Los tratadistas que se ocupan de la legislación de caza prescinden de tal concepto, por no ocuparse la Ley del mismo (11) y sólo Jiménez Asenjo (12), a quien sigue Pellisó Prats (13), se refiere a la caza furtiva, distinguiendo desde el punto de vista penal, la caza permitida de la prohibida: "en la prohibida se puede subdistinguir la especie

(4) Ver nota anterior y, además, *Furtivos, flor de leyenda*, de MIGUEL GONZÁLEZ ROSADO, "Caza y Pesca", abril 1951, núm. 100; *Los vampiros de la caza*, de J. RODRÍGUEZ DEL CASTILLO, idem, julio 1963, núm. 247, etc....

(5) ROQUE BARCIA, *Diccionario General Etimológico de la Lengua Española*, Buenos Aires, 1945.

(6) Furtif, en francés; furtivo, en italiano; furtin, en provenzal; furtin, furtible y furtivol, en catalán, etc.

(7) *Instituta de Justiniano*, libro IV, tit. I, párrafo 2.º. Citado por "Enciclopedia Jurídica Española Seix", tomo XVI, voz: "furtivo".

(8) J. COROMINAS, *Diccionario Crítico Etimológico de la Lengua Castellana*, vol. II, Madrid, 1954.

(9) *Instituta*, libro IV, tit. I, párrafo "furtum autem fit", citado por JOAQUÍN ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1874, voz furtivo, "furtivum est nom solum quod noctu aut interdictu clam auferunt sed quidquid alienum mobile, malo animo, invito domino contrectatur".

(10) "Enciclopedia Jurídica Española Seix", cit.

(11) EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho Penal especial de España*, Barcelona, 1946; JOSÉ MANUEL PANDO MANJÓN, *Compendio de legislación penal especial*, 3.ª ed., Madrid, 1960; ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte Especial del Derecho Penal*, tomo III, Madrid, 1962; J. ANTÓN ONECA y J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ con la colaboración de JASO ROLDÁN y RODRÍGUEZ DEVESA, dos vol., Madrid, 1949. En obras más especializadas tampoco aparece: GARCÍA LAVERNA y FLORES LÓPEZ, ob. cit.; JOAQUÍN ESPAÑA CANTOS, *Legislación de caza*, 1940; DANIEL FERRER MARTÍN, *Delitos y faltas de caza*, Madrid, 1954.

(12) ENRIQUE JIMÉNEZ ASENJO, *Manual de Derecho Penal especial*, "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1950, págs. 201 y 202.

(13) *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo III, Barcelona, 1951, voz: "Caza".

sui generis de caza furtiva u oculta o a escondidas, denominándose cazador furtivo al que la practica, porque caza habitualmente sin licencia ni permiso en las propiedades particulares, cometiendo por ello una especie de hurto, haciéndolo clandestinamente. La Ley no lo estima así para sancionarlo, sino que se refiere solamente a la reincidencia como causa agravatoria". Y siguen añadiendo los antes citados que "tales infractores pueden ser comprendidos en la Ley de Vagos y Maleantes si aquélla práctica logra adquirir "un estado peligroso", encajable en alguna de sus categorías típicas".

Este criterio parece justificado, si se piensa que el artículo 507 del Código penal impone la pena de arresto mayor "al que utilizando alguno de los medios comprendidos en el artículo 500 (14) entrare a cazar o pescar en heredad cerrada o campo vedado, aunque llevare armas para dicho objeto", y este precepto, extrañado de la Ley especial e incorporado al Código común, contempla aquí un robo violento de caza (15). Se distinguen así la delincuencia violenta de la furtiva. La primera utiliza los medios del robo con violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, la otra resulta equiparable al hurto (16).

Existen, pues, dos clases de infracciones de caza: una caracterizada por los medios violentos, *sui generis* del robo y otra por los medios subrepticios de la Ley de 1902, *sui generis* del hurto (17). Refuerza esta interpretación el precepto concordante del Código de 1932 (18).

Delimitada la caza furtiva de la violenta, no todas las infracciones que carezcan de fuerza son constitutivas de la caza furtiva. Por lo pronto hay que excluir aquellas que no constituyen *caza*, en su propio sentido cinagético —destrucción de nidos y venta de la caza—, salvo que en este último caso fuere el cazador quien lo realizare.

Determinado el concepto de furtivo, nos queda aún por determinar si dicho concepto es susceptible de un estudio criminológico.

II. DIFICULTAD DE UN CONCEPTO CRIMINOLOGICO

Por regla general los tratadistas de Criminología no son partidarios de referirse a las faltas en sus obras y estudios, por el escaso interés criminológico, y porque el campo de la investigación se determina por un juicio basado en una cierta gravedad de los tipos de con-

(14) Las reformas a partir del Código Penal de 1944 hacían referencia —equivocada— al artículo 502. Por el artículo 5.º del Decreto de 24 de enero de 1963 se modificó el precepto en el sentido expuesto.

(15) Ver QUINTANO RIPOLLÉS, ob. cit., tomo II, pág. 22.

(16) Los preceptos delictivos de la Ley de 1902, en su artículo 5.º —caza con ardides en propiedad ajena, caza mayor con perros y armas de fuego en finca ajena y plurirreincidencia en faltas de caza—, carecen de estos medios violentos. Por otra parte, el segundo de estos delitos *se equipara al hurto*, lo que confirma más dicha tesis.

(17) JIMÉNEZ ASENJO, ob. cit., pág. 210, siguiendo a CUELLO CALÓN.

(18) EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, tomo II, 8.ª ed., pág. 813.

ducta (19). Pese a ello en la literatura extranjera existe material abundante y Seelig mismo se ocupa de los furtivos al clasificar a los delincuentes criminológicamente (20) y los coloca dentro del grupo heterogéneo de “los que no pertenecen a los tipos criminológicos principales” (21) y comprende en ellos además de los que nos ocupan, los ambiciosos sin escrúpulos, los autores de asesinatos colectivos, los comerciantes de artículos pornográficos, los falsos autoacusadores, testigos falsos y comparsas de delitos colectivos.

Pese a ser toda clasificación arbitraria y en el grupo que nos ocupa estar determinada negativamente, podría haberse colocado al cazador furtivo, tanto en el grupo 1.º. Delincuentes profesionales refractarios al trabajo, en el 2.º, delincuentes contra el patrimonio por escasa resistencia; en el 8.º, por falta de disciplina social, o en el 9.º, tipos mixtos.

Los cazadores furtivos gozan en el extranjero de una gran tradición criminológica, especialmente en Alemania (22) e incluso recientemente presentan amplia bibliografía (23), pero como la historia de la criminalidad española no ha presentado un cuadro semejante en este punto a la extranjera, por no ser tampoco idénticas las condiciones ambientales y sociológicas —principalmente la ausencia de feudalismo en nuestro país— no puede utilizarse con éxito para este estudio el material de trabajo extraño.

En este breve ensayo me limitaré al furtivo español y por ello

(19) STEPHAN HURWITZ, *Criminología*, traducido por F. Haro García, Barcelona, 1956, pág. 32.

(20) ERNESTO SEELIG, *Tratado de Criminología*, traducido por José María Rodríguez Devesa, Madrid, 1958, págs. 71 y sigts. Comprende los siguientes: 1. Los delincuentes profesionales refractarios al trabajo. 2. Los delincuentes contra el patrimonio por escasa resistencia. 3. Delincuentes por agresividad. 4. Delincuentes por falta de dominio sexual. 5. Los delincuentes por crisis. 6. Los de reacciones primitivas. 7. Los delincuentes por convicción. 8. Aquellos en que falta disciplina social. 9. Los tipos mixtos, y 10. Los delincuentes que no pertenecen a los tipos criminológicos principales.

(21) SEELIG, ob. cit., pág. 179, afirma con respecto a este grupo que “se trata de casos singulares que son absolutamente *atípicos* (muy raros, pero que precisamente por su “notabilidad” provocan una especial expectación, a causa de la cual se ha falseado no poco la imagen de verdadera criminalidad); en parte son delincuentes cuyo *tipo especial se repite ciertamente*; pero presenta sólo caracteres aislados de los diferentes tipos principales como si fuera una “aleación”, *siendo demasiado raro*, respecto al conjunto de la criminalidad, para constituir un tipo principal criminológico”. No puedo estar de acuerdo con esta opinión, pues al hablar de “aleación” en el sentido en que lo hace el autor —cuando se unen entre sí, en un individuo, partes del complejo de caracteres de dos tipos diferentes— se contraría el tipo 10, y si se toman en un sentido amplio se pierde el interés del grupo por la amplitud de supuestos que comprende, quedando, por otra parte, el grupo 9 —tipos mixtos— sin contenido.

(22) GUSTAVO RADBRUCH y ENRIQUE GWINNER, *Historia de la criminalidad*, notas y adiciones de Arturo Majada; Barcelona, 1955, págs. 227 a 240.

(23) AMSCHL, en *Archiv für Kriminanthropologie und Kriminalistik*, vol. 7.º, pág. 74; BUSDORF, *Wilddieberei und Förstermonde*, 3 vol., Berlín, 1929 a 1931, y ERNEST SEELIG, artículo sobre *Wilddiebstahl*, en “Handwörterbuch der gerichtlichen Medizin und naturwissenschaftlichen Kriminalistik”, Berlín. 1940.

utilizaré sólo materiales patrios, debiendo señalar la escasez bibliográfica en nuestro país, limitada, casi siempre, a aspectos literarios o anecdóticos principalmente (24).

El material estadístico es defectuoso, pues, con relación a las faltas de caza —la mayoría de las infracciones al respecto— la publicación oficial se limita al genérico de “faltas sancionadas por *leyes especiales*”, y con ello resulta inservible.

Pero queda la referente a los delitos de caza, la estadística particular de faltas de algunos Juzgados Comarcales y de Paz y el examen de casos reales, todo lo cual resulta útil como material de trabajo.

III. LA TRADICION DEL FURTIVO EN EL EXTRANJERO

Como he señalado antes, Alemania presenta una interesante tradición con relación a los furtivos, motivada principalmente por la legislación clasista de los señores territoriales (25). En tiempos de Carlomagno cazar en el coto real se castigaba con pena pecuniaria y lo mismo el Derecho Territorial sajón que el Código de Suabia, prohibían la pena de muerte para estas infracciones, pero las primeras condenas a pena capital no se basan en disposiciones legales y aparece así una historia de crueldad en los castigos que no logra contener la tentación (26). Buena parte de la población no tenía otro recurso que la caza y el germano, por tradición, no sabía encontrar injusticia alguna en su ejercicio, pues se alimentaba y vestía de lo que le ofrecía el bosque, libre para todos (27).

Por este camino de abusos se llegó incluso a imponer al campesino el deber de sembrar para alimentar a los animales de caza, prohibiéndole cercar sus campos, y este estado de cosas persistió hasta que el penalista Feuerbach estableció en su ley de caza una regulación de los daños causados por ésta.

En cuanto a Francia, no poca de la irritación en la Revolución se debió a la prohibición de cazar establecida para los campesinos, y por eso fue uno de los privilegios que los nobles se vieron obligados a abandonar en seguida (28), osando oponerse a su cesión en la Asamblea Nacional el Duque de Chatelet (29), pero ya sin éxito.

En Inglaterra la suspensión de la condena a muerte para esta clase

(24) Además de los citados, supra, notas 3 y 4. CONDE DE YEBES, *Veinte años de caza mayor*, 2.^a ed., Madrid, 1948, y algunos más.

(25) LANDSBERG, el historiador del Derecho alemán, calificó una vez la caza como un “campo privilegiado de la odiosa legislación de clase”. RADBRUCH y GWINNER, ob. cit., pág. 228.

(26) Ibidem, pág. 231. Resulta estremecedor el relato de estos autores.

(27) Ibidem, págs. 228, 229 y 231.

(28) JOSÉ ORTEGA Y GASSET, “Prólogo” al libro del Conde de Yebes cit., pág. 15.

(29) QUINTANO RIPOLLÉS, ob. cit., pág. 704. Sobre el aspecto histórico puede consultarse G. VERHAEGEN, *Recherches historiques sur le Droit de Chasse et sur la législation sur la chasse*, París, 1873.

de infracciones fue un éxito logrado con la Carta Magna, en los tiempos de "Juan sin Tierra", donde floreció el legendario Robin Hood, paladín de esta libertad (30).

IV. SU TRADICION EN ESPAÑA

Frente a estos sombríos paisajes, nuestro país, por la fidelidad a las tradiciones romanas, por el influjo de la Iglesia y el escaso arraigo del feudalismo, presenta un cuadro optimista, de corte actual, en donde los escasos excesos confirman la regla general como certeramente señaló Quintano (31).

El Fuero Viejo de Castilla relata en una de sus *fazañas* la condena a ser expuesto en cruz al matador de un halcón perteneciente al señor de Vizcaya.

Sin embargo, el Fuero Real (32) y las Partidas (33) siguen los patrones del Derecho romano y sólo se ocupan de la propiedad de la caza y de los derechos civiles sobre la misma.

En la Novísima Recopilación —Libro IV, tit. XXX— se recoge un texto de don Alfonso, en Alcalá, en 1384 y doña Juana, en Burgos, el 20 de julio de 1515, por el cual se prohibía "armar cepos grandes en los montes con hierros, en que pueda caer oso ni puerco o venado.... por el peligro que se podía acaecer en hombres y caballos que andan en los montes" (34).

También se prohíbe en la citada Recopilación "cazar con lazo de alambre, ni con cerdas, ni con redes, ni otro género de instrumento, ni con reclamo de bueyes, ni con perros nocharnegos, so pena de mil maravedís", y también se prohíbe la caza en tiempo de cría (35).

Si en España se evitaron los excesos y crueldades, no se pudo obviar el neto sabor clasista de la Real Cédula de 3 de febrero de 1804, debida a Carlos IV, gran aficionado a los deportes cinagéticos, que reservaba el derecho de caza a diario con perros y escopeta a nobles y eclesiásticos, tolerándose su práctica a jornaleros y demás los días festivos antes y después de oír misa (36). También se castigaban en

(30) QUINTANO RIPOLLÉS, ob. cit., pág. 703.

(31) *Ibidem*.

(32) Leyes 16 y 17, tit. IV, libro III.

(33) Leyes 17 a 26, tit. XXVIII, y 18, tit. XXX, de la Partida Tercera.

(34) La penalidad consiste la primera vez que "yaga en cadena medio año", la segunda "que esté en dicho tiempo en la cadena y le den sesenta azotes", y la tercera, "le corten la mano". Castigos benignísimos si se comparan con los alemanes de la época y de doscientos años más tarde, y la "ratio legis" no es la defensa de la caza, sino el peligro que ello puede ocasionar.

(35) Ley II del tit. XXX, libro VII, de Don Carlos y el Príncipe Don Felipe, en Madrid, por Pragmática de 11 de marzo de 1552, y Ley III.

(36) JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España*, tomo III, Madrid, 1804, pág. 220.

esta disposición algunas conductas, como el apoderamiento de nidos de perdiz (37), y se vedaba el ejercicio de la caza a los pastores.

Con ello se llega al Real Decreto de 3 de mayo de 1834 que atribuye la competencia, por lo general, a los Alcaldes y a la Ley de 10 de enero de 1879 que lo hace a los Jueces Municipales. Ambas disposiciones con criterio mucho más benigno y de escasa aplicabilidad (38).

La legislación vigente intenta resolver los problemas salvaguardando principalmente los intereses de los propietarios de los terrenos, con un sentido individualista que no encontramos en la legislación de pesca (39), debido a su más completa administrativación. Ello resulta más chocante si se piensa en que la mayoría de las infracciones deben su existencia a pura creación legal, esto es, son delitos y faltas porque la ley los prohíbe (*mala quia prohibita*) a diferencia de aquellos otros que por sí mismos y aunque la ley no los prohibiera, merecerían ser castigados (*quia mala in se*) (40) o al menos si no se acepta totalmente esta tesis, su carácter intrínsecamente inmoral es mucho menor que en la mayoría de las infracciones (41). Piénsese en la caza de aves emigrantes, como la codorniz, en terrenos ajenos, sin que se produzca daño en los mismos ni en las cosechas.

(37) Treinta días la primera vez, sesenta la segunda y podía llegar hasta cuatro años de presidio la tercera. QUINTANO RIPOLLÉS, ob. cit., pág. 706, encuentra estas medidas de una severidad extraordinaria. No me parece así, por lo antes expuesto.

(38) La Real Orden de 7 de mayo de 1880 recuerda su cumplimiento. Ver a este respecto la Circular de 5 de febrero de 1881.

(39) BIENVENIDO GONZÁLEZ PAVEDA y JESÚS VICENTE CHAMORRO, *Legislación penal especial*, Alicante, 1956, pág. 147.

(40) EMILIO MIRANDA y ALCÁNTARA y JUAN ESCRIBANO, *Vademecum del cazador*. Exposición razonada y práctica de la novísima legislación sobre el Derecho de caza. Madrid, 1903, págs. 75 y 76.

(41) J. ANTÓN ONECA, ob. cit., pág. 32, señala la polémica entre Alfonso de Castro y Martín de Azpilicueta. Este último sostenía que las leyes penales no obligaban bajo pecado. La cuestión no dejaba de tener interés, pues con frecuencia se proponía a los confesores con motivo de hurto de leñas, tasas, caza, etc. Castro señala que las leyes penales no obligan en conciencia más que a sufrir la pena, pero son escasas las de esta naturaleza. Rara vez sucederá que la ley penal no presuponga otra humana o divina, preceptiva o permisiva, que obligue en conciencia. En este sentido la moderna Teología Moral. Así, JUAN B. FERRERES, S. I., *Epítome de Teología Moral*, 7.ª ed., Barcelona, 1944, págs. 53 y 54, y ANTONIO ROYO MARÍN, O. P., *Teología moral para seglares*, tomo I, B. A. C., Madrid, 1957, págs. 122 a 128, sostiene que "en la actualidad son ya muchos los teólogos que se oponen a la teoría de las leyes meramente penales", pág. 122. GILBERT K. CHESTERTON, *El hombre que sabía demasiado*, Obras Completas, tomo II, trad. de R. Berenguer, José Janés, Barcelona, 1952: "Nunca he podido ver que esto (cazar furtivamente) fuera tan malo como robar. Me parece contrario a toda idea normal de la propiedad que un hombre tenga que ser dueño de algo sólo porque vuela sobre su jardín. Lo mismo podría ser dueño del viento..."

V. ESTUDIO CRIMINOLOGICO

Los principales métodos de la Criminología son los estadísticos y los individuales (42).

Los primeros, como señala Bonger, aportan una observación global de los hechos expresada en términos numéricos (43), que, pese a sus posibles defectos, puede servir de orientación.

En lo referente a la caza furtiva tenemos que hacer mención obligada a la gran cifra negra (44) o criminalidad oculta (45). Las razones aparecen claras: la especialización de los delincuentes que conocen sobradamente el terreno, mejor que los Agentes de la Autoridad, y las obligaciones y costumbres de éstos con una gran extensión a vigilar, la fácil ocultación de los efectos e instrumentos del delito, la benignidad de todos frente a esta clase de infracciones (46), muchas veces por tratarse de personas de escasos recursos económicos o de personas de cierto nivel social a quien no se denuncia por los particulares, y el empleo de nuevos métodos, como el automóvil, la escasa reprobación social de estas conductas, etc...

La estadística judicial del año 1953 fue muy completa. Se produjo una simplificación en 1954 y se modificó parcialmente en 1962. Como ya he señalado, en materia de caza sólo se refiere a los delitos, pues las faltas se engloban bajo la rúbrica de "sancionadas por leyes especiales". Para obviar este inconveniente he utilizado estadísticas particulares de los Juzgados Comarcales de Colmenar Viejo (Madrid), Aranda de Duero (Burgos), Jerez de los Caballeros (Badajoz), El Barco de Avila (Avila) y del de Paz —antiguo Comarcal— de Villahermosa (Ciudad Real).

También he utilizado, pese a ser poco aprovechable en este punto —porque de los sentenciados por estos delitos sólo una mínima parte cumplen condena— la estadística penitenciaria (47).

(42) HURWITZ, ob. cit., págs. 34 y sigts.

(43) Ibidem.

(44) Utilizado, entre otros, por SEELIG, ob. cit., pág. 256, y por WOLF MIDDENDORFF, *Sociología del delito*, trad. de José María Rodríguez Devesa, Madrid, 1961, págs. 51 y sigts.

(45) HURWITZ, ob. cit., págs. 41 y sigts.

(46) Artículo de JOSÉ LION DEPETRE, *Hay que dejarlo*, en diario "ABC" de 4 de abril de 1967: "Fui a comprar frente al mercado de Torrijos... Cuál no sería mi sorpresa al ver en el puesto número 28 colgadas ostensiblemente dos hermosas liebres y un manojo de perdices... Si esto pasa... en un mercado céntrico, ¿qué ocurrirá en los pueblos alejados de nuestra campiña...? Cuando "no pasa nada"... por algo será..."

(47) En el año 1953 se encontraban en prisión, cumpliendo condena por delitos de caza, 22 —14 entre reincidentes y reiterantes—; en 1954, 14; en 1955, 25; en 1956, 15; en 1957, 41; pero la duración de la pena privativa fue corta en todos los casos, y si se compara la cifra total de condenados no ingresados en prisión, se precisará suficientemente la delincuencia habitual..

Por lo que se refiere al método individual, he estudiado tres casos interesantes que reseñaré más adelante (48).

1.º *Método estadístico*

La base biológica de esta criminalidad no ofrece particularidad digna de interés si se prescinde del hecho ya apuntado por Ortega, relativo a que “el furtivo caza mejor que el aficionado, no porque sea más racional que éste, sino porque se cansa menos... y le funcionan mejor sus instintos predatorios... huele siempre un poco a fiera” (49).

Con un mayor desarrollo de sus sentidos, especialmente el de la vista (50), en la estructura biológica no se diferencia en nada de sus convecinos, y por ello no acusa inferioridad física o mental dentro del grupo social en que vive (51).

Es difícil de diagnosticar si sus actividades se deben al genotipo o al fenotipo, a la herencia o al medio, posiblemente a ambos, pero con preponderancia del segundo.

Constitucionalmente la mayoría pertenecen al tipo asténico o leptosomático, y endocrinológicamente muchos aparecen hipertiroideos.

Sólo en rarísimos casos se puede aludir a débiles oligofrenias, aunque sí, con mayor frecuencia, aparezca la psicopatía, que en forma tenue se encuentra en casi todos.

Dentro de su psicología y con relación a sus tendencias y aficiones, pese a su sentido utilitario de busca y captura de caza (52), podría explicarse por el atavismo el desarrollo hipertrófico de sus instintos. Representaría así al primitivo —Ortega lo califica (53) de “paleolítico”, paleolítico municipal— semejante al actual salvaje que vive exclusivamente de la caza.

Mayor interés ofrecen las condiciones sociológicas. Desde los años 1953 a 1965, inclusive, aparece entre los condenados por delitos de caza un elevado tanto por ciento de agricultores (y similares) y de artesanos y jornaleros (54). Los primeros representan el 36,8 y los

(48) El libro del CONDE DE YEBES citado, además de no referirse a los tipos concretos que nombra, ni exponer detalles de interés criminológico, sólo se refiere a caza mayor.

(49) ORTEGA Y GASSET, ob. cit., pág. 63.

(50) CONDE DE YEBES, ob. cit., pág. 332.

(51) La estadística penitenciaria nos muestra un varón—único citado al respecto— en el año 1954 de 160 a 164 de talla, otro en 1955 de 165 a 169, etcétera. De las páginas de YEBES y de los que conocí personalmente se desprende que los furtivos eran semejantes a los demás de su grupo social.

(52) YEBES, ob. cit., pág. 330.

(53) ORTEGA Y GASSET, ob. cit., pág. 53.

(54) El resto de los grupos de esta estadística —administradores, gerentes y directivos, empleados de oficina, vendedores, mineros y canteros, trabajadores al transporte y comunicaciones, trabajadores de los servicios, deportes y diversiones, profesionales técnicos y asimilados y población inactiva— no ofrece mayor interés por su escasísimo índice.

últimos el 49,8. Se observa una progresión descendente en el porcentaje de los primeros desde el 77,5 en 1953 al 25,3 en 1965 y un incremento proporcional en los otros desde el 18,9 al 60,2 durante el período a que me refiero (55).

El factor económico influye notablemente para los trabajadores de escasos recursos, y sobre todo en épocas de paro, representando la caza furtiva la mínima delincuencia, el delito más leve. En cuanto a los agricultores, su inmersión en el medio representa una más fácil ocasión de quebrantar la ley.

En numerosas zonas rurales se observaba, hace muchos años, una correlación entre los hurtos de leña y las faltas de caza (56), pues ambas infracciones estaban motivadas por factores económicos y sociales.

Con el aumento del nivel de vida, emigración de gran masa campesina a centros urbanos nacionales y extranjeros, el número de condenas de caza ha disminuido sensiblemente (57). En las faltas se aprecia un aumento reciente (58), debido al empleo del automóvil que permite a infractores ciudadanos trasladarse en escaso tiempo a puntos alejados donde existe caza abundante.

Con relación al tiempo y en concreto a las estaciones (59) se observa un aumento en verano, para descender en otoño y elevarse en invierno. Debe tenerse en cuenta la cifra negra. El movimiento mensual es semejante (60).

(55) El grupo de los agricultores y similares comprende ganaderos, pescadores, cazadores y madereros. La dificultad estriba en separar el jornalero dedicado a faenas agrícolas del pequeño agricultor, muy semejante en condiciones sociales y económicas. Téngase en cuenta que también en el sentir popular se emplea la expresión "agricultor" para ambos.

(56) Así ocurre en el Juzgado de Paz de Villahermosa (Ciudad Real), en tiempos Juzgado Comarcal, cuya estadística debo a la amabilidad de su secretario, don Pedro Ruiz. Desde el año 1923 hasta la fecha ofrece una clara correlación —faltan los datos de los años 1936 a 1945—, pero últimamente, a partir de 1961, desaparecidos casi los hurtos de leña, las infracciones de caza ofrecen un ritmo ascendente. Otro tanto puede observarse en el Comarcal de Colmenar Viejo (Madrid) desde 1956 a la fecha, donde el año anterior ofrecía seis juicios de caza, y el de 1967, 44. El de Jerez de los Caballeros, desde 1942, presenta este paralelismo con un gran número de juicios de hurto, 365 en 1955 y 40 en 1966, y, en cambio, el número de juicios de faltas por caza aumenta sin cesar... Otro tanto ocurre en Aranda de Duero para igual tiempo, que alcanzó la cifra máxima, nueve juicios de faltas por caza en 1965, mientras que el mayor contingente de hurto —20— lo dio en 1946. En Barco de Avila, con menos infracciones de este tipo, desaparecidos casi los hurtos desde 1963 —con excepción de uno en 1966—, aparecen nuevas infracciones cinegéticas.

(57) 414 en 1953, 397 en 1954, 347 en 1955, 413 en 1956, 348 en 1957, 279 en 1958, 184 en 1959, 158 en 1960, 196 en 1961, 146 en 1962, 100 en 1963, 105 en 1964 y 83 en 1965.

(58) Para observar el reciente aumento en las faltas, ver supra nota 56.

(59) Estadística judicial de 1953. No ha vuelto a repetirse con esta minuciosidad en años sucesivos. Por ello los datos se refieren sólo a dicho año.

(60) 18 en enero, 20 en febrero, 15 en marzo, 15 en abril, 18 en mayo, 18 en junio, 27 en julio, 34 en agosto, 31 en septiembre, 24 en octubre, 17 en noviembre. 13 en diciembre, 7 no consta.

Respecto a los días, el mayor contingente de infracciones lo da el domingo, a quien siguen jueves y sábado. El índice más escaso lo presenta el lunes.

La geografía criminal ofrece poco interés. Por provincias, el mayor contingente de delitos de caza —años 1953 a 1965 inclusive— lo da Madrid, a quien siguen Badajoz, Toledo, Huelva, Sevilla, Ciudad Real, Cáceres, Córdoba...

En un examen precipitado de los hechos pudiera pensarse que el mayor número de condenas radica en provincias de gran riqueza venatoria, pero, por una parte, Madrid no es la más rica en este punto; Albacete, de caza abundante, presenta escasas condenas y la provincia de Avila, en proporción, un elevado contingente (61). Esto debe explicarse sociológicamente y las razones son más complejas (62).

El que la provincia de Madrid vaya en cabeza puede explicarse por la fuerte inmigración a expensas de otras provincias.

En cuanto a la distribución local del delito y con relación a la criminalidad urbana y rural, puede decirse que se cometió en capitales el 9,9 por 100 de los casos, en municipios superiores a diez mil habitantes, el 38,4 y en municipios inferiores a esta cifra el 50,9 por 100 (63).

Al hablar de capitales o municipios hay que pensar en su término municipal, mucha parte del cual es zona campestre, pero también puede referirse a infracciones dentro del casco urbano —artículo 23 de la Ley de Caza— (64).

En lo referente a la edad, el mayor contingente de condenas, 46,03 por 100, se produce de los veintiséis a treinta y nueve años, y el menor, el 1,32, en los dieciséis y diecisiete. De cuarenta a cincuenta y nueve el 22,65 por 100, de veintiuno a veinticinco el 15,6 por 100, de dieciocho a veinte el 5,56 y de sesenta y más el 4,1 por 100.

Se observa así el escaso índice de delincuencia juvenil, presentando una curva semejante al resto de los delitos, salvo aquellos otros —ciertas violencias, hurtos de vehículos— en que el índice de edades tempranas es elevado, o el de aquellos, como abusos deshonestos con niños, en que la vejez presenta mayor coeficiente. Los datos se han realizado con 3.165 condenados durante el período, tantas veces citado, de 1953 a 1965 inclusive.

(61) La referencia es a delitos, no a faltas.

(62) Ver a este respecto en la obra de FRANZ EXNER *Biología criminal en sus rasgos fundamentales*, Barcelona, 1957, traducción de Juan del Rosal; las notas al respecto en págs. 87 a 91.

(63) Quiebra aquí la regla general contraria, aplicable al resto de los delitos. Ver HURWITZ, ob. cit., págs. 268 y 269. Pero aun así resulta muy difícil por la dudosa demarcación entre áreas urbanas y rurales.

(64) MANUEL DÁVILA, *Caza antideportiva*, en "Caza y Pesca", diciembre 1953, pág. 252, señala infracciones de caza —faltas— en el Parque del Oeste y en la ribera del Manzanares con escopeta de aire comprimido y linterna eléctrica.

En cuanto al sexo, durante dicho tiempo sólo aparecen condenadas diez mujeres, dos de dieciséis y diecisiete años, una de dieciocho a veinte, cuatro de veintiséis a treinta y nueve y tres de cuarenta a cincuenta y nueve. El índice es escasisimo, 0,2 por 100, y en casi todos los supuestos se trata de formas de coparticipación.

De estas diez mujeres, tres pertenecen al grupo de población inactiva, seis al de artesanos y jornaleros y una al de agricultores y similares.

Con referencia a la caza, señalé al principio las diferencias de nuestros furtivos y los extranjeros. En cuanto a éstos, es de destacar su frecuencia en los países alpinos (65). Muchos son refractarios al trabajo y delincuentes profesionales, otros son pequeños colonos, hijos y criados de campesinos, que, por una tradicional enemiga al "señor de la caza" y a los guardas de éste, cazan furtivamente y a veces no retroceden ante la agresión ("asesinos de guardas") (66). La mayoría llevan una doble vida, y la caza representa una actividad complementaria. Es frecuente en ellos la superstición.

El nacimiento ilegítimo, sin ser de desdeñar como en los demás delitos, no ofrece mayor interés (67).

De los condenados en el período señalado el 65,2 por 100 eran casados, el 39,2 solteros y el 3,6 por ciento viudos. No consta el 1 por 100 de los casos. El gran contingente de casados se debe, tanto a la edad de los condenados que corresponde a tiempo en que se ha contraído matrimonio en el medio rural, como a que en dicho medio es escaso el número de solteros y sobre todo a que la caza representa un ingreso complementario en la vida familiar de gentes modestas (68).

El alcohol en este punto no ofrece incidencias de interés, pero sí las compañías, pues en muchos casos se aprecia codelincuencia de primarios con reincidentes.

Con relación a la instrucción, debe señalarse que la inteligencia y la educación influyen favorablemente sobre la moralidad en general (69) y por ello la instrucción y la cultura ejercen un beneficioso estímulo. Para el período señalado el 16,3 por 100 de los condenados carecía de instrucción y el 75,3 sólo poseía la enseñanza elemental. La enseñanza media presenta un 0,12 por 100 y la superior un 0,03 por 100, no constando datos en un 4,9 por 100 de los casos. De ello

(65) SEELIG, ob. cit., pág. 181.

(66) Ibidem.

(67) La estadística judicial de 1953 nos muestra, de 414 condenados, seis de filiación ilegítima.

(68) MIGUEL GONZÁLEZ ROSADO, trabajo cit.: "¿Y la satisfacción de ese puñado de arrapiezos relamiéndose de gusto ante el esperado festín?".

(69) JESÚS LLOPIS SÁNCHEZ, *Inteligencia y moralidad*, "Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios", enero-febrero 1958.

se desprende que la incultura —escasa o nula enseñanza— es la que mayor índice representa (70).

La reincidencia es acusada y si se tiene en cuenta la gran cifra negra y el escaso número de condenas, puede predicarse, sin dificultad, la activa delincuencia habitual.

La proporción entre reincidentes y reiterantes era para el año 1953 —único que presenta esta distinción en la Estadística judicial con relación a este delito— de 64 y 18 respectivamente para una cifra de 414 condenados. Se observa un descenso en ambos de 67 en 1954 a 28 en 1959. Se puede presentar con más frecuencia en sujetos de veintiséis a cincuenta y nueve años, con solo enseñanza elemental, casados y varones. En la profesión abundan los jornaleros y artesanos en una proporción del 77,6 por 100.

2. *Método individual*

El método individual de observación de casos confirma lo señalado por la estadística. Tres son los sujetos examinados, un toledano, un extremeño y un burgalés.

X, de las tierras del Cid utilizaba el hurón hacia 1903; fue famoso en su pueblo natal por su habilidad. Nunca fue condenado. Sorprendido en una ocasión por la Guardia Civil continuó sentado y negó ser propietario del “bichito”. Fue absuelto por la Audiencia. No tenía profesión fija y utilizaba la política para colocarse en puestos subalternos.

Y, en tierras del Tajo, por los años veinte, cazaba frecuentemente de noche, en los cotos del Duque de A. Su actividad repetida le llevó a la reincidencia y a la prisión preventiva. Durante ese tiempo de inactividad cuidaba las perdices enjauladas del Alcaide de la Cárcel. Pasaba el Tajo a nado de noche para matar más piezas y alguna vez fue tiroteado por los guardas (tiros al aire para amedrentarle). Su humilde oficio lo ejercía sin interés y sin sobresalir en nada. Se casó ya maduro.

Z, en tierras extremeñas y hacia 1940 vivía exclusivamente de la caza y la pesca. Fue condenado al convertirse su infracción, por reincidencia triple, en delito —artículo 52 de la Ley—, su actividad no ilegal era de director o jefe de “ojeadores” o “batidores”, en cuyo empleo destacaba su pericia. Disfrutaba con ello tocando las “piezas” muertas y buscando las pérdidas. Siempre poseyó hurón.

VI. CONCLUSION

De lo expuesto puede obtenerse una visión general del furtivo español, su tipología, hábitos, ambiente social, cultura, etc. ¿Es per-

(70) Se observa en el número de condenados sin instrucción un descenso a partir de 1953: 118 en dicho año a 7 en 1965. Se puede explicar por la eficaz lucha contra el analfabetismo. De todos modos, en muchos condenados su enseñanza elemental o primaria significa una escasísima instrucción...

manente este furtivo? ¿Siguen siendo éstos los infractores habituales de la legislación de caza? La respuesta debe ser negativa, y no sólo por la disminución evidente de los furtivos, debido al mayor nivel de vida, emigración y otras eficaces causas sociales y económicas, sino porque el delito y la falta se han *transformado* con el correr de los tiempos. Por un lado, ha desaparecido en su casi totalidad este “delincuente” y los furtivos son muchas veces solo eso: flor de leyenda (71). Por otra parte, los modernos infractores son de mejor nivel económico, con frecuencia propietarios de un automóvil, con profesión universitaria en algunos casos, con vida ciudadana en casi todos. Ya el vocabulario español de la caza (72) considera furtivo al cazador de oficio, pero no “sinónimo de cazador con escaso caudal”. En este sentido de ampliación del concepto, buscando la defensa social y las realidades actuales, se pronuncia Cortés Núñez (73) para quien furtivo es simplemente el constante infractor de la Ley de Caza. No estoy, en cambio, de acuerdo con la denominación que utiliza “furtivos del volante”, por considerarla equívoca.

Ya he señalado antes a que los dos últimos Anteproyectos de Ley de Caza aluden a cazar desde aereonave, automóvil o cualquiera otro medio de locomoción, porque, de cundir el abuso, podría esquilmar la caza y hacer desaparecer la riqueza cinegética.

El furtivo clásico, el que hemos descrito, no vive hoy de la caza, no vende ésta en cantidades ingentes, consume con su familia la que caza, aunque algunos piensen lo contrario. Existen, eso sí; hay gentes acomodadas —no artesanos ni agricultores— de cierta cultura, para quienes, por su organización, amplias batidas en zonas libres y semilibres, tolerancia de muchos y empleo de automóviles, la caza resulta rentable y complementan sus personales ingresos vendiendo las piezas cobradas. Pero éstos no tienen parecido con el casi fósil furtivo, son delincuentes de guante blanco.

Frente a estos nuevos métodos, el furtivo clásico cobra un tinte

(71) Como reza el título del trabajo de MIGUEL GONZÁLEZ ROSADO, “Revista de Caza y Pesca”, Madrid, abril 1951, n.º 100, aunque el autor no lo estime así...

(72) Editado por el Ministerio de Agricultura, año 1950.

(73) JOSÉ CORTÉS NÚÑEZ, procurador de los Tribunales, palentino, buen cazador, a cuya amabilidad debo conocer su trabajo *Aportaciones al concepto de furtivo*. “Caza y Pesca”, n.º 219, marzo 1961, pág. 171: “Hasta hace unos años, el disparo a una pieza de caza desde un automóvil era un raro accidente o episodio en el recorrido de la población al cazadero. Pero, vista su eficacia y comodidad, alguien concibió la idea de que no limitándose a tirar a la perdiz que ocasionalmente encontraba en el camino, sino tomando como sistema de caza el ir recorriendo kilómetros y más kilómetros de carretera con el coche disparando a cuantas perdices encontrase a su paso, el número de ellas que podría matar sería considerable, con lo cual su prestigio como cazador se elevaría enormemente... el conocimiento del sistema se extendió... Al principio se limitaron a la época legal de caza... pero... se utilizó el procedimiento en los meses de febrero y marzo, aprovechando la ampliación del desvede para las acuáticas...”

romántico, a cuya admiración no se sustraen los buenos cazadores (74), y pensamos que en su desaparición nos dice: "mis ejercicios son los de la caza y pesca, pero no mantengo halcón ni galgos, sino algún perdigón o algún hurón atrevido..." (75), y aunque no sea "un robusto cazador ante el Señor" (76), disculpamos y perdonamos muchas faltas tuyas, pensando que, tal vez, en otro ambiente, con otra educación, su vida hubiese transcurrido por derroteros distintos.

(74) CONDE DE YEBES, ob. cit., págs. 327, 329, etc. El mismo ORTEGA Y GASSET lo reconocía así en el "Prólogo" cit., pág. 63.

(75) MIGUEL DE CERVANTES SAAVEDRA, *El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha*, segunda parte, capítulo XVI.

(76) Génesis, 10, 9: "Nemrod que fue quien comenzó a dominar sobre la Tierra, pues era un robusto cazador ante Yavé..."

SECCION LEGISLATIVA

ORDEN de 11 de diciembre de 1968 por la que se dictan normas sobre comunicaciones de los reclusos

Como consecuencia de la modificación introducida por el Decreto 162/1968, de 25 de enero, en determinados artículos del Reglamento de los Servicios de Prisiones, de 2 de febrero de 1956, y con el fin de unificar criterios y aclarar dudas que pudieran surgir en orden a la concesión de comunicaciones orales y escritas a los internos, resalta la conveniencia de fijar normas concretas para el mejor desenvolvimiento de este servicio en consonancia con la nueva reglamentación establecida.

En su virtud, este Ministerio, en uso de la autorización que le confiere la disposición final del citado Reglamento, ha tenido a bien disponer :

Primero.—Las comunicaciones ordinarias orales y escritas que se concederán a los internos atendiendo a su situación procesal y al grado de tratamiento penitenciario en que se hallen situados dentro del sistema progresivo serán :

a) A los detenidos y presos, previa autorización del Juez Instructor se les concederán las comunicaciones que a juicio de las respectivas Juntas de Régimen y Administración permita la organización del servicio en cada establecimiento, atendiendo al número de internos que albergue y la plantilla de funcionarios de que disponga, pero sin que en ningún caso pueda ser inferior a una comunicación oral y otra escrita por semana.

b) A los sentenciados que se hallen situados en el primer grado de su tratamiento y a los sometidos a medidas de seguridad y custodia se les concederá una comunicación oral y otra escrita por semana.

c) A los sentenciados que se hallen en el segundo grado de su tratamiento, a los que sufran arresto judicial o gubernativo sustitutorio de multa y a los sometidos a medidas de seguridad de trabajo o colonias agrícolas o casas de templanza se les concederán dos comunicaciones orales y dos escritas por semana.

d) A los sentenciados que se hallen situados en el tercer grado de su tratamiento, tres comunicaciones orales y tres escritas por semana.

Segundo.—Además de las comunicaciones ordinarias a que se refiere el apartado anterior se podrán conceder otras de carácter extraordinario, por motivos debidamente justificados en cada caso. El número de estas comunicaciones no habrá de exceder mensualmente del que le corresponda a cada interno por comunicaciones ordinarias, salvo que se trate de comunicaciones, cuya aplazamiento supusiera un grave trastorno, en cuyo supuesto el Director del Establecimiento las concederá, dando conocimiento del hecho a esa Dirección General.

Tercero.—Por las Juntas de Régimen y Administración respectivas se fijará el tiempo de duración de las comunicaciones así ordinarias como ex-

traordinarias dentro de unos límites de tiempo de comunicación efectiva no inferior a diez minutos ni superior a treinta minutos. No obstante, por motivos justificados, el Director podrá autorizar comunicación de mayor duración, dando cuenta a esa Dirección General.

Cuarto.—Para la celebración de las comunicaciones ordinarias serán llamados los internos, siguiendo el mismo orden por grupos en que estuvieren clasificados dentro del establecimiento. El número de personas que simultáneamente podrán comunicar con el mismo interno no excederá de cuatro.

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia penal correspondiente al tercer cuatrimestre de 1965

Por FRANCISCO BUENO ARÚS
Letrado del Ministerio de Justicia

LEY DE 16 DE MAYO DE 1902 (CAZA)

1. Art. 50 (*Hurto de caza*).—Cuando se trata de caza mayor, no cabe la frustración y es siempre delito consumado. (S. 23 octubre 1965.)

LEY DE 16 DE MAYO DE 1902 (PROPIEDAD INDUSTRIAL)

2. Art. 134 (*Defraudación de la propiedad industrial*).—Es necesaria la intención dolosa. (S. 23 septiembre 1965.)

3. (*Usurpación de marca*).—El uso de envases vacíos, si a este hecho no le acompaña el propósito de perjudicar los derechos de su legítimo poseedor, no es constitutivo de infracción alguna prevista en la Ley de Propiedad Industrial. (S. 21 octubre 1965.)

REGLAMENTO DE 20 DE DICIEMBRE DE 1924 (EMIGRACION)

4. Art. 140. Aunque evidentemente las interpretaciones analógicas y extensivas *in peius* están vedadas en un sistema penal de estricto legalismo, deja de tener obligada aplicación en casos en que se configuran las infracciones como «normas penales en blanco», a rellenar marginalmente por las administrativas complementarias, cuya eficacia en este concepto sigue las pautas ordinarias que informan tales ordenaciones. En este sentido, la ampliación que del concepto de «emigrante» hizo la Orden ministerial de 6 de noviembre de 1957, no constituye un tipo penal nuevo, sino la extensión de un concepto administrativo de lo que en lo sucesivo habría de entenderse por emigrante, sin sujetarse ya a la acepción estricta del originario Reglamento. (S. 18 noviembre 1965.)

CODIGO DE LA CIRCULACION (1934)

5. Art. 17. El artículo 17 del Código de la Circulación no tiene el alcance de una mera declaración de principios de carácter general, sino que impone a los conductores una obligación específica y concreta, cual es la de ser dueños en todo momento del movimiento de los vehículos con las obligaciones concretas que de esta general se derivan. (S. 1 diciembre 1965.)

De los múltiples deberes que incumben a los conductores de vehículos por las vías públicas o por las particulares destinadas al uso público el

más elemental es el de estar atento a todas las circunstancias e incidencias del tráfico. (S. 18 octubre 1965.)

6. Art. 25. La preferencia establecida en el artículo 25, apartado *d*) del Código de la Circulación no es un derecho absoluto. (S. 1 diciembre 1965.)

7. Art. 103. Constituye un deber objetivo de cuidado el impuesto a todo conductor de automóviles de utilizar las señales acústicas cuando pueda racionalmente preverse peligro de atropello, deber exigible también en las aglomeraciones urbanas, ya en el concepto de deber reglamentario de seguridad, cuando las autoridades locales no hubieran prohibido su empleo, ya en el concepto de deber común de diligencia, que incluso ha de sobreponerse a la prohibición administrativa, cuando, aun mediando la prohibición municipal, el breve uso de las señales acústicas sea indispensable para evitar la producción de un mal que en otro caso resultaría inevitable. (S. 6 diciembre 1965.)

LEY DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1938 (DELITOS MONETARIOS)

8. Las licencias de exportación son autorizaciones administrativas de policía económica... acto administrativo y no privado de venta que permite el ejercicio de su derecho dentro de la pauta reglamentaria... actividad reglada para ambas partes en cuanto se refiere al tráfico de divisas, limitada la facultad dominical del exportador a disponer libremente de la mercancía hasta su enajenación y a partir de este momento sólo sobre su contravalor en pesetas, no sobre la moneda extranjera, porque su depósito y transferencia al Instituto Español de Moneda Extranjera son obligatorios, como deber impuesto y condición del acto administrativo, cuyo incumplimiento por el particular crea el delito monetario. (S. 2 noviembre 1965.)

CODIGO PENAL DE 1944

9. Art. 1.º (*Interpretación de la ley*).—En el dilema de doble racional interpretación de un precepto, ha de preferirse en cada caso la solución que favorezca al reo. (S. 23 noviembre 1965.)

10. (*Relación de causalidad*).—La relación causal no se interrumpe por el mero transcurso de un lapso de tiempo, de mayor o menor extensión, entre la acción maliciosa y su resultado antijurídico, siempre y cuando en el interregno no se produzca ningún hecho con potencia eficaz para determinar la ruptura de algún eslabón de la cadena causal y que sea independiente y ajeno a la voluntad del agente. (S. 15 diciembre 1965.)

11. Art. 8, núm. 1 (*Trastorno mental transitorio*).—La embriaguez, cuando es plena y fortuita, y priva al agente totalmente de la conciencia de sus actos, puede comprenderse excepcionalmente en este precepto como situación de trastorno mental transitorio. (S. 6 octubre 1965. Análoga doctrina en S. 17 diciembre 1965.)

12. Art. 8, núm. 7 (*Estado de necesidad*).—Para que la eximente de estado de necesidad pueda ser invocada es preciso, no sólo que dos o más bienes jurídicamente protegidos se encuentren en colisión, sino, además, que para salvar uno de ellos sea inevitable el sacrificio o menoscabo del otro u otros, siendo indispensable acreditar de modo pleno el carácter de

inevitabilidad del mal causado para salvaguardar otros intereses mayores que el ocasionado en su holocausto. (S. 4 diciembre 1965.)

13. Art. 8, núm. 8 (*Caso fortuito*).—Para que concurra esta circunstancia hay que partir de la base de un acto lícito y con la debida diligencia. Como diligencia y negligencia son términos antagónicos, partiendo de la apreciación en la conducta del procesado de una clara negligencia, no es posible afirmar que concurra el caso fortuito. (S. 6 diciembre 1965.)

14. Art. 8, núm. 10 (*Miedo insuperable*).—El miedo insuperable, como circunstancia eximente, no puede existir cuando ha habido reciprocidad en el acometimiento entre el procesado y su víctima, por haberse colocado ambos voluntariamente en situación de riña mutuamente aceptada. (S. 30 octubre 1965.)

15. Art. 8.º, núm. 11 (*Obrar en el cumplimiento de un deber*).—En ningún caso la violencia puede constituir el ejercicio legítimo de un derecho ni el ejercicio del cargo autoriza al agente de la autoridad para el uso de la fuerza fuera del caso de ser acometido y no hallar otro medio para hacerse obedecer y respetar. (S. 10 noviembre 1965. Análoga doctrina en S. 15 y 25 noviembre 1965.)

16. Art. 9.º, núm. 1 (*Eximentes incompletas*).—Es doctrina de este Tribunal que las atenuantes del número 1.º del artículo 9.º del Código penal, se dan solamente cuando, faltando alguno de los requisitos de la eximente, existen los esenciales, pues de otro modo se trataría de circunstancias totalmente distintas y no de eximentes incompletas. (S. 28 octubre 1965.)

Cuando faltan todos los requisitos para que la embriaguez pueda excluir la responsabilidad criminal del autor, no puede apreciarse ese estado como constitutivo de una de las causas de atenuación del número 1.º del artículo 9.º, sino únicamente estimarse como atenuante ordinaria al amparo del número 2.º del mismo artículo cuando concurren los requisitos previstos en el mismo. (S. 17 diciembre 1965.)

17. Art. 9.º, núm. 4 (*Preterintencionalidad*).—Para determinar si concurre o no preterintencionalidad es preciso tener en cuenta, en cada caso concreto, el modo, forma y accidentes en que se haya cometido el delito, y muy especialmente el medio empleado para ello. Cabe su apreciación en el delito de lesiones. (S. 29 septiembre 1965.)

Para apreciar esta circunstancia es preciso que el resultado producido por el hecho realizado exceda en gravedad al que se propuso cometer el culpable, y esta falta de adecuación ha de manifestarse por la notoria desproporción entre el medio empleado y el daño causado. (S. 2 diciembre 1965.)

18. Art. 9.º, núm. 8 (*Arrebato u obcecación*).—El agravio origen del estímulo que ha de ser capaz de afectar hondamente a la inteligencia y sobreexcitar a la voluntad, ha de ser reciente e inmediato o muy próximo a la comisión del delito, y ser debido a actos injustos, inmotivados o de naturaleza análoga, debidos a una conducta reprochable de la víctima. (S. 30 noviembre 1965.)

No todo estado pasional o de arrebato ha de estimarse como atenuante en la comisión de delitos, porque ello sería un estímulo o premio a los perpetrados bajo el influjo de las más torpes pasiones; por eso es preciso discriminar las causas de tal estado para rechazar la atenuante en los casos.

en que los estímulos del arrebató no son legítimos o lícitos. (S. 23 octubre 1965.)

19. Art. 10 (*Circunstancias agravantes*).—Un mismo hecho no puede enervar varias agravantes, sean genéricas o específicas, como son las cualificativas. (S. 18 diciembre 1965.)

20. Art. 10, núm. 2 (*Precio, recompensa o promesa*).—Para la apreciación de la circunstancia agravante 2.^a del artículo 10 del Código penal es innecesario que la percepción del precio sea el fruto de una exigencia previa del receptor, ni que con anterioridad hubiera habido conversaciones entre el pagador y el receptor de las que hubiere surgido un pacto sobre dicho extremo, pues es suficiente que el delito se cometa mediante precio. (S. 26 noviembre 1965.)

21. Art. 10, núm. 14 (*Reincidencia*).—Por muy alejadas que sean las fechas de las precedentes condenas, la prescribibilidad de las reincidencias genéricas o específicas no está recogida en nuestro Derecho positivo vigente. (S. 22 noviembre 1965.)

22. (*Reiteración*).—Cuando el delito anteriormente cometido y sancionado es el de auxilio a la rebelión militar, delito típicamente correspondiente a la Jurisdicción Militar, debe tenerse en cuenta el último párrafo del artículo 255 del Código de Justicia Militar, según el cual la cancelación sólo recobra su vigor si el nuevo delito cometido es de igual naturaleza, y no el artículo 118 del Código penal común; criterio que también viene amparado por el hecho de que el Código de Justicia Militar es ley promulgada con posterioridad al Código penal de 1944. (S. 18 noviembre 1965.)

23. Art. 14 (*Autoría*).—El previo concierto de voluntades para realizar los hechos delictivos constituye a todos los participantes en coautores del delito cometido, cualquiera que sea la participación material que cada uno haya tenido para conseguir el fin ilícito que se habían propuesto. (S. 16 octubre 1965. Análoga doctrina en S. 23 y 28 septiembre, y 8 y 12 diciembre 1965.)

El concierto previo entre los delinquentes les hace a todos autores del hecho, cualquiera que sea la participación que accidentalmente hayan tenido, y ese acuerdo origina responsabilidad *in solidum* por el resultado más grave para todos los que en él intervinieron. (S. 9 noviembre 1965.)

Es autor el que de acuerdo con los ejecutores materiales vigila el lugar de perpetración. (S. 9 noviembre 1965.)

Si se estima que existe delito continuado cometido en concurso de delinquentes, cada uno de ellos tiene que sufrir la responsabilidad por el total de lo sustraído. (S. 15 noviembre 1965.)

24. Art. 19 (*Responsabilidad civil*).—El autor de un delito viene obligado a satisfacer la indemnización civil, sin perjuicio de los contratos que el perjudicado pueda tener con entidades ajenas al procedimiento y a las cuales satisface la prima correspondiente que en ningún caso puede beneficiar al autor del delito, pues la teoría contraria nos llevaría al absurdo de que las cantidades que abonaba la víctima para su seguridad sirvan para evitar el desembolso económico del delincuente. (S. 16 octubre 1965.)

25. Art. 22 (*Responsabilidad civil subsidiaria*).—No es absolutamente indispensable que el nexo o relación que ha de mediar entre el criminalmente

responsable y el responsable civil subsidiario tenga carácter estrictamente jurídico. Es indiferente que dicha relación sea onerosa o gratuita, y también que tenga naturaleza permanente o sea ocasional. Lo imprescindible es que surja una situación de dependencia, de tal índole que el autor del delito ha de obrar sometido, potencialmente cuando menos, a la superior dirección y a la posible intervención del responsable civil subsidiario. (S. 30 septiembre 1965. Análoga doctrina en S. 13 diciembre 1965.)

La responsabilidad civil subsidiaria no se limita a las relaciones formalmente laborales, sino que es susceptible de extenderse a los propietarios o amos siempre y cuando el dependiente obrase en actividades propias de su situación y en beneficio de aquéllos, es decir, en cumplimiento del principio *cautus commoda, eius incommoda*, que constituye la razón de ser del precepto. (S. 23 septiembre 1965. Análoga doctrina en S. 23 diciembre 1965.)

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

La responsabilidad civil subsidiaria requiere, por parte del presunto responsable civil, cualidades de amo, maestro o patrono, y, por la del culpable, las del criado, discípulo, oficial, aprendiz, empleado o dependiente, añadiéndose además la ocasional del desempeño de obligaciones o servicios, en ninguna de las cuales entran los vínculos familiares, aunque mediere una autorización (para uso de automóvil) que por sí sola no genera vínculos de dependencia o servicio. (S. 14 octubre 1965.)

Los Ayuntamientos y demás Corporaciones públicas u oficiales son responsables con carácter subsidiario por los hechos delictivos que cometan sus funcionarios, dependientes o empleados con motivo u ocasión de los servicios que tuvieran encomendados, puesto que el citado precepto legal incluye en esta obligación entidades y organismos, sin excluir los públicos u oficiales. (S. 25 noviembre 1965.)

26. Art. 25 (*Perdón del ofendido*).— *Vid.* núm. 34.

27. Art. 52 (*Delito imposible*).—El delito imposible requiere, como elementos que lo integran, la intención del agente de ejecutar un acto con tipo delictivo previsto, cuyo propósito ha de ir seguido de una actividad del sujeto tendente a conseguir el fin antijurídico propuesto, sin que este fin querido se produzca, de modo absoluto, por haber empleado medios inidóneos, por su propia naturaleza, con respecto al mismo; o porque el actor los creía idóneos y carecían de aquella aptitud natural y necesaria para conseguir lo apetecido, o bien que no pueda producirse lo deseado, por carencia íntegra y total del objeto del delito. (S. 30 septiembre 1965.)

28. Art. 61, regla 6.^a (*Plurirreincidencia*).—Es intrascendente que las condenas precedentes consten en una o varias sentencias. (S. 8 noviembre 1965.)

29. Art. 69 (*Delito continuado*).—El delito continuado, creado por la doctrina y la jurisprudencia, exige, además de los mismos sujetos activo y pasivo, la imposibilidad de individualizar cada uno de los elementos que lo integran. En el delito de abusos deshonestos no es aplicable cuando se realizaron en ocasiones distintas con el mismo menor. (S. 4 octubre 1965. Análoga doctrina en S. 18 diciembre 1965.)

30. Arts. 70 y 71 (*Concurso de delitos*).—Los preceptos penales deben interpretarse armónicamente para no perjudicar al reo cuando a éste se le imponen múltiples penas en una misma sentencia. (S. 30 octubre 1965.)

31. Art. 104 (*Responsabilidad civil*).—La Sala es soberana para fijar la cuantía de la indemnización al perjudicado. (S. 20 noviembre 1965.)

Es doctrina de esta Sala que no procede el reintegro en vía criminal de los pagos realizados por las Compañías Aseguradoras o Cajas de Previsión por indemnizaciones de naturaleza personal, no por daños concretos y específicos satisfechos y expresamente renunciada su recuperación, y sí únicamente los perjuicios a cuya indemnización debe circunscribirse el pronunciamiento. (S. 27 noviembre 1965.)

32. Art. 106 (*Responsabilidad civil*).—La interpretación de que el señalamiento de cuotas entre los responsables civiles ha de entenderse frente a terceros o extraños a la infracción penal, mientras que cada uno de aquéllos carece de acción entre sí, debiendo soportar sus propios daños, es de indudable aplicación cuando los varios responsables lo son por una sola y misma infracción, pero no cuando existe una concurrencia de culpas diversas que fueron calificadas como constitutivas de diversos delitos. (S. 7 octubre 1965.)

33. Art. 108 (*Responsabilidad civil*).—Condenado el exportador únicamente por el delito de cohecho, son improcedentes las indemnizaciones civiles que le han sido impuestas en conjunción solidaria con los demás encartados en el proceso (por malversación y falsificación), ya que el delito de cohecho no las lleva anejas, aun beneficiándose como consecuencia de la malversación y falsedad sancionadas, porque la base de la responsabilidad civil radica en el delito cometido, y la participación del exportador no deriva del delito, según el artículo 108 del Código penal, sino de la no cesión de divisas anterior al mismo. (S. 30 octubre 1965.)

34. Art. 117 (*Extinción de responsabilidad civil*).—La renuncia a la indemnización de los daños y perjuicios derivados de un hecho constitutivo de delito o falta, como declaración unilateral de voluntad abdicativa de un derecho de crédito, está sujeta a los requisitos estatuidos en las normas especiales que disciplinan tal negocio jurídico, a las generales sobre validez de los negocios jurídicos que puedan extraerse del ordenamiento particular de las obligaciones y contratos, y, en su caso, a las reglas sobre un determinado tipo de negocios jurídicos, como por ejemplo los patrimoniales de Derecho de familia. (S. 18 diciembre 1965.)

35. Art. 119 (*Funcionario público*).—La cualidad de funcionario público se ha extendido por reiteradas resoluciones a los que manejan caudales y efectos públicos con facultades de ejecución, apariencia fundada y razonable de que desempeñan funciones de tal índole y son instrumento habitual autorizado para verificarlas, porque, si han sido elegidos o nombrados por autoridades competentes, no pueden cobijarse en la falta de nombramiento en la

forma exacta del artículo 82 de la Ley de 26 de diciembre de 1958. (S. 2 noviembre 1965.)

Los funcionarios que prestan sus servicios en el Instituto Español de Moneda Extranjera tienen la condición de funcionarios públicos a efectos penales. (S. 2 noviembre 1965.)

36. Art. 184 (*Detención ilegal*).—No es causa de justificación obrar el Alcalde en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 12 de la Ley de Orden Público, cuando ese uso es abusivo por no concurrir precisamente las circunstancias que enumera el artículo 2 de la misma Ley. (S. 30 septiembre 1965.)

37. Art. 244 (*Desacato*).—El delito de desacato del art. 244 ostenta características plurimorfas, susceptibles de encarnar tanto en supuestos delitos de cohecho como en los de prevaricación. (S. 28 septiembre 1965.)

Dirigido un escrito a la autoridad superior con denuncia de hechos administrativos, aparece como ánimo principal de los suscriptores el de censura, no solamente lícito sino aconsejable, valiéndose del medio adecuado, la reclamación ante quien podía corregir los hechos denunciados. (S. 13 noviembre 1965.)

38. Art. 251 (*Propaganda ilegal*).—Se distingue radicalmente la recepción o tenencia de propaganda impresa, actitud pasiva que no implica aceptación, del recibo duradero de la prensa editada por las organizaciones puestas fuera de la Ley en la de 9 de febrero de 1939, que cuando menos es testimonio de activa presencia. (S. 20 octubre 1965.)

39. Art. 254 (*Tenencia ilícita de armas*).—La responsabilidad de este delito alcanza a todos los que hubieren tenido el arma sin guía o licencia en cualquier momento, pues lo que la Ley castiga es la mera tenencia, coincida o no con la ocupación. (S. 23 septiembre 1965.)

La tenencia de armas en el propio domicilio tiene la virtualidad de operar en el sentido de ser suficiente la carencia de la guía, precisándose en todo caso la licencia. En la Ley penal está empleado el término de «domicilio» en una acepción lata y vulgar y no en la estricta de domicilio civil. (S. 2 noviembre 1965.)

40. Art. 302 (*Falsedad en documento público*).—Son documentos oficiales las fichas que forman parte integrante de un Registro público. (S. 2 noviembre 1965.)

En el número 9 del artículo 302 del Código penal se sanciona una conducta en tanto en cuanto la simulación de un documento produce el efecto de un error sobre su veracidad, y por esto el delito no se agota en la mera alteración de la legitimidad del documento, sino que la consumación se realiza en cuanto el documento simulado produce el error. (S. 27 diciembre 1965.)

41. Art. 303 (*Falsedad en documento público*).—En la falsedad de un documento oficial, como es la carta de pago de un impuesto, no es precisa intención alguna de lucro, sino que basta la voluntariedad de la falsificación o la presentación en una oficina pública del documento falsificado para que se dé el dolo específico de este delito y la adecuación entre el propósito y el resultado. (S. 13 octubre 1965.)

La falsedad consiste en la alteración consciente de la verdad, la cual es

incompatible con la sinceridad de quien no incurre en ningún fingimiento al creerse autorizado en virtud de un poder para otorgar contratos en nombre de su mandante. (S. 27 octubre 1965.)

El otorgamiento de escritura pública en la que se recoge un negocio jurídico simulado, sin perjuicio de derechos o intereses de tercero, no constituye delito de falsedad en documento público por falta de dolo. (S. 28 septiembre 1965.)

42 (*Falsedad en documento mercantil*).—Es equivocada la tesis de que los balances de las sociedades anónimas sólo gozan del carácter de documentos mercantiles a efectos penales cuando han sido examinados e informados por los accionistas censores de cuentas y aprobados por la Junta General de Accionistas, siendo los balances formulados por los administradores meros proyectos desprovistos de protección penal. (S. 4 noviembre 1965.)

43. Art. 309 (*Falsedad en documento de identidad*).—El tipo penal a que se refiere este precepto no consiente otras modalidades sino las de falsedad material, por lo que en su ámbito no puede incluirse el hecho de cometer falsedad ideológica, como la de faltar a la verdad en la narración de los hechos. (S. 17 diciembre 1965.)

44. Art. 322 (*Uso público de nombre supuesto*).—Para la tipificación de este delito es condición indispensable que el nombre supuesto se use públicamente por el agente para conseguir un fin preconcebido, pero, si se emplea esporádicamente por una sola vez para obtener un lucro ilícito, constituye un evento engañoso que queda subsumido en el delito de estafa. (S. 30 noviembre 1965.)

45. Art. 341 (*Delitos contra la salud pública*).—La estructura jurídica del delito contra la salud pública sancionado en este precepto no permite otra forma comisiva que la de la consumación, puesto que, siendo su naturaleza de mero riesgo y no de resultado, la actividad de tráfico para el ilegal destino de la misma integra por sí misma la plena consumación. (S. 29 octubre 1965.)

46. Art. 370 (*Desobediencia*).—La negativa a cumplir órdenes de la autoridad superior, dadas dentro de su competencia y con las formalidades legales, para que constituya el tipo de delito de desobediencia que describe el artículo 370 del Código penal, tiene necesariamente que ser abierta y reiterada para que no deje lugar a dudas que la intención del culpable no es otra sino la de desobedecer los mandatos de sus superiores con el consiguiente descrédito y menosprecio del principio de autoridad y quebranto de la disciplina que ello implica. (S. 4 noviembre 1965.)

47. Art. 391 (*Cohecho*).—El cohecho no es uno de los llamados «delitos de propia mano», pues ni es cierto que sólo pueda ser autor de aquél quien esté en situación de ejecutar inmediata y corporalmente por él mismo la acción prohibida, ni tampoco es exacto que no pueda cometerse sirviéndose de otro como instrumento. (S. 30 octubre 1965.)

49. Art. 402 (*Exacciones ilegales*).—El artículo 402 del Código penal castiga al funcionario público que exigiere directa o indirectamente mayores derechos de los que le estuvieren señalados por razón de su cargo, sin que sea necesario que se entienda directamente con los perjudicados para la per-

petración del delito, pues se comete lo mismo cuando se vale de tercera persona. (S. 28 septiembre 1965.)

50. Art. 413 (*Aborto producido por la mujer*).—Cabe la apreciación de tentativa imposible, sin perjuicio del tipo previsto en el último párrafo del artículo 411. (S. 30 septiembre 1965.)

51. Art. 420 (*Lesiones*).—El ámbito de aplicación del número 4.º del artículo 420 del Código penal es muy limitado, pues sólo contempla las lesiones en función de su duración; cuando transcurrido el proceso curativo no se ha restablecido íntegramente la normalidad funcional y queda algún órgano afectado permanentemente, entonces hay que situar las lesiones en el número que corresponda de los primeros del citado artículo según el grado de alteración física que haya quedado al lesionado. (S. 11 diciembre 1965.)

52. Art. 430 (*Abusos deshonestos*).—El tipo de abusos deshonestos violentos, en su modalidad de uso de fuerza, requiere para su realización el despliegue de energía a fin de vencer la resistencia opuesta por el sujeto pasivo de la acción, pero no es menester que la fuerza empleada sea irresistible, pues basta que se use la idónea en el caso concreto para vencer aquella resistencia, ni tampoco que los actos de fuerza y los actos libidinosos aparezcan claramente diferenciados y cronológicamente separados. Se trata de un delito de simple actividad, consumado aunque el autor no hubiere agotado el plan que se hubiera trazado para la satisfacción de su deshonestidad. (S. 17 diciembre 1965.)

En nuestra construcción penal no presenta el delito de abusos deshonestos una forma jurídica autónoma, sino que sus distintos tipos están condicionados, unos a las estructuras dinámicas de la violación, y otros a las del estupro, y de esta posible doble incriminación se deducen distintas consecuencias en cuanto a la unidad o pluralidad de delitos cuando existan uno o varios actos materiales comisivos, que en el delito de abusos deshonestos del tipo de estupro han de considerarse como un solo delito, no ya por la doctrina de esta Sala atinente al delito continuado, sino por la naturaleza misma del delito de estupro, y por ende del de abusos deshonestos de éste derivante, que al no ser, como los de violación y afines, de forma comisiva instantánea, sino más bien de conducta de engaño o prevalimiento, la pluralidad de tocamientos impúdicos no violentos sino engañosos no produce la pluralidad de delitos, tratándose de idénticos sujetos activo y pasivo, del mismo modo que los plurales yacimientos con igual mujer estuprada no determinan más que un único delito de estupro. (S. 26 noviembre 1965.)

53. Art. 431 (*Escándalo público*).—Es doctrina de este Tribunal que el hecho de destinar toda o parte de una casa-habitación a facilitar habitualmente mediante precio la satisfacción de los deseos sexuales de las parejas que allí acuden, convierte aquel lugar en una casa de tolerancia de las prohibidas en el artículo 2 del Decreto-ley de 3 de marzo de 1956 y determina la aplicación del artículo 431 del Código penal, texto refundido de 1944. (S. 29 octubre 1965. Análoga doctrina en S. 19 noviembre 1965.)

Siendo el delito de escándalo público la lesión que se infiere a los sentimientos de morigeración y recato de la sociedad con la ejecución de actos deshonestos, no es preciso que tales actos tengan lugar en público para que el delito se cometa, bastando únicamente con que se produzca aquel

ultraje al pudor social, bien en el momento de la perpetración del acto, bien al ser conocido, por ser propiamente un delito de resultado, y, producido éste, es indiferente el medio por el cual se llegó a él. (S. 27 octubre 1965.)

54. Art. 434 (*Estupro*).—Acreditada la buena conducta de la joven de diecisiete años, su doncellez se presume. Es estupro doméstico el realizado por persona que se aloja transitoriamente en la casa en que la estuprada presta servicios de doméstica. (S. 14 octubre 1965.)

En el artículo 434 la ley habla de «cualquier título», refiriéndose con ello, más que a una relación jurídica, a una situación de hecho, que coloca a la estuprada en un plano de inferioridad con relación al agresor de su honestidad y le imposibilita reaccionar con igual libertad que pudiera hacerlo quien no se encontrara en esas condiciones. (S. 22 noviembre 1965.)

55. Art. 436 (*Estupro*).—La indeterminación de la naturaleza, extensión y eficacia del engaño necesario para el estupro en el precepto del artículo 436 del Código punitivo concede al juzgador penal la facultad de apreciarlo según su prudente arbitrio, en atención a las circunstancias que concurran en cada caso concreto. Se comprenden en el engaño cuantos medios fraudulentos utilice el inculpaado para sugestionar a la estuprada, determinando su voluntad y obteniendo así su propósito doloso, confiada la mujer en un suceso futuro racionalmente esperado. (S. 17 noviembre 1965.)

La protección penal que la Ley otorga a la honestidad de la mujer soltera menor de veintitrés años, cuando se logra su consentimiento al acto carnal seducida o engañada ante ficticias situaciones que se le ofrecen con apariencias de realidad, ha llevado al Tribunal Supremo a incluir en el párrafo 1.º del artículo 436 del Código penal el acceso sexual logrado mediante promesa incumplida de matrimonio, siempre que se preste en condiciones de credibilidad. (S. 22 octubre 1965.)

Constituye estupro tener accesos carnales con una joven de vida honesta, a la que el procesado acompañaba por la plaza y muy frecuentemente por la noche a la puerta de la casa donde prestaba servicios, o en el quicio de alguna puerta de la misma calle, relaciones públicas éstas a las que los usos sociales atribuyen de ordinario un eventual propósito ulterior matrimonial, y que por su carácter llevaron al ánimo de la joven que el fin lógico de tales relaciones sería el matrimonio, por lo que accedió a aquellos accesos carnales. (S. 11 octubre 1965.)

56. Art. 441 (*Rapto*).—No es necesario para este delito que se acredite la honestidad de la raptada, ni que la sustracción de la menor se realizara contra la voluntad de los encargados de su custodia. (S. 21 diciembre 1965.)

57. Art. 457 (*Injurias*).—El dolo específico del delito de injurias es la intención de causar deshonor, descrédito o menosprecio de otra persona, y ello, como elemento íntimo y en cierto modo impenetrable del ánimo, hay que deducirlo, más que por el valor natural de las palabras y el significado léxico de los conceptos emitidos, por la ocasión en que se profieren y los antecedentes y circunstancias de toda índole que rodean al hecho. (S. 19 octubre 1965. Análoga doctrina en S. 24 noviembre 1965.)

58. Art. 458 (*Injurias*).—La declaración hecha por la mujer embarazada, para justificarse de su estado ante sus padres o amigos, cuando señala al autor de su gravidez con este solo propósito, no sigue un designio de inju-

riar. Tampoco es compatible con el ánimo de injuria el de defensa al explicar su situación de embarazada en la vista del juicio oral. (S. 20 septiembre 1965.)

59. Art. 490 (*Allanamiento de morada*).—El delito de allanamiento de morada del artículo 490 del Código penal, como cualquier otro de naturaleza dolosa, presupone una acción dirigida a vulnerar un determinado interés o valor que constituye el objeto jurídico, que en dicha infracción no es otro que el de la libertad y seguridad a que obliga el epígrafe del título XII en que está inserto. Los delitos que tuvieren otras finalidades específicas extrañas a la aludida no producen concurrencia con el allanamiento, a no ser que se acrediten plurales propósitos, sino que el extremo de desarrollarse en morada ajena sólo se refleja eventualmente en la agravante 16 del artículo 10 o en las tipicidades que la incorporen. (S. 11 noviembre 1965.)

Ejerce violencia para entrar en morada ajena el que penetra en la misma por vía que no es la destinada al efecto, tanto porque este medio de entrada lo considera violento el Código penal al definir el robo, que es la única definición legal a la que podemos acudir, como porque es de presumir que a esta forma de entrar por lugar no habilitado para ello se opone el morador, y habría que acreditar que lo consentía al menos de modo tácito por haberla utilizado con su beneplácito o sin su protesta en anteriores ocasiones. (S. 13 noviembre 1965.)

60. Art. 501 (*Robo con violencia o intimidación en las personas*).—El ánimo de lucro, elemento determinante del robo, atrasa hacia sí la calificación y posterga los resultados lesivo e intimidatorio, caracterizándolo como delito complejo siempre que entre los delitos integrantes exista la adecuada conexión. (S. 29 septiembre 1965.)

La intimidación en las personas tipificadora del delito de robo del artículo 500 del Código penal, en cuanto es equivalente a la violencia física, ha de consistir en la amenaza de un mal inminente y grave de tal naturaleza, y dada a conocer en circunstancias tales que la víctima se vea constreñida a consentir en la entrega de la cosa mueble como único medio de liberarse en aquel momento del peligro que se le pone de manifiesto súbita e inesperadamente, requiriendo, por tanto, dos premisas *de facto*: que la amenaza sea suficiente para compeler a la persona a obrar contra su voluntad, y que el mal sea de inmediata ejecución, pues el anuncio de un mal futuro o indeterminado no puede producir efectos intimidativos a estos efectos. (S. 13 noviembre 1965.)

61. Art. 503 (*Extorsión*).—El delito del artículo 503 del Código penal, que la doctrina suele denominar extorsión, no ofrece en nuestro Derecho positivo otro encuadramiento que el de robo, al que en nombre y estructura se asimila, singularizándose tan sólo en versar la fuerza o violencia sobre actividades documentales. (S. 7 diciembre 1965.)

62. Art. 504 (*Robo con fuerza en las cosas*).—Aunque lo que tipifica el robo es la violencia material o fuerza que se emplea para apoderarse de las cosas muebles ajenas, esta fuerza no precisa ir acompañada de rompimiento o fractura, sino que basta con vencer con cualquier medio o procedimiento las medidas de seguridad adoptadas para la defensa de la cosa. (S. 23 diciembre 1965.)

La utilización de la propia llave legítima para cometer la sustracción no puede ser reputada como el empleo de llave falsa, si no consta que fuera sustraída a su dueño. (S. 2 noviembre 1965.)

Para que el escalo constituya el robo es forzoso que exista anteriormente la intención de cometerlo, pero no cuando, al realizar el fin inicial, surge el deseo de apoderarse de efectos que el sujeto encuentra a su alcance. (S. 23 diciembre 1965.)

En el delito de robo, como en el de hurto, no es necesario que el reo pueda disponer más o menos libremente de lo robado o hurtado, y que consiga el fin lucrativo propio de estos delitos... y si los objetos quedan por algún tiempo fuera de la disposición de su dueño el delito queda consumado. (S. 16 diciembre 1965.)

63. Art. 514 (*Hurto*).—Cosa mueble ajena es todo aquello que le alcance este concepto jurídico y no sea de la propia pertenencia, por lo que en el delito de hurto no es necesario que conste quién sea el dueño de la cosa sustraída, que sólo se hace preciso a las derivadas consecuencias de la responsabilidad civil, no siendo tampoco necesario que aparezca manifestada la contraria voluntad del dueño de la cosa. (S. 18 octubre 1965.)

Es reiterada la doctrina de esta Sala, para estimar la frustración en esta clase de delitos, que el autor no haya tenido la libre disposición de la cosa sustraída, como sucede cuando es sorprendido en el mismo local o inmediatamente perseguido. (S. 11 octubre 1965.)

64. Art. 516 (*Hurto con abuso de confianza*).—El abuso de confianza equivale a conculcar especiales deberes de lealtad para el perjudicado, contraídos mediante vínculos y relaciones personales que supongan el otorgamiento de una especial confianza, de la cual se hace mal uso, lealtad que se quebranta aprovechándose el culpable de la facilidad que para sustraer o apoderarse de una cosa ofrece al mismo el ejercicio de determinado empleo o cargo. (S. 18 diciembre 1965.)

Para apreciar el abuso de confianza basta con la facilidad que goce el culpable para realizar la sustracción, y esta facilidad existe siempre entre personas que conviven en la misma vivienda. (S. 15 noviembre 1965.)

Al no exigir el Código que el abuso de confianza en el hurto sea grave, para que integre el tipo agravado del número 2.º del artículo 516 al concurrir esta circunstancia no hay posibilidad de apreciarla como agravante genérica, pues de lo contrario se quebrantaría el principio general consagrado en el artículo 68 del mismo Código. (S. 22 septiembre 1965.)

65. Art. 519 (*Alzamiento de bienes*).—Para la existencia del delito es necesario el conocimiento exacto del perjuicio causado a los acreedores. (S. 29 septiembre 1965.)

66. Art. 529 (*Estafa*).—La diferencia entre el delito de hurto y el de estafa consiste en que en el primero el sujeto activo del delito se apodera, sustrae o toma las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño, es decir, que el agente se apodera y hace suya sin ejercer fuerza o violencia una cosa que pertenece o está en posesión de otra persona que no presta su consentimiento al traslado de la posesión o tenencia de dicha cosa, mientras que en la estafa el culpable se apropia o dispone en su particular provecho de la

cosa de otro valiéndose de un procedimiento engañoso que tiene que ser bastante para mover la voluntad de la víctima o perjudicado, induciéndole a error. (S. 10 diciembre 1965.)

El engaño es el cimiento que sirve de base sustentadora del delito de estafa y, cuando falta aquél, no nace ni tiene vida éste; cuyo engaño ha de tener calidad y potencia persuasiva suficientes para vencer la resistencia de la elegida víctima a desprenderse de lo suyo. (S. 17 noviembre 1965.)

No pueden enervar el claro vínculo causal entre el engaño y el lucro la pretendida o real excesiva credulidad del sujeto pasivo y su no adopción de precauciones para cerciorarse de la inexistencia del negocio, las que, de haberse adoptado en momento oportuno, solamente hubieran producido efecto sobre el elemento de la acción, que hipotéticamente sería imperfecta en grado de frustración o tentativa. (S. 10 noviembre 1965.)

La circunstancia agravante de abuso de confianza no puede estimarse en los delitos de estafa por ser inherente a todas las modalidades de esta infracción punible. (S. 10 diciembre 1965.)

El delito de estafa se caracteriza por la defraudación que se causa utilizando los procedimientos engañosos que se mencionan en el artículo 529 del Código penal, u otros semejantes, mediante los cuales se mueve la voluntad del perjudicado a celebrar el contrato con el desplazamiento patrimonial que lleva consigo, a cuyo momento hay que referir el engaño y no a la actuación posterior del agente, aunque éste al contratar tuviese el ánimo de no cumplir lo pactado. (S. 9 octubre 1965.)

En el momento actual (desaparecida la figura delictiva de la falsedad con ánimo de lucro del Código penal de 1932) tiene establecido el Tribunal Supremo que son perfectamente coexistentes ambos delitos de falsedad y de estafa, aunque en un sentido meramente cronológico puedan no ser coetáneos. (S. 27 diciembre 1965.)

67. Art. 530 (*Estafa: reincidencia*).—El artículo 530 del Código penal no exige que las condenas anteriores sean con pena igual o superior, bastando con que hayan sido sancionados dos veces por el mismo o semejante delito, y no hay duda que, por ser contra la propiedad, el hurto, el robo y la estafa hay que comprenderlos en tal disposición. (S. 29 octubre 1965.)

68. Art. 535 (*Apropiación indebida*).—En atención a los confusos perfiles dogmáticos que separan las figuras delictivas de hurto cualificado por el abuso de confianza del número 2 del artículo 516 y de apropiación indebida del artículo 535 del Código penal, la jurisprudencia más reciente ha decidido atenerse a la norma objetiva de perpetración más que a la de titularidad civil, dada la genérica referencia que a éste hace el texto del artículo 535, y, en consecuencia, aplicarlo en supuestos que los efectos de que el procesado se apoderó, se hallaban materialmente en su poder, sin que fuere menester emplear dinámica comisiva de sustracción con cambio posesorio, que es la característica más cierta del hurto. (S. 27 octubre 1965. Análoga doctrina en S. 17 y 19 noviembre 1965.)

El dolo específico del delito de apropiación indebida es el abuso de confianza. (S. 15 noviembre 1965.)

La circunstancia específica de abuso de confianza está embebida en el delito de apropiación indebida. (S. 17 noviembre 1965.)

El art. 535 del Código penal no exige que el título en virtud del cual se recibe la cosa sea nominado o típico en la esfera del Derecho privado, sino que basta que sea de tal naturaleza que implique la obligación de entregar la cosa recibida. No habiéndose fijado plazo por las partes ni teniéndolo señalado por la Ley, la obligación de entrega es exigible desde luego, conforme al Derecho civil. (S. 29 octubre 1965. Análoga doctrina en S. 30 noviembre 1965.)

Las cláusulas expresas de no disponibilidad en las compraventas y la conversión en depósito de los objetos adquiridos hasta el pago total de su precio cumplen los presupuestos característicos del delito de apreciación indebida enunciado en el artículo 535 del Código penal. (S. 15 noviembre 1965.)

El delito no se perpetra al cobrar las facturas de los clientes de la empresa a cuyo servicio se hallaba el procesado, sino en quedarse y apropiarse las sumas ajenas sin entregarlas a sus dueños, en coyunturas temporales imposibles de precisar. (S. 22 septiembre 1965.)

69. Art. 540 (*Maquinaciones para alterar el precio de las cosas*).—Para la realización del delito definido en el artículo 540 del Código penal es menester que el esparcimiento de falsos rumores o el uso de cualquier otro artificio se ejecute con el designio de conseguir alterar los precios naturales que resultarían de la libre concurrencia de mercancías... elemento subjetivo tan esencial que sin él no cabe estimar la comisión del delito ni aun en grado de tentativa. (S. 4 noviembre 1965.)

70. Art. 542 (*Usura*).—La usura es delito de tendencia y conducta, en que la consumación coincide con el concierto del préstamo sin requerirse resultados económicamente valorables como los que figuran en otras infracciones contra la propiedad de contenido cuantitativo sobre la base de lucros y perjuicios reales. (S. 17 noviembre 1965.)

La suscripción de 17 contratos de préstamo usurario es suficiente para demostrar la habitualidad que exige el Código penal para sancionar este tipo de operaciones. (S. 23 octubre 1965.)

71. Art. 543 (*Usura*).—Para que un contrato pueda calificarse de préstamo a los efectos de los artículos 542 y 543 del Código penal, en relación con el 1.740 del Código civil, no es requisito indispensable que el prestamista entregue al prestatario dinero efectivo, sino que puede consistir sin que por ello se desnaturalice la tipicidad del contrato, en la concesión de un crédito o en la cesión del que se tenga contra un tercero, o mediante operaciones diversas en que juega la entrega de vales o cupones para adquirir artículos de comercio cuyo importe se abona a un comerciante determinado previo canje de los vales por dinero, haciendo éste una bonificación al prestamista. (S. 8 noviembre 1965. Análoga doctrina en S. 11 noviembre 1965.)

72. Art. 546 bis, e) (*Receptación*).—La tesis de que el precepto de arbitrio concedido en materia de receptación a los tribunales de instancia por el artículo 546 bis, e) ha de entenderse subordinado a las reglas generales de aplicación de penas del artículo 61, ambos del Código penal, la doctrina de esta Sala en algún caso concreto y en atención a la especialidad del contemplado la ha aceptado así, pero numerosas resoluciones y las más recientes

sentencias de este Tribunal sientan doctrina contraria a la tesis propuesta, porque la regla especial debe prevalecer sobre la general. (S. 23 noviembre 1965.)

73. Arts. 558 y 559 (*Daños*).—La destrucción de la cosa ajena no requiere el ánimo de lucro o el de ejercicio ilícito del propio derecho, sino solamente el ánimo inmediato de perjudicar, que se consigue al atacar la propiedad y aun la seguridad general de ella. (S. 6 diciembre 1965.)

74. Art. 565 (*Imprudencia*).—Es doctrina de esta Sala, aplicando estrictamente el principio de culpabilidad, que toda imprudencia punible, aún en su grado más leve, necesita un algo material en que sustentarse, algo que en este tipo de infracciones no dolosas no puede ser otro que un hacer, «un hecho ejecutado» con imprudencia, o sea, sin las normas de precaución y cautela exigidas en el momento de obrar, por nimias que sean, siempre que su omisión produzca un resultado dañoso derivado precisamente de su no observancia y no de otro elemento. (S. 10 noviembre 1965.)

Los delitos de imprudencia que propiamente pueden llamarse de comisión por omisión, al presentarse en la mayoría de los casos como una verdadera ausencia de medidas de cautela en el obrar humano, pueden ofrecerse también como verdadero delito de omisión desde el inicio, donde no se contempla una actividad del agente, sino una pasividad o un no hacer cuando debía obrar para evitar el riesgo de sufrir un daño la persona que actuaba en beneficio o bajo las órdenes del culpable y cuya situación de peligro le era conocida. (S. 11 diciembre 1965.)

No puede aplicarse el artículo 2.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 en vez del párrafo primero del artículo 565 del Código penal, porque el delito de peligro cede ante el de resultado. (S. 28 octubre 1965.)

Para la realización del delito culposo no basta el incumplimiento de un deber objetivo de cuidado, plasmado o no en un precepto reglamentario, que se halle en conexión causal con un resultado típico, sino que es menester que la infracción sea reprochable al agente, por serle exigible individualmente el cumplimiento de dicho deber en atención a sus condiciones personales y a las circunstancias históricas que configuran concretamente el hecho enjuiciado. (S. 23 septiembre 1965.)

No puede atribuirse a una conducta dos motivaciones tan diversas como son la desesperación y la falta de previsión, las cuales resultan opuestas para entender el verdadero y auténtico móvil del acto enjuiciado. (S. 28 octubre 1965.)

No puede erigirse en principio capital de la circulación rodada el de la traslación unilateral de todas las consecuencias dañosas a los hombros del sujeto desencadenante del peligro específico, cuando, por el contrario, las ineludibles exigencias de la solidaridad social imponen como norma a cuantos participan en el tránsito vial la de distribución de la carga del riesgo específico entre todos los que en la situación concreta de peligro están en condiciones personales de coadyuvar a la evitación del resultado típico. (S. 18 diciembre 1965.)

La culpa de la víctima no excluye por sí sola la causalidad y la culpabilidad de la acción del reo. Para producir tal efecto excluyente es menester que se erija en la única causa eficiente del resultado, o que, sin llegar a

suprimir totalmente la causalidad de la acción, elimine la exigibilidad personal del deber objetivo de cuidado cuya infracción originaría en otro caso la culpabilidad del autor. (S. 27 septiembre 1965.)

La gravedad de las imprudencias no se mide por sus efectos, sino por la mayor o menor culpa del responsable. (S. 23 octubre 1965.)

La temeridad existe cuando se daban circunstancias para haber podido evitar el accidente con medidas al alcance de cualquier conductor de las más elementales cualidades de diligencia. (S. 20 septiembre 1965.)

La temeridad del agente hay que referirla al momento mismo en que ejecuta la acción, en relación con las circunstancias concurrentes de lugar, tiempo, modo, forma, etc. (S. 13 diciembre 1965.)

La infracción de preceptos reglamentarios no implica necesariamente que la imprudencia cometida tenga que ser calificada de simple con infracción de reglamentos si en las premisas *de facto* hay elementos más que suficientes para reputarla de temeraria. (S. 4 octubre 1965. Análoga doctrina en S. 6 noviembre 1965.)

La temeridad de la imprudencia al conducir se sitúa en la más intensa desobediencia al deber de cuidado exigible para seguridad del tráfico, moldeada sobre la omisión de normas elementales de prudencia, creadora de peligro cuyas consecuencias previsibles la aproximan a la culpa consciente. (S. 6 noviembre 1965.)

El solo hecho de circular por mano contraria implica ya de por sí el carácter de grave en la imprudencia. (S. 22 septiembre 1965.)

Una de las formas más graves de la culpa en materia de circulación es no respetar la preferencia de mano de los vehículos que acceden por su derecha, dato suficiente para justificar no solamente la imprudencia sino asimismo su rango de temeridad. La presencia de una infracción de reglamentos no es factor que elimine la temeridad, concepto cualitativo y no cuantitativo. (S. 19 octubre 1965. Análoga doctrina en S. 21 diciembre 1965.)

La ausencia de signos luminosos en vehículos que circulan durante la noche es conducta que a cualquier persona medianamente prudente alcanza su máxima peligrosidad, en el plano de mínima previsión que caracteriza la temeridad de la imprudencia. (S. 2 octubre 1965.)

Las simples infracciones reglamentarias no constituyen delito más que cuando como consecuencia de ellas se haya producido el resultado lesivo. (S. 25 noviembre 1965.)

La interpretación estricta de los preceptos penales impide extender el párrafo final del artículo 565 del Código punitivo, referente a la imposición de la pena de privación del permiso de conducir, a los casos en que la imprudencia no se cometa conduciendo vehículo de motor, porque falta entonces la *ratio legis* del precepto, inhabilitar temporalmente para la conducción al que con su imprudencia, impericia o negligencia demuestre ser peligroso en el gobierno de tales vehículos, y de aquí que la frase «infracción cometida con vehículos de motor», que emplea el Código, haya de referirla a los casos en que el vehículo sea el instrumento o medio manejado por el infractor en su conjunto de mecanismo gobernado y dirigido por una persona, no a las imprudencias que puedan cometerse accionando sobre los elementos integrantes, aisladamente considerados. (S. 14 octubre 1965.)

75. Art. 586, núm. 3 (*Imprudencia*).—Todo conductor de un vehículo de motor debe tener presente siempre que el riesgo abstracto y general inherente a la mera circulación del mismo por las vías públicas, puede verse extraordinariamente incrementado por el fallo repentino de algunos de sus mecanismos, y que en tales circunstancias excepcionales de peligro concreto está en el deber de controlar sus emociones a fin de poder efectuar las maniobras o de hacer funcionar los mecanismos idóneos para evitar o aminorar la lesión de los bienes jurídicos ajenos. (S. 6 diciembre 1965.)

LEY DE 9 DE MAYO DE 1950 (AUTOMOVIL)

76. Art. 1.º (*Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas*).—El artículo 1.º de la llamada Ley del Automóvil de 9 de mayo de 1950 no prevé y sanciona el conducir vehículos de motor en estado de embriaguez cualquiera que sea su grado, pues requiere, además de tal estado objetivo, su inmediato reflejo en la capacidad del conductor que lo coloque en estado de incapacidad para realizarlo con seguridad del tráfico y de los ocupantes del vehículo (S. 25 octubre 1965.)

Desde que el chófer se sienta al volante e inicia la maniobra de desparcamiento, ya está conduciendo. (S. 2 noviembre 1965.)

La sentencia recurrida señala como causa única del accidente el que el procesado no guardó la debida atención y cuidado en la conducción del automóvil, por su estado de incapacidad para hacerlo con seguridad y sin riesgo alguno para las personas o cosas, como consecuencia de haber ingerido con anterioridad numerosas bebidas alcohólicas, conducta temeraria en grado sumo en la que quedó subsumida la embriaguez, pues para que pudiera ser sancionado como delito independiente el conducir en ese estado peligroso se hace necesario que no hubiese sido ese estado psíquico el único determinante del accidente delictivo. (S. 8 noviembre 1965. Análoga doctrina en S. 13 noviembre 1965.)

77. Art. 3 (*Conducción sin habilitación legal*).—Este delito no es subsumible en el de imprudencia del artículo 565 del Código penal por cuanto ostenta una estructura de mera actividad independiente de los resultados reales. (S. 18 diciembre 1965.)

Si bien es cierto que, conforme al artículo 3.º de la llamada Ley penal del Automóvil de 9 de mayo de 1950, el conducir un vehículo de motor con carnet caducado podrá constituir en principio y casos concretos el delito de conducción de un vehículo de motor sin estar legalmente habilitado para ello, puesto que con arreglo a la legalidad entonces vigente los permisos que hubieran caducado por falta de renovación quedaban anulados y sin valor alguno; como con posterioridad se reformó el artículo 274 del Código de la Circulación, por Decreto de 20 de mayo de 1965, disponiendo que podrá solicitarse la revisión después de transcurrido el plazo de validez del permiso, es visto que los permisos que no hayan sido renovados no quedan ahora completamente anulados y sin valor alguno, y pueden ser revisados y canjeados por otros, sin otra sanción que la multa gubernativa que se impone; y si por otra parte el artículo 6.º de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos del Motor de 24 de diciembre de 1962, actualmente en vigor y que deroga la de 1950 en cuanto se refiere a infracciones, sólo castiga como delito la

inexistencia del permiso de conducir, pero no el circular con un permiso caducado, máxime si es susceptible de renovación, aunque los hechos atribuidos al procesado fueran constitutivos de delito en la fecha de su comisión, es de aplicar el principio general de retroactividad en beneficio del reo establecido en el artículo 24 del Código penal. (S. 2 octubre 1965.)

En el delito de mera actividad, definido y sancionado en el artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, el conducir con carnet caducado es por sí mismo integración del resultado y de la voluntariedad de producirle; pero la creencia de que el permiso admitía mayor plazo de vigencia constituye un error sobre leyes extrapenales que excluye la culpabilidad. (S. 2 octubre 1965.)

78. Art. 4.º (*Conducción con placa falsa*).—Conducir con placa de matrícula falsa o distinta de la debida, o alterada, o hecha ilegible, es delito compatible con el de falsedad por alterar también la documentación, poniendo en la misma distinto número y nombre del titular. (S. 26 noviembre 1965.)

79. Art. 5.º (*Omisión de socorro*).—En el delito de no auxilio a la víctima del artículo 5.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, llamado omisión de socorro en la nueva Ley de 24 de diciembre de 1962, el concepto de sujeto pasivo del mismo no puede circunscribirse a las personas que son atropelladas por los vehículos mecánicos, sino que debe extenderse a cualquier víctima causada por el conductor, toda vez que la Ley no distingue, y no pueden quedar desamparados quienes viajando en uno de esos vehículos resultan lesionados por la impericia e imprudencia de sus conductores. (S. 28 octubre 1965.)

80. Art. 9.º (*Hurto de uso*).—El denominado delito de hurto de uso requiere para su existencia que conste de modo indubitado la voluntad del agente de sólo utilizar la cosa ajena que toma sin aspiración de hacerse dueño de la misma. (S. 18 de octubre 1965.)

LEY DE 24 DE DICIEMBRE DE 1962 (VEHICULOS DE MOTOR)

81. (*Vacatio legis*).—Habiendo ocurrido los hechos de autos en el día 23 de abril de 1963, en que estaba en pleno vigor la Ley de 1950, el Tribunal debiera haber aplicado la privación del permiso de conducción por el delito en ella marcado y según su prudente arbitrio, sin acudir a aplicar al caso preceptos de la Ley de 1962, no aplicables en la casación en su período de *vacatio legis*, como ya tiene establecido anteriormente la doctrina de esta sala. (S. 27 noviembre 1965. Análoga doctrina en S. 6 diciembre 1965.)

CODIGO PENAL DE 1963

82. Art. 8.º, número 8 (*Arrebato u obcecación*).—El arrebato u obcecación no debe ser entendido a modo de premio o privilegio para temperamentos violentos, sino de causa que disminuya la responsabilidad por la presencia de estímulos poderosos determinantes de la situación psicológica pasional. (S. 15 diciembre 1965.)

83. Art. 9.º, número 10 (*Atenuantes por analogía*).—No existe analogía entre la circunstancia 3.ª del artículo 9.º del Código penal y la avanzada edad. (S. 10 diciembre 1965.)

84. Art. 10, núm. 1.º (*Alevosía*).—*Vid.* núm. 90.

85. Art. 24 (*Retroactividad*).—No puede sostenerse un recurso fundado en el supuesto de lo que hubiera acordado el Tribunal en lo que es de su privativa facultad, o sea, la cuantía de la pena. (S. 9 noviembre 1965.)

Vid. número 81.

86. Art. 123 (*Ultrajes a la Nación española*).—No pudiéndose confundir en el campo jurídico-penal los conceptos de Nación, Estado y Régimen, cuya diferenciación en la doctrina científica del Derecho Político es clara y evidente, pues sus perfiles ofrecen contornos diversos y limitándose el artículo 123 del Código punitivo a castigar los ultrajes a la Nación, en el sentido de su unidad, es obligado deducir que el inculpado no tuvo la intención de que la censura que dirigía al Régimen, como representación de una situación política, pudiera ser interpretada como a la Nación, «alta entidad constituida por variados elementos espirituales y materiales», como es definida en la sentencia de 25 de mayo de 1959. (S. 25 octubre 1965.)

87. Art. 174 (*Asociación ilícita*).—El ingreso en la asociación por afán de mejora económica y de mayor justicia social, sin ulterior análisis, carece de gravedad, por ser ajeno a la violencia y a la propaganda, por lo que debe ser estimado a efectos del párrafo cuarto del número 1.º del artículo 174 del Código. La gravedad de la cooperación consistente en aportaciones económicas no aparece graduada en el número 2.º de dicho precepto (S. 9 octubre 1965.)

88. Art. 321 (*Intrusismo*).—El artículo 321, párrafo 1.º, del Código penal no exige la habitualidad ni atribuirse públicamente la cualidad de profesional, siendo suficiente, en consecuencia, para la existencia del delito, el realizar los actos propios de una profesión, y no cabe duda que la extracción de muelas corresponde exclusivamente a los que tienen el título oficial requerido para ello. Las personas a quienes se extrajo las muelas son los sujetos pasivos del delito. (S. 22 octubre 1965.)

89. Art. 343 (*Delitos contra la salud pública*).—En los delitos de peligro la Ley contempla, no el resultado dañoso unido a la situación creada por el agente, sino a esa situación considerada en sí misma con abstracción del mal que haya producido... Cuando la Ley castiga un hecho concreto como constitutivo de un riesgo para el bien común, y ese hecho se produce por acto voluntario y deliberado del sujeto, la función represiva debe actuar como medida de seguridad pública aunque no vaya seguido aquél de daño a persona determinada, porque aquí el bien jurídico protegido no es el paciente, sino los intereses generales, la salud pública seriamente amenazada con esa sustitución de medicamentos. (S. 16 diciembre 1965.)

90. Art. 406 (*Asesinato*).—El procesado acometió a su víctima de frente, pero cuando ésta hablaba con otra persona, aprovechando momentos, circunstancias y medios que constituyen en alevosa la agresión ejecutada, al implicar de hecho una sorpresa para el acometido. Los elementos que integran la alevosía deben examinarse, no en el momento crítico del hecho, sino en todos aquellos que abarquen la totalidad del acontecimiento. No es preciso en modo alguno que los medios o formas en que la alevosía consista, hayan sido escogidos o preparados con antelación, sino que basta que se hayan aprovechado en el momento. (S. 3 noviembre 1965.)

91. Art. 431 (*Escándalo público*).—Son elementos necesarios de este delito un acto reprovable y la proyección de este acto en el cuerpo social, verdadero sujeto pasivo del delito, que no es obligado se realice ante multitudes, pues la trascendencia a que alude el precepto no se limita a la significación de publicidad, sino que abarca también al concepto de trascender por determinación de efectos consecutivos, especialmente cuando la víctima es menor y el hecho influye en el proceso formativo de su personalidad. (S. 12 noviembre 1965. Análoga doctrina en SS. de 26 noviembre y 23 y 28 diciembre 1965.)

92. Art. 437 (*Estupro*).—El artículo 437 está consignado para proteger la honestidad de la mujer menor de 23 años cuando se encuentra al servicio de un jefe o patrono de quien depende, al no gozar por tal condición de la libertad necesaria para resistir pretensiones carnales de éste, a las que accede por temor, respeto o reverencia, con un consentimiento viciado por aquella relación de subordinación. Las relaciones de dependencia o subordinación de la estuprada con su ofensor no pueden circunscribirse a las de tipo laboral, sino que han de abarcar cualquier situación en que el inculpado tenga ascendiente sobre su víctima y ésta no se encuentre en condiciones de resistir con la misma libertad de quien no se encuentra en esa situación de inferioridad. (S. 11 noviembre 1965.)

93. Art. 441 (*Rapto*).—El delito de rapto subsume el de estupro aunque cupiera la relación de medio a fin. (S. 17 noviembre 1965.)

94. Art. 452 bis, d) (*Delitos relativos a la prostitución*).—Respecto de la recepción de parejas de uno y otro sexo para practicar el acto carnal, ha de especificarse que tales uniones carnales son ilícitas, que los favorecedores facilitan medios para que las mujeres calificadas como prostitutas ejerzan en la casa el trato carnal, y que la cobranza por la habitación constituye medio de vivir, para demostrar que existe la necesaria tipicidad penal. El artículo 452 bis, d) del Código penal, que es uno de los que contienen en el texto penal en vigor la adaptación en la legislación penal española de los convenios internacionales sobre represión de los actos moralmente reprobables, va directamente dirigido a penar una manifestación directa de favorecimiento de la prostitución, por lo cual requiere que este extremo, como el de la corrupción ajena, se consigne con el suficiente relieve para que resulte clara la existencia del tipo penal (S. 30 octubre 1965.)

95. Art. 487 (*Abandono de familia*).—Aunque este delito es de carácter permanente o de tracto sucesivo, la reanudación de la vida familiar rompe la continuidad delictiva, y la conducta posterior da origen a un nuevo abandono de familia (S. 13 diciembre 1965.)

96. Art. 534 (*Defraudación de la propiedad industrial*).—La retroactividad es clara cuando se trata de sancionar un hecho que en la legislación anterior no era delito, o cuando una conducta que era punible deja de serlo, pero, como el artículo 533 del Código penal de 1944 figuraba en la sección «De las estafas y otros engaños», y el actual artículo 534 en la «De las infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial», al no crear ni extinguir un delito, pues ambos castigan el perjuicio de tercero por infracción de las normas que rigen la propiedad industrial, tiene que

servir de regulador la pena que sea inferior por ser más favorable al reo. (S. 4 octubre 1965.)

97. Art. 535 bis (*Cheques en descubierto*).—Lo que sanciona el artículo 535 bis del Código penal de 1963 es el dar en cualquier circunstancia un cheque o talón sin provisión de fondos, sin que para ser punible precise un engaño anterior. El engaño, por la apariencia de solvencia, está comprendido en el número 1.º del artículo 529 del Código penal. (S. 16 diciembre 1965.)

Jurisprudencia procesal penal

(Sala 2.^a del Tribunal Supremo)

Segundo semestre de 1967

FERNANDO GISBERT CALABUIG
Del Instituto de Derecho Procesal

SUMARIO: I. PARTE GENERAL: 1. Organó jurisdiccional: A. Jurisdicción: a) Delimitación con la jurisdicción militar. b) Prejudicialidad: Jurisdicción laboral. B. Competencia: Cuestión de competencia entre Juzgados de instrucción. 2. Partes: Responsabilidad civil subsidiaria: Principio derogación: 3. Acción penal: A. Alcance del concepto «indemnización». B. Acción civil: personas ofendidas en el delito de amancebamiento. 4. El proceso penal *stricto sensu*: A. Iniciación: a) Denuncia en delitos privados. b) Diligencia de reparto. B. Instrucción preliminar: a) Inspección ocular y recogida de vestigios. b) Certificado de antecedentes: Carácter. C. Artículos de previo pronunciamiento: a) Declinatoria de jurisdicción. b) Prescripción del delito. D. Pruebas: a) Declaración de pertinencia. b) Documento notarial: Eficacia. E. Crisis procesal: a) Conformidad a la petición Fiscal: Organó competente para la ratificación del proceso. b) Suspensión del juicio oral. F. Terminación del proceso: Sentencia: a) Contenido de la misma. b) Relación de hechos probados. c) Calificación jurídica: d) Pronunciamiento sobre la pena. 5. Impugnación del proceso: Recurso de casación: a) Naturaleza. b) Resolución. contra las que procede. c) Motivación: Casación por infracción de Ley: a') Al amparo del número 1.º del artículo 849: Denuncia de la incongruencia. b') Al amparo del número 2.º del artículo 849: Error de hecho y documento auténtico. d) Casación por quebrantamiento de forma: a') Doctrina general sobre el escrito de preparación. b') Al amparo del número 1.º del artículo 850: Denegación de diligencia probatoria. c') Al amparo del número 2.º del artículo 850: Omisión de la citación para el juicio oral. d') Al amparo del inciso 1.º del número 1.º del artículo 851: Falta de claridad en los hechos probados. e') Al amparo del inciso 2.º del número 1.º del artículo 851: Contradicción entre los hechos probados: f') Al amparo del inciso 3.º del número 1.º del artículo 851: Predeterminación del fallo. g') Al amparo del número 3.º del artículo 851: No resolución de todos los puntos objeto de debate. h') Al amparo del número 4.º del artículo 851: Punición por un delito más grave que el que fue objeto de acusación. e) Falta de legitimación del responsable civil subsidiario. f) Adhesión: improcedente al recurso. g) Motivación inaceptable. II.—PARTE ESPECIAL: A. El llamado procedimiento de urgencia: Suspensión del juicio e instrucción suficiente. B. Proceso ante el Tribunal de Orden Público: Citación de sacerdote como testigo. C. Proceso por injurias: Perdón del ofendido.

I. PARTE GENERAL

1.—ORGANO JURISDICCIONAL: A.—*Jurisdicción*: a) *Delimitación con la jurisdicción militar*: La cuestión planteada se suscita por la intervención de un accidente ocurrido con motivo de la circulación, entre vehículos conducidos por un paisano y un aforado a la Jurisdicción Militar (Ejército de Tierra), que originó heridas a los ocupantes de un vehículo (la motocicleta militar) y daños en ésta y en el otro vehículo (autobús) conducido por el paisano, apareciendo que sin perjuicio de lo que pueda resolverse en su día, en el momento actual pudiera atribuirse a ambos conductores o protagonistas una mayor o menor intervención en el hecho de autos, según el criterio que se establezca, punto en el que discrepan las Jurisdicciones contendientes, y que ha dado lugar a que se suscite la presente competencia de carácter negativo entre ellas, en la que el Fiscal del Tribunal Supremo informa en el sentido de resolver la cuestión encomendada a la Jurisdicción ordinaria, lo que también entiende esta Sala, porque si bien los delitos de imprudencia, como el del caso presente, no producen desafuero en los militares, ya que el artículo 16 en relación con el artículo 13 del Código de Justicia Castrense, se ha de interpretar en sentido rigurosamente estricto, tal criterio es aplicable en los casos en que la responsabilidad del aforado es indubitada y exclusiva pero como en el presente no ocurre así, y existe una actuación importante del no aforado, no hay otra solución que acudir al criterio que decide la cuestión, es decir, la de que debe conocer es la jurisdicción ordinaria por su carácter de atractiva. (Auto 23 octubre 1967.)

En ocasión de que el Cabo 1.º de Artillería de la Armada, Francisco C. C., se dirigía a San Fernando pilotando una motocicleta, al llegar a la altura de las cocheras de la Compañía de Tranvías de Cádiz a San Fernando, alcanzó al obrero Rafael R. D., que procedía al enganche y desenganche de dos troles a un trolebús, aparcado reglamentariamente, y a consecuencia de ello resultó con tan graves heridas que falleció.

El Almirante Capitán General del Departamento Marítimo de Cádiz acordó inhibirse del conocimiento de los hechos por entender que el aforado no cometió infracción alguna y fue el representante de la empresa de tranvías, el responsable de realizar la maniobra de aparcamiento de trolebús, el que infringió el artículo 126 del Código de la Circulación. El Juez de Instrucción número 2 de los de Cádiz no aceptó la inhibición propuesta por entender que existen indicios posibles de criminalidad por parte del Cabo, estar acreditado que el trolebús tenía encendidas las luces de situación, e incluso que la infracción o no infracción por parte del trolebús no influye en la presunta criminalidad del conductor de la motocicleta.

Planteada la cuestión de competencia el T. S. la resuelve declarando: Para resolver este conflicto, decidiendo sobre qué jurisdicción, la de Marina o la Ordinaria deba seguir conociendo de los hechos motivadores de esta causa, es preciso tener en cuenta, que por imperio del artículo 11 de la L. E. Crim., «cuando aparezcan a la vez culpables personas sujetas a la Jurisdicción Ordinaria y otras aforadas» se produce la «vía atractiva» en favor de esta última, provocándose un auténtico desafuero, que excluye el normal conocimiento, que por razón de «persona» se atribuye normalmente en el artícu-

lo 15, número 1.º del Código de Justicia Militar a la Jurisdicción especial correspondientes «Marina, Ejército o Aire».

Para que el aludido desafuero se produzca es, pues, menester, dado el trance en que tiene que producirse el conflicto, positivo o negativo, ponderar, sin que ello prejuzgue la definitiva declaración de responsabilidad y la subsiguiente reclusión, si cuando menos indiciariamente caben imputaciones conjuntas a personas aforadas y sujetas a la Jurisdicción Ordinaria, o sólo al aforado, debiendo en el primer caso producirse y la atribución competencial al fuero ordinario y en el segundo a la Jurisdicción especial, que en este supuesto debe retenerse el conocimiento de la causa. De lo actuado no aparece ni indiciariamente siquiera la responsabilidad de persona no aforada y por inaplicación de los artículos que sirvieron de base a la declinación, de conformidad con el dictamen fiscal debe resolverse en favor del fuero especial. (Auto 3 julio 1967.)

La competencia para conocer de los hechos que dieron lugar a la cuestión promovida por la jurisdicción Central de Marina al Juzgado de Instrucción, número 2, de La Coruña, radica en la ordinaria y en este sentido ha de ser decidida la referida cuestión competencial, pues instruido sumario en dicho Juzgado por estimarse que pueden ser constitutivas de delito de desacato a los señores Magistrados de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de aquella capital, ciertas expresiones contenidas en el escrito dirigido a la expresada Sala autorizado por el Letrado defensor de una de las partes, que es aforado, no es procedente sustraer de la jurisdicción requerida el conocimiento de los hechos por la consideración de implicar una ligera irrespetuosidad o, a lo sumo, una falta que afecta al decoro con que las clases militares deben dar público ejemplo de moralidad, decencia y compostura, recogida en el artículo 443 del Código de Justicia Militar y cuya corrección corresponde a la jurisdicción de Marina, según lo establecido en el artículo 7.º, 2.º de este ordenamiento, porque se procede en el sumario por delito que causa desafuero a tenor de lo dispuesto en el artículo 16, 1.º, del repetido Código y a la jurisdicción ordinaria compete practicar las actuaciones necesarias para conseguir el mayor esclarecimiento de lo ocurrido y establecer su entidad o consideración jurídica, lo que no impide, si llegara a advertirse que las expresiones vertidas en el escrito de referencia sólo integran una falta que la jurisdicción requirente sea llamada a decidir sobre el conocimiento de ella, conforme prescribe el citado artículo 7.º del Código Castrense. (Auto 4 diciembre 1967.)

b) *Prejudicialidad: Jurisdicción laboral*: Aunque la sentencia de la Magistratura de Trabajo declare que no hay accidente de trabajo, ello no puede impedir que la jurisdicción penal estime la existencia de un delito, ni obliga a esta jurisdicción a admitir como inabocable la resolución de la Magistratura dictada en sus privativas funciones. (Sentencia 14 octubre 1967.)

B) *Competencia: Cuestión de competencia entre Juzgados de instrucción*: Si bien en el aspecto estrictamente procesal, la cuestión de competencia de que se trata, su tramitación aparece suscitada en forma contraria a aquellas normas que son preceptivas para promoverla y poder con acierto decidir a quién corresponde el conocimiento de los hechos

que figuran comprendidos en el atestado formado por la Guardia Civil de Fuente Ovejuna, documento inicial en el que constan los hechos supuestos o reales realizados, y que son imputados al inculpado, es evidente que la conexidad de los delitos que se contienen guardan relación entre sí; y al no haber sido objeto de anterior, y previo procedimiento, resulta obligado que deben ser enjuiciados en un único sumario, dada la analogía que tienen, y su conexidad existente, a tenor del número 5.º del artículo 17 de la Ley de Enjuiciar en el orden penal. Aun cuando no constan en su lugar oportuno, debidamente expuestos los dictámenes que han sido emitidos por el Fiscal si aparece que tanto en el sumario 328/66 del Juzgado de Antequera como en el 163/66, radicante en el de Peñarroya-Pueblo Nuevo, aquél fue oído —y en las actuaciones del último, por dos veces— razón ésta por la que, en definitiva, y habida la circunstancia, de un lado, de ser uno el Fiscal en todo el territorio nacional y la consideración, por otro —consideración grave y que no es posible olvidar—, que el inculpado está recluido en prisión, procede el que, por hoy y mientras los hechos no hagan otra comprobación diferente, y sin más trámites, no da lugar a la nulidad de actuaciones pretendida por el Fiscal de este Tribunal, y decidir la competencia a favor del Juzgado de Peñarroya-Pueblo Nuevo, por ser el primero que conoció de los hechos atribuidos al que es objeto de la privación de su libertad. (Auto 11 julio 1967.)

Por el Juzgado de Instrucción de Luarca se sigue sumario número 38 de 1966 por rapto y prostitución en virtud de denuncia formulada por A. F. F., contra su hija C. F. F., en cuyo sumario el Juez Instructor acordó inhibirse en favor del de igual clase a quien corresponda de los de Málaga, lugar de residencia de C., que trabajaba en un bar de mala reputación. El Juzgado número 2 de los de Málaga no aceptó la inhibición propuesta, puesto que de lo actuado sólo se desprende como hecho delictivo para su persecución el de abandono de familia, sin que tengan eficacia a efectos de competencia las demás alusiones a otros delitos que son consecuencia del delito principal de abandono del domicilio conyugal y como éste quedó establecido en Luarca, es a este Juzgado al que corresponde conocer del sumario con todas sus consecuencias. Planteada la cuestión de competencia el T. S. la resuelve declarando: Fue en la villa de Luarca donde la menor casada abandonó el domicilio materno, admitido como conyugal por el marido cuando cumplía sus deberes militares; como el delito denunciado, de comisión por omisión de los deberes anejos al matrimonio, es permanente, cuya consumación se verifica durante todo el tiempo en que no se atienden las obligaciones familiares, y en este concepto la menor que cumplió los dieciséis años fuera de su hogar es sujeto activo imputable del delito denunciado por la forma omisiva primera del artículo 487 del C. P., y los demás hechos posteriores que cabrían en la forma segunda y, en todo caso, consiguientes al delito primero en conexión con el mismo, según el número 5.º del artículo 17 de la L. E. Crim., la cual en su artículo 14, número 2.º señala al Juzgado de Instrucción de Luarca como competente en el sumario 38 de 1966, órgano que continuará la tramitación del sumario. (Auto 26 septiembre 1967.)

El Juzgado de Instrucción de Belmonte, de la provincia de Cuenca, en unas diligencias previas incoadas en virtud de testimonios de particulares de un

sumario del Juzgado de igual clase de Ciudad Real remitido por este Juzgado, dictó auto inhibiéndose del conocimiento de dichas diligencias en favor del referido Juez de Ciudad Real. Este juez, después del dictamen del Ministerio Fiscal, acordó no aceptar la inhibición y mandar testimonio de lo actuado al T. S. para resolver la competencia. El T. S. acuerda: Siendo las Audiencias Territoriales las competentes para resolver los conflictos de competencia entre las Audiencias de lo Criminal —hoy Audiencias Provinciales— del mismo territorio, según disposición expresa del artículo 20 de la L. E. Crim., las que se susciten entre Jueces de ese territorio no puede seguir norma distinta según tiene declarado esta Sala en 11 de abril de 1905 —6 octubre 1908 y 2 de agosto 1911— ya que uno y otro tienen un mismo superior común; por lo que siendo Belmonte, de Cuenca, y Ciudad Real, Juzgados del territorio de la Audiencia Territorial de Albacete, a ésta corresponde resolver la competencia entablada entre ellos. (Auto 14 noviembre 1967.)

El Juzgado número 10 de los de Madrid sigue sumario en virtud de querrela entablada por don Philip K. H. contra don Celso P. M., por presunto delito de estafa al no entregarle el querrellado al querellante dos cuadros que aquél le compró y pagó, hechos negados por don Celso que además hace constar que los cuadros los tenía en Bilbao, donde ocurrieron los hechos. Previo dictamen del M. Fiscal dicho Juzgado se inhibió del conocimiento del sumario en favor del de igual clase de Bilbao, toda vez que allí ocurrieron los hechos y fue entregado y protestado un cheque. El Juzgado de Instrucción, número 7 de los de Bilbao no accedió a la inhibición propuesta ya que de lo actuado parece deducirse un propósito engañoso inicial que cristalizó en el recibo de una cantidad sin contraprestación alguna, actividad realizada en Madrid, aunque posteriormente se extendiese un talón que había de hacerse efectivo en Bilbao. Planteada la cuestión de competencia el T. S. la resuelve en los siguientes términos: Se desconoce dónde y cuándo empezaron las relaciones comerciales para la venta de los cuadros entre querellante y querrellado, pues en el recibo de 5 de agosto de 1966, no consta dónde fue extendido, apareciendo en cambio el talón bancario de 3 de diciembre de 1966 extendido y entregado en Bilbao y contra Banco de la misma ciudad, resultando hasta el momento presente, que los cuadros fueron vendidos y se encontraban en dicha Ciudad; a los efectos exclusivos de competencia conforme al número 2 del artículo 14 de la L. E. Crim., es forzoso declarar la competencia del Juzgado de Bilbao. (Auto 18 noviembre 1967.)

En el sumario en el que se ha suscitado la presente cuestión de competencia negativa consta acreditado, a los exclusivos fines que interesan en este momento procesal, el apoderamiento en un concreto punto geográfico de una bicicleta justipreciada en 400 pesetas sin empleo de violencia en las personas ni fuerza en las cosas, y la ocupación en poder de otro de los inculcados de un semoviente —que ha sido objeto de depósito— sin constancia clara de su procedencia ni de la forma o modo mediante los cuales pasó a poder de dicho sujeto, por lo que, ante la ausencia de relación entre uno y otro hecho procede, de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal, y con invocación de los artículos 14 y 15-1.ª de la L. E. Criminal, decretar que prosiga en el conocimiento del sumario el Juzgado de

Instrucción que lo inició, sin perjuicio de que por el mismo se deduzca testimonio de los particulares atinentes a la sustracción de la bicicleta para que se persiga por el órgano competente del lugar de la comisión de este hecho. (Sentencia 7 diciembre 1967.)

2.—PARTES: *Responsable civil subsidiario: Principio de rogación*: El principio de rogación que el artículo 615 de la L. E. Crim., establece para la responsabilidad civil de terceras personas por razón de delito, no puede estimarse cumplido sin una postulación expresa a órgano jurisdiccional por quien se crea con derecho a ella, ni puede por tanto considerarse implícita esa petición en la que se formula al procesado o responsable directo de la infracción, porque aunque una y otra nazcan de un mismo hecho —el delito— el tercero es ajeno a su comisión, y sólo responde civilmente, y siempre con carácter subsidiario, en los casos determinados en la ley; por lo que condenado el culpable por ministerio del artículo 19 del C. P., a reparar los daños causados por el delito, esta condena no puede extenderse de oficio a los no culpables, porque siendo una responsabilidad estrictamente civil derivada de actos ajenos, precisa de una petición expresa por no poderse vincular a nadie a favor de quien nada ha pedido; y en su consecuencia, como la Sala al examinar los autos en uso del derecho que le concede el artículo 899 de la citada Ley Procesal ha comprobado las alegaciones del recurrente de que tanto el Ministerio Fiscal como la acusación privada no formularon petición de responsabilidad civil para el Estado en los escritos de calificación ni en el acto del juicio oral, la condena que se hizo a éste como responsable civil subsidiario del delito que fue objeto del proceso penal, infringió el artículo 19 del Código, y el único motivo del recurso del Abogado del Estado, apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser acogido. (Sentencia 16 noviembre 1967.)

3.—ACCIÓN PENAL: A.—*Alcance del concepto «indemnización»*: El único problema que se plantea en el presente recurso es el referente a si la renuncia e indemnización hecha por la viuda del que resultó víctima del delito, libera al procesado de la obligación de indemnizar a la madre que no hizo tal renuncia y en general a los que sean herederos del interfecto; problema que procede resolver en sentido contrario al que sostiene el recurso, donde se suponen infringidos los artículos 101 y 104 del C. P. al haber acordado el Tribunal de Instancia conceder indemnización a los herederos, porque en el concepto de indemnización, no sólo se comprenden los daños materiales, sino los morales y de toda índole causados por el delito, según viene declarando repetidamente esta Sala; por lo que no es sostenible la tesis sustentada por el recurrente de que el legislador lo que pretende compensar es el menoscabo material que la desaparición del ser causa en la familia que sostiene, ya que ello conduciría a que en la muerte de niños, ancianos e incapacitados para el trabajo no habría obligación de indemnizar, como si la vida no tuviese un valor *per se* que no se puede desconocer, según ha declarado también esta Sala, y se llegaría a suprimir la obligación de indemnizar los perjuicios morales expresamente protegidos en el artículo 104 del citado Código, que se supone infringido; y en su consecuencia, al no constar que la viuda renunciante sea la única heredera del que fue víctima del accidente, y declararse probado que la madre de éste no

hizo tal renuncia, se declara explícitamente la existencia de otros herederos, en el orden civil con derecho preferente al cónyuge viudo, que no pueden ser excluidos del derecho a ser indemnizados, no como sucesores de un caudal como erróneamente se afirma en el recurso, sino como integrantes de una familia afectada por el delito, familia también expresamente mencionada y protegida en el repetido artículo 104; por todo lo cual no es posible acoger el único motivo del recurso interpuesto por supuesta aplicación indebida de los citados artículos del C. Penal. (Sentencia 6 julio 1967.)

B.—*Acción civil: Personas ofendidas en el delito de amancebamiento*: Se combate el extremo de la indemnización civil a favor de las hijas del matrimonio, al no ser ofendidas por el delito, ni figurar como terceras personas perjudicadas por el mismo, sin que se combata la indemnización en cuanto a la esposa ofendida, sobre lo cual es de sentar que, en efecto las hijas, aunque sufran material y moralmente las consecuencias de las disensiones matrimoniales de los padres, no pueden jurídicamente decirse que sean ofendidas por el delito, perseguible sólo a instancia de parte por la esposa, en cuanto que el delito de amancebamiento va contra la fidelidad matrimonial y no contra los deberes emanados de la patria potestad y de la filiación, por lo que carecen las hijas de la oportuna acción penal, y por ende de la civil en esta vía, no pudiendo admitir que sean personas terceras perjudicadas por el delito, porque aparte de lo expuesto en cuanto a la carencia de acción de las mismas, los perjuicios se pretenden derivar de un abandono del hogar por el procesado recurrente, con las consecuencias derivadas, aun las de orden moral, abandono de hogar que puede adquirir aspectos de una figura delictiva (abandono de familia), que no ha sido objeto de enjuiciamiento en los presentes autos. (Sentencia de 22 de noviembre de 1967.)

4.—EL PROCESO PENAL «STRICTO SENSU». A.—*Iniciación*: a) *Denuncia en delitos privados*: Si inmediatamente de verificarse los hechos, efectuó la denuncia la madre de la agraviada, por no poder realizarlo ésta, dado el estado de nerviosismo que padecía, prestó después declaración a continuación de su madre, siendo por otra parte materialmente imposible, que presentara la denuncia el marido de la víctima, por encontrarse ausente de la localidad, cumpliendo el servicio militar, quedando convalidada su voluntad de que continuara el procedimiento, por haberlo así manifestado terminantemente, al verificarse el ofrecimiento de acciones, mediante el oportuno exhorto a la Jurisdicción Militar. (Sentencia 25 octubre 1967.)

b) *Diligencia de reparto*: El recurso es plenamente desestimable en la única motivación admitida, porque si bien nadie duda a la vista del artículo 8.º de la L. E. Crim., que la Jurisdicción Criminal es siempre improrrogable, no se ha infringido el artículo 14 de la propia Ley, número 2.º que asigna la competencia para la instrucción de las causas a los Jueces Instructores del Partido en que el delito se haya cometido; y siendo varios al de guardia sin que pueda darse lugar a la casación por lo dispuesto en los simples Decretos gubernativos de 3 de mayo de 1932, 4 de marzo de 1933, en cuyo artículo 5.º se previene que los sumarios y diligencias criminales que se inicien o reciban en el Juzgado durante el tiempo del servicio de guardia, se tramitarán por el propio Juzgado hasta su terminación, con la sola ex-

cepción de aquellos procesos cuya iniciación obedezca a querrela en que practicadas las diligencias urgentes serán repartidos al Juzgado que se encuentre en turno, ni tampoco por el D. de 11 de junio de 1935, cuando en su último párrafo previene que si el hecho denunciado hubiese ocurrido antes de las setenta y dos horas precedentes al comienzo de la guardia, se remitirán también para el reparto por el decanato, pues la inobservancia de estas normas, meramente gubernativas, no puede en manera alguna dar base a un recurso de casación, amparado en el número 1.º del artículo 849, que exige para su viabilidad la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo o de otra norma jurídica del mismo carácter, calidad que no tienen los Decretos citados, cuya inobservancia, meramente gubernativa dará lugar a su corrección; pero como en definitiva el sumario ha sido tramitado por un Juez del Partido donde el supuesto delito fue cometido, no existe sustancialmente defecto competencial. A mayor abundamiento el recurrente incidió al plantear el artículo y en este recurso, en notoria inconsecuencia, pues por una parte pretendió la nulidad de todo lo actuado y que se dejaran sin efecto cuantas medidas se acordaron por el Juzgado de Instrucción número 23 de esta capital, con olvido notorio que la estimación de una cuestión de competencia en lo penal no anula las diligencias practicadas, imponiendo tan sólo, como determinan los artículos 38 y 674 de la Ley, que se remitan los autos al Tribunal o Juez que se considere competente, pero siendo notorio el contrasentido de solicitar una improcedente declaración de nulidad de actuaciones, pues si el Tribunal fuese incompetente también lo sería para decretar la nulidad que se pretende; y en este sentido es ilustrativa la sentencia de esta Sala de 29 de septiembre de 1947 que declaró ser incongruente y contradictoria la conducta de una parte, porque simultáneamente pone en tela de juicio la competencia del Tribunal y seguidamente solicita de la misma Sala que, lejos de abstenerse, provea decretando la nulidad de determinadas diligencias, lo que impide de manera absoluta discernir de acuerdo con las pretensiones de las partes. (Sentencia 3 noviembre 1967.)

B.—*Instrucción preliminar*: a) *Inspección ocular y recogida de vestigios*:

La diligencia del artículo 326 carece de autenticidad al estar sólo firmada por el Secretario y corresponder practicarla al Juez instructor, con la asistencia del fedatario. (Sentencia 8 noviembre 1967)

b) *Certificado de antecedentes*: *Carácter*: El certificado expedido por el Registro Central de Penados y Rebeldes es documento auténtico. (Sentencia 17 noviembre 1967.)

C.—*Artículos de previo pronunciamiento*: a) *Declinatoria de jurisdicción*: Considerandos del Auto de la Audiencia:

1.—Imputándose al procesado, tanto por el Ministerio Fiscal como por el querellante particular, en sus conclusiones provisionales, la comisión de un delito de raptó con anuencia de la raptada, del artículo 441 y otro delito de estupro del artículo 436, ambos del C. P.; y teniendo en cuenta que de la carta de la supuesta ofendida, de 25 de julio de 1966, que obra al folio 8 del sumario, en relación con la declaración prestada por la misma ante el Juez instructor, al folio 372, aparece que aquélla abandonó en la fecha indicada,

el domicilio paterno en P. U., lugar emplazado en el ámbito jurisdiccional, de esta Audiencia, sin pretender valorar ahora la trascendencia penal de aquel acto y su proyección en el delito de raptó imputado, es lo cierto que a efectos de la competencia, materia en la que no es dado descender al análisis de la prueba, sería bastante para dejar definida la de este Tribunal al amparo del número 3.º del artículo 14 o del número 1.º del artículo 15 de la L. E. Crim., si respecto al delito de estupro existiera, asimismo algún principio de prueba en cuanto al lugar de su posible comisión. II.—Por el contrario, no existe en las actuaciones antecedente alguno sobre el particular indicado, lo que impone el desplazamiento de la cuestión del campo donde operan los aludidos preceptos procesales para encajarla en el marco del artículo 17 de la propia Ley Adjetiva, definidor de la conexidad de los delitos, dada la indudable conexión que implica la evidente analogía y relación entre los que son objeto de las acusaciones, hasta el punto de que ambos aparecen tipificados en el mismo título del C. P. bajo la rúbrica «De los delitos contra la honestidad» y por consiguiente, como quiera que los dos tienen señalada en aquel Ordenamiento la misma pena, la competencia de este Tribunal viene impuesta a tenor del número 2.º del artículo 18 de la repetida Ley.

Considerandos del Tribunal Supremo:

I.—Para acoger el único motivo del recurso con amparo en el número 1.º del artículo 849 de la L. E. Crim. y señalar la competencia de los Tribunales de M. para conocer del delito de raptó con anuencia de la mujer, del artículo 441 del C. P., sería menester que esa pretendida competencia resultara de los escritos de conclusiones provisionales de las partes acusadoras, por no ser procesalmente admisible que en el artículo de previo pronunciamiento se discutan hechos que constituyen el fondo del proceso penal, ni que se examinen y valoren las pruebas que le afectan, por cuanto que se prejuzgaría el juicio; y como para decidir la cuestión en el sentido que el procesado pretende sólo ofrecen los referidos escritos el hecho de la llegada de la supuesta raptada a M. procedente de P. U., de paso para B. y F. y a su regreso de esta nación para S., el cual carece de entidad bastante frente a la atribuida entrevista del procesado con la mujer en el pueblo de H. para convenir la fuga de ésta del hogar paterno, la facilitación de medios para que la llevara a efecto y la huida en el automóvil que envió el recurrente con tal finalidad, son estos hechos, ciertos o no —lo que se ventilará en el correspondiente juicio—, y no aquél los determinantes de la competencia y ésta la atribuye a la Audiencia de H. para el conocimiento del expresado delito el artículo 14 número 3.º, de la mencionada Ley.

II. Del delito de estupro del artículo 436 del citado Código, por el que se acusa también al procesado, no existe indicación alguna sobre el lugar de su supuesta comisión y la competencia para entender del mismo viene impuesta por la señalada para el delito de raptó por los artículos 17, número 5.º, y 18 número 2.º, de la citada Ley procesal, ya que son conexos por su relación y analogía y están castigados con igual penalidad; por lo que se concluye desestimando el motivo. (Sentencia 23 noviembre 1967.)

b) *Prescripción del delito*: La acción ejercitada es por injurias causadas

en juicio que es el momento en el que se producen, pues unas cartas particulares no pueden llegar a conocimiento del querellante, y tampoco cuando se unen a diligencias criminales en las cuales no es parte, siendo en cambio posible que durante el juicio oral, ya público o bien por lectura de las cartas o por las alusiones que a las mismas se hagan durante las declaraciones o informes, lleguen a conocimiento del querellante la existencia de las palabras que a él hacen referencia y realmente es en aquel momento cuando se comete el delito, pues son frases pronunciadas en juicio las que se persiguen en esta causa, sin que conste en qué fecha se celebró el juicio oral, y sabido es, que la prescripción no puede acreditarse con presunciones, sino que es forzoso que conste de una manera auténtica e indudable para hacer el cómputo del tiempo, y esta circunstancia no concurre en este caso al desconocerse, como anteriormente se dice, la fecha del juicio oral. (Sentencia 27 noviembre 1967.)

Respecto a la alegación de prescripción del delito, el recurrente aporta el simple dato de la fecha de comisión de los delitos y la fecha de la sentencia que se recurre, de lo que se deduce que, en efecto, entre ambas fechas ha transcurrido el plazo de más de cinco años señalado para la prescripción de los mismos, conforme al artículo 113, en que se establece el término antes señalado, para los casos como el presente, que tenga señalado pena inferior a seis años: pero en modo alguno cabe acoger esta argumentación, porque según el artículo 114 del Código punitivo tenemos el dato exacto de la fecha de comisión para empezar a computar el término de la prescripción, pero no tenemos ningún otro elemento, ya que no consta en manera alguna si el procedimiento judicial se paró, y que estuviera parado durante los precisos cinco años, ni siquiera que paralizado algún tiempo, se abriera de nuevo para dirigirlo contra el recurrente, y siendo ello así no existe base de hecho alguna para dar por probados los elementos necesarios para la prescripción, que nunca puede deducirse simplemente por haber transcurrido el plazo legal oportuno desde el hecho hasta la sentencia. (Sentencia 6 octubre 1967.)

D.—*Pruebas*: a) *Declaración de pertinencia*: En líneas generales la pertinencia de las pruebas viene en función de estar correctamente propuestas; tener relación con los hechos controvertidos; y referirse directa o indirectamente a los problemas debatidos, pudiendo tener eficacia práctica para su acreditación; pues de otra forma deben ser rechazadas. (Sentencia 9 diciembre 1967.)

b) *Documento notarial: Eficacia*: Un documento notarial sólo da fe de que las manifestaciones fueron vertidas a presencia del fedatario público, pero no asegura su autenticidad, ni mucho menos. (Sentencia 28 noviembre 1967.)

E.—*Crisis procesal*: a) *Conformidad a la petición fiscal: Organismo competente para la ratificación del procesado*: El único motivo de casación por quebrantamiento de forma, deducido al amparo del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —sin cita de número concreto—, no puede estimarse ya que mediante él se denuncia el incumplimiento de las normas previstas en el artículo 655 de la misma Ley al haberse practicado ante determinado Juzgado de Paz la diligencia de ratificación del procesado en la

conformidad prestada por su defensa a la calificación y petición Fiscal, siendo que en opinión del recurrente ello debió llevarse a cabo ante la Audiencia Provincial, pues así lo entendió la Fiscalía de este Supremo Tribunal en la Memoria de 15 de septiembre de 1883, mas es lo cierto que lo que la Ley demanda, única y exclusivamente, es la ratificación del procesado, sin especificar cuál sea el órgano ante el que deba tener efecto, entendiéndose con carácter bien generalizado que puede serlo ante órgano de cualquier grado jurisdiccional del orden penal, sin que pueda argüirse que la limitación de la competencia al propio Tribunal sentenciador adviene del hecho de que la tal diligencia se produce en la fase de juicio oral, ya que sabido es que dentro de la propia fase pueden practicarse no pocas diligencias por órganos inferiores, cabiendo finalmente añadir que en aquellos concretos casos: en que el legislador estimó adecuado atribuir competencia de determinado órgano, con exclusión de los demás ello quedó plasmado de un modo expreso en el precepto pertinente. (Sentencia 13 octubre 1967.)

Con referencia a la *exceptio veritatis*, a que de pasada se alude, sólo ha de decirse que nada se planteó oportunamente conforme al artículo 810 de la Ley procesal, manifestando de modo expreso querer probar el acusado, antes del juicio oral, la certeza de la imputación injuriosa o del hecho criminal que hubiese imputado, y por tanto, no puede tomarse en consideración esta extemporánea alusión, ni es necesario unir el original de la diligencia cuya falsedad, en distinto grado de participación se imputa a los funcionarios calumniados, porque obra en autos en varios testimonios y porque su sola presencia no acredita su falsedad y ninguna prueba se propuso en su momento, ni ahora para acreditarla, y porque tampoco su contenido de índole particular, como la misma expresa, tuvo eficacia alguna en las actuaciones en que se extendió, aparte del hecho cierto, con diligencia o sin ella, de no haber retirado el aquí recurrente la cantidad que consignó para tomar parte en una subasta, realidad inmovible y no atacada, que sirvió de base a posteriores resoluciones, que quedaron firmes. (Sentencia 16 noviembre 1967.)

b) *Suspensión del juicio oral*: Toda suspensión de juicio oral, como crisis procesal, que afecta a la necesaria rapidez de la administración de justicia y a la obligada resolución con la brevedad posible de los procesos penales, ha de obedecer a causas precisadas *ex lege* en los artículos 745 y 746 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procedimiento ordinario, y de estar presidida siempre, por una razón de suprema justicia, en defensa de un valor necesitado de protección, que de no atenderse, lesione los indudables derechos a la buena investigación o a la defensa del acusado, y aun siendo facultad del Tribunal de instancia su acuerdo o repulsa, queda sometido a la censura de la casación, por la vía del número 1.º del artículo 850 de dicha ley de trámites. Por lo expuesto, es de toda evidencia, que no procede acoger el motivo articulado por la defensa del procesado por dicho camino y con base en la falta de comparecencia del testigo de descargo don Fernando G. M., pues el Tribunal, que una vez había suspendido el juicio ante su incomparecencia porque no constaba su citación, no la otorgó por segunda vez ya que la causa de no concurrir a la llamada judicial, no era otra que el desconoci-

miento de su paradero, al no tener el domicilio señalado, dándose por informado con sus declaraciones sumariales expresivas y detalladas, por lo que resultaría imposible su presencia ante nueva suspensión, que no estimaba necesaria, máxime cuando la parte que los propuso y ahora recurre, no proclamó expresamente sobre qué hechos nuevos debía versar su testimonio, y el interrogatorio a que quería someterlo, razones todas que llevan a la conclusión de ausencia de indefensión de imposibilidad de producirse el testimonio y de no cumplimiento de exigencias precisas. (Sentencia 29 septiembre 1967.)

F.—*Terminación del proceso: Sentencia: a) Contenido de la misma: Toda sentencia envuelve un silogismo, a medio de la expresión principal y fáctica que representa la premisa mayor, contenida en los hechos probados de la menor que se manifiesta en su calificación jurídica, y de la conclusión, que es el fallo decisorio de absolución o condena. (Sentencia 7 julio 1967.)*

a) *Relación de hechos probados: La trascendencia del hecho probado exige que su relato sea armónico y escalonado, a medio de un sentido lógico y complementario absoluto, no pudiendo contener conceptos que se opongan o repelen entre sí o que no se cohesionan. (Sentencia 7 julio 1967.)*

En la ineludible precisión de los hechos probados, que imponen establecer como premisa mayor de la resolución, los artículos 142 número 2.º y 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha de operar el Tribunal de instancia, expresándolos clara y terminantemente, por exigencia imperativa del inciso 1.º del núm. 1.º del artículo 851 de la propia Ley, es decir, que con la finalidad de poder realizarse la posterior función calificadora típica o atípica del hecho, en el precepto penal invocado por las acusaciones, que conduzca por fin, al adecuado fallo, previamente han de relatarse los acaecimientos humanos ocurridos, según su estimación soberana en la conciencia de los juzgadores, derivada de la apreciación valorativa de las justificaciones, en versión que por su delicadeza trascendente, no debe ser susceptible de dudas u oscuridades, ni de expresiones ambiguas o lacónicas, sino que ha de poseer sentido evidente, ilación lógica y contenido directo y suficiente, para concretar en el mejor estilo, el acontecimiento de la vida real que se narra; y es evidente que leyendo el relato histórico que la sentencia recurrida manifiesta, se aprecia que el mismo ha cumplido con las exigencias indicadas de manera cierta, pues es muy expresivo, meridiano en su contenido y directo, para conocer la actividad realizada por las personas sometidas al proceso, y para juzgarlas jurídicamente, con suficientes elementos de valor descriptivo de conductas. (Sentencia 7 julio 1967.)

Lo que tiene que recoger el hecho probado es la declaración de la forma en que ocurrió el accidente a juicio de la Sala, para justificar la calificación jurídica, pero no es preciso ni consignar ni extraer las diferentes alegaciones de las partes y si aquellos hechos que en consecuencia se declaren probados, por eso afirma y es suficiente que el recurrente «inició el giro a la izquierda sin cerciorarse de si podía o no efectuarlo por la presencia de algún otro vehículo originando la colisión con una motocicleta» añadiendo seguidamente «a la cual cerró el paso» con cuyas afirmaciones, queda perfectamente definido como ocurrió el siniestro. (Sentencia 3 octubre 1967.)

La declaración de hechos probados ha de contener todos aquéllos que lleguen a cumplir esta condición y que sean precisos para dar una visión completa, clara y terminante del suceso, con los detalles necesarios para su adecuada calificación jurídica y es indudable que en un accidente de tráfico, para su perfecta claridad descriptiva, se hace preciso, entre otros detalles, relatar el itinerario seguido por los vehículos que intervienen en el mismo, dato indispensable para la perfecta claridad y comprensión del suceso; y como en la declaración probatoria de la Sentencia de la Audiencia se recoge sólo el itinerario completo seguido por el taxímetro conducido por el procesado y se prescinde en absoluto del seguido por el turismo, que conducía el otro protagonista, ha de acogerse el primer motivo del recurso amparado en el número 1.º del artículo 851, para que se dicte nueva sentencia en la que se relate con claridad el accidente, pues con los escasos elementos fácticos aportados, es imposible determinar la preferencia de paso de los vehículos y hacerse idea clara del desarrollo material del suceso para llegar a señalar la culpabilidad o inculpabilidad de sus actores. (Sentencia 4 noviembre 1967.)

La exigencia del artículo 142, 2.ª queda cumplida cuando el Tribunal lleva a la sentencia la relación de los hechos que estima probados en la forma y términos que su convicción, formada en méritos de las pruebas que ante él pasaron, le dicta, sin que sea preciso que entre a detallar todas aquellas que no sean esencial y absolutamente necesarias para la calificación del delito y de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal del inculcado. (Sentencia 15 noviembre 1967.)

c) *Calificación jurídica*: El Tribunal no resulta vinculado por la calificación jurídica de las partes, gozando para inculpar de amplia autonomía decisoria, con la sola modificación de no poder castigar por un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación. (Sentencia 23 septiembre 1967.)

El inciso 1.º del número 4.º del artículo 142 de la Ley de trámites sólo exige los fundamentos doctrinales y legales de los hechos estimados probados, sin abarcar a que tengan que razonarse las conclusiones que no se admiten. (Sentencia 8 noviembre 1967.)

Los Tribunales de Justicia sólo están vinculados por las calificaciones que formularan en definitiva las acusaciones; pero nunca por las esporádicas manifestaciones dubitativas de la culpabilidad de los acusados; que en el informe pudieran hacer las partes acusadoras, lo cual significaría además notoria incongruencia, pues dudando debieran abstenerse de acusar; y sin que por otra parte pueda admitirse que tales manifestaciones exculpativas llegaran a hacerse, ya que de todo ello no hay la menor constancia documental que pudiera servir de base a la casación pretendida. (Sentencia 10 noviembre 1967.)

d) *Pronunciamiento sobre la pena*: No sobrepasada la pena solicitada por la acusación no se infringen las normas procesales reguladoras de la forma de dictar sentencia, ni era necesario que se hubiera forzado la tesis acusatoria. (Sentencia 23 septiembre 1967.)

5.—IMPUGNACIÓN DEL PROCESO: *Recurso de casación*: a) *Naturaleza*: Este recurso tendente al control de la calificación es eminentemente rogado y no

cabe suplirse las omisiones de las partes, que resultan dueñas de la determinación de su contenido y alcance. (Sentencia 7 diciembre 1967.)

b) *Resoluciones contra las que procede*: Al imponer el principio de la especialidad procesal, recogido en las normas concretas a que se aludirá y en el número 2.º del artículo 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la inadmisión del recurso de casación cuando se interponga contra resoluciones no definitivas y distintas de las comprendidas en los artículos 847 y 848 de la misma, es deber de la Sala, exigible de oficio, por tratarse de cuestión amparada por los superiores intereses del orden público y de las garantías, derechos y deberes, cargas y expectativas procesales, examinar y resolver el problema de si los procesados condenados en rebeldía, en proceso seguido según la Ley de 2 de diciembre de 1963, ante el Tribunal de Orden Público, pueden entablar o no, recurso de casación, con anterioridad a ejercitar o a renunciar en forma, el juicio revisorio, que contra aquella resolución en su favor se concede. El artículo 9.º de la citada Ley creadora de la jurisdicción especial de Orden Público, remite su procedimiento ordinario a los trámites del de urgencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con las modificaciones que en ella se imponen, que precisamente consisten en que, contrariando la prohibición del juicio en rebeldía, que basado en el añejo principio de que «nadie puede ser condenado en juicio, sin haber sido previamente oído y estar presente en él» imponía la Ley Procesal común en sus artículos 840 a 842, permite y dispone su admisión, con arreglo a normas concisas y trámites someros, que conducen a la sentencia sobre cuya impugnación instaura en el artículo 10 un sistema especial, distinto y derogador del de la Ley Procesal común, sometiéndola únicamente a un juicio revisorio ante el propio Tribunal que la dictó, a instancia precisamente del rebelde que se presente o sea habido, y que se interponga dentro de los diez días siguientes al de notificación personal de la sentencia, permitiendo el párrafo final que entonces, contra la resolución que se dicte, confirmadora o modificadora de la anterior, podrá prepararse e interponerse el recurso de casación; de cuyas normas se deduce claramente *et in claris non fit interpretatio* —que la sentencia condenatoria dictada en juicio de rebeldía, es provisional y no definitiva en su eficacia por resultar su contenido modificable por el propio Tribunal en juicio revisorio, no sometido a límites temporales de preclusión, adviniendo definitiva en el supuesto de que presentándose voluntaria o forzosamente al rebelde, deje transcurrir el plazo de interposición de la revisión, una vez notificada personalmente la sentencia e instruido del derecho que ostenta, o que ejercite la facultad revisoria y se confirme la resolución condenatoria, en cuyos supuestos, es cuando nace la facultad de someter al control de la casación la sentencia, ya definitiva, por la voluntad de la parte en el primer supuesto, o por disposición legal en el segundo, no siendo viable la anticipación de tal recurso, permitiéndolo contra la resolución revisoria y antes de la renuncia y ejercicio y finalización del juicio revisorio, porque la casación es una medida impugnatoria extraordinaria, que sólo se concede cuando no se pueden utilizar los recursos ordinarios, entre los que uno más por su contenido material y configurador, es el regulado en el citado artículo 10, de

revisión, que no se produce como el establecido en el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para supuestos diversos —de modificación de hechos trascendentes en la existencia del delito o autoría del mismo— contra las sentencias *firmes* y precisamente ante la Sala que juzga de este Tribunal Supremo, sino para oír personalmente y en igualdad de condiciones que a las demás partes procesales, al antes rebelde, que fue juzgado provisionalmente, y con aportación de pruebas de descargo, que puedan favorecerle, en evitación de un juicio parcial en lo probatorio, y ante el propio Tribunal de instancia, con la pretensión de modificar la sentencia no definitiva, que no podía ni siquiera ejecutarse, por estar sometida a una condición resolutoria para el logro de su juicio de valor perfecto y estable; provisionalidad que la hace inaccesible el recurso extraordinario de casación, pues el artículo 848 de la Ley Procesal Penal, exige para que éste se produzca contra los autos que sean definitivos, e incluso la propia condición han de tener las sentencias, aunque lo omita expresar así el artículo 847, con seguridad porque en la fecha de su redacción, todas las sentencias dictadas en juicio oral y única instancia eran definitivas, y resultaba una redundancia expresarlo, pero esa condición deriva de lo dispuesto en el artículo 141 al definir a las sentencias como decisiones definitivas, y del 855 que exige clara y gramaticalmente se trate de resolución definitiva la recurrible en casación, pues de no estimarse de esta manera, se llegaría al absurdo de que una sentencia de este Tribunal fuese no definitiva y resultase modificable por el inferior de Orden Público, a medio no de un recurso extraordinario sino ordinario de revisión, y también de que disponiendo el artículo 904 de la tan citada Ley Procesal, la inadmisibilidad de recurso alguno contra la sentencia dictada en casación, si se presentara el rebelde, no pudiera utilizar el juicio de revisión, si antes esta Sala se hubiese pronunciado con una resolución que resultaría definitiva, contrariándose así lo dispuesto por la Ley especial de 2 de diciembre de 1963 y privándole del derecho a ser juzgado con todas las garantías procesales. De todo lo expuesto se deduce la imposibilidad de poder admitir el recurso de casación, contra la sentencia no definitiva, dictada por el Tribunal de Orden Público contra reos rebeldes, y antes de que éstos comparezcan personalmente y ejerciten o no su derecho revisorio contra la misma; y como los dos recursos formulados a nombre de Antonio B. P. y Eduardo M. C., lo han sido por su situación personal vigente de rebeldía, contra sentencia para ellos provisoria o no definitiva en sus efectos, es cierto que debe declararse de oficio su inadmisibilidad, pudiendo únicamente examinarse y decidirse el articulado por el recurrente Fidel G. C., para el que la resolución, por su estado de presencia procesal, es definitiva. (Sentencia 30 octubre 1967.)

c) *Motivación: Casación por infracción de Ley: a') Al amparo del número 1.º del artículo 849: Denuncia de la incongruencia: La incongruencia entre los hechos y la fundamentación jurídica y el fallo tiene que ser atacado, si existiese, con amparo en el número 1.º del artículo 849. (Sentencia 30 octubre 1967.)*

El número 1.º del artículo 849 exige para su viabilidad la infracción de un

precepto penal de carácter sustantivo o de otra norma jurídica del mismo carácter. (Sentencia 3 noviembre 1967.)

b') *Al amparo del número 2.º del artículo 849: Error de hecho y documento auténtico:* Son documentos auténticos a los efectos del número 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las pruebas preconstituidas públicas o privadas que hagan perenne una realidad de hecho, existente e indudable, como expresión de una verdad acaecida y que se fija para la posteridad, a fin de su adecuada valoración y efectividad, y es evidente, que para alcanzar esta privilegiada y superior condición, deben contener en su constitución, la forma y elementos extrínsecos adecuados, que les hagan proceder de las personas legitimadas para dar fe de sus actos y con el acatamiento de los requisitos necesarios de observancia, y además el contenido intrínseco preciso para entender evidentes las realidades que proclaman, de manera que decreten una acomodación entre lo acaecido y expresado, sin la más ligera sombra de duda. Cuando se invoque como tal documento auténtico, una sentencia de un órgano jurisdiccional judicial o administrativo, que por su naturaleza puede ciertamente serlo, ha de manifestar además de esos presupuestos formales adecuados, el de haber alcanzado el estado de firmeza propio para su ejecutabilidad específica, pues de otra manera sería una resolución sometida a una condición —de que sea confirmada por otra definitiva— y su contenido interno, deberá estimarse exacto, sólo en cuanto a la decisión proclamada, en orden a las personas a quienes se refiere expresamente, y a la materia propia del *dubio* o conflicto intersubjetivo de intereses públicos o privados resuelta, sin que por lo demás, los hechos estimados justificados en convicción psicológica puedan entenderse como exactos, para derivar de ellos, su imperatividad ante la jurisdicción penal, en materias propias de la competencia de ésta, pues de no hacer tal reserva, se desnaturalizaría la facultad decisoria posterior del Juez punitivo, se produciría una interferencia jurisdiccional entre órganos diversos, con atribuciones peculiares e intercomunicables, y se otorgaría preferencia al que primero resolviese en cuestiones más o menos relacionadas entre sí, lo que contraría el sistema jurisdiccional independiente, a la propia competencia y a la valoración genuina y autónoma de cada Juez o Tribunal, máxime cuando la plasmación de un hecho probado, revela un juicio de valor judicial de condición formal simplemente, que distinto Tribunal, puede valorar a través de los mismos u otras pruebas y a otros efectos, de manera diferente. (Sentencia 20 noviembre 1967.)

De los siete documentos que cita como auténticos únicamente reúnen tal calidad la certificación expedida por el Registro Central de Penados, y la emitida por el Juzgado Municipal de Telde, y no los restantes, según múltiples decisiones de esta Sala, al tratarse de informes emitidos por Agentes de la Autoridad, informe pericial y acta de juicio oral en lo relativo a lo que en ésta consta respecto de prueba testifical; y en cuanto a aquellos dos documentos admitidos a estos fines como auténticos, denotadores de la carencia de antecedentes penales del procesado, porque precisamente en la sentencia que se pretende impugnar consta en efecto tal ausencia de antecedentes. (Sentencia 7 julio 1967.)

Se estima como documento auténtico, demostrativo del error evidente

padecido por el juzgador de instancia, una certificación de la Jefatura de Obras Públicas de Burgos, que consta al folio 28 del Rollo de la Audiencia, en la que se acredita terminantemente que la carretera de Burgos a Santander es de categoría nacional, mientras que la de Masa a Cornudilla es solamente de carácter local, lo que no ha sido recogido en el hecho fáctico de la sentencia recurrida y que debe admitirse en este trámite, toda vez que el documento, reúne a todos los efectos, las condiciones de autenticidad, que exige el precepto antes aludido, externamente, por haber sido expedido por el señor Ingeniero Jefe de Obras Públicas, y respecto a su contenido, por establecer el rango y categoría de las carreteras, cambiando fundamentalmente el hecho probado y por consiguiente las consecuencias jurídicas que del mismo se derivan (Sentencia 23 septiembre 1967.)

El documento auténtico, que se impone *ex lege*, en virtud del número 2.º del artículo 849 de la L. E. Crim., a la convicción psicológica formada por el Juzgador, cuando omita su contenido, sin el apoyo de otras justificaciones permisibles, ha de estar integrado en su núcleo formal e intrínseco, por aportaciones oficiales, que valgan como incontrovertible verdad, que manifieste su primacía sin discusión, sobre los demás elementos de creencia, por representar la adecuación entre la cosa reflejada y la mente que la percibe, que ha de atenerse a ellos, por su imperatividad jerárquica; y sólo goza de tal condición estricta, el acta de inspección ocular y de reconstrucción de hechos, en orden a las aseveraciones del Instructor, que proclamen datos comprobables en su peso, medida, cuenta, u objetividad comprobable por los sentidos, de matiz topográfico o constitutivo, y no signifiquen meras deducciones o hipótesis, que por reflejar un proceso lógico, más o menos subjetivo, y más o menos acertado, sólo representan juicios o estados de opinión, sometidos a la valoración superior del Tribunal, que puede de ellos prescindir, si le parece adecuado, según el crisol de su soberana conciencia, en la formulación del relato histórico. (Auto 26 septiembre 1967.)

Se señala como documentos auténticos testimonio de la sentencia dictada por la Magistratura de Trabajo y certificación de la Delegación del Trabajo y este último documento ni es testimonio ni certificación y sí lo que el mismo llama una copia, con una firma ilegible y sin sello alguno, lo que le priva del carácter de documento auténtico, pero además lo que dice es que no son aplicables las disposiciones reglamentarias de instalaciones eléctricas, pues ni son defectos de la línea ni que la víctima trabajaba en ella, aunque admite la posibilidad de que se adoptaran métodos de trabajo que alejaran el peligro de contacto, por lo tanto ni por su forma ni por su fondo, muestra el error evidente en la apreciación de la prueba, y en cuanto al otro documento, no es más que una simple copia de una sentencia de la Magistratura del Trabajo, que además de no ser documento auténtico a efectos de casación, aunque declara que no hay accidente del trabajo, no puede impedir que la jurisdicción penal, estime la existencia de un delito, ni obliga a esta jurisdicción a admitir como inatacable la resolución de la Magistratura dictada en sus privativas funciones. (Sentencia 14 octubre 1967.)

De conformidad a doctrina legal de esta Sala, ni los informes periciales, ni los de Policía sobre la forma de ocurrir el accidente, ni el acta del juicio oral en cuanto recoge la prueba testifical en él practicada, tienen el valor

de documentos auténticos a los efectos de la casación por la vía del número 2.º del artículo 849 de la L. E. Crim., porque los informes y el testimonio, son de absoluta interpretación judicial, al estar su contenido sometido al arbitrio de los componentes del órgano jurisdiccional, que forjan su estado de conciencia, sobre el conjunto de las pruebas, sin tener que aceptar de manera imperativa el resultado de los trabajos técnicos, ni los informes más o menos objetivos, ni las rememoraciones manifestadas por evocación de los testigos, pues de otra manera se convertiría a éstos en decisores indirectos, pero ciertos, produciéndose una inversión funcional y dejando el Juez de ser soberano; debiendo rechazarse también el resultado de la diligencia del folio 12 del sumario, porque carece de autenticidad, al estar sólo firmada por el Secretario y corresponder según el artículo 326 de la Ley de trámites procesal, practicarla al Juez Instructor, con la asistencia del fedatario. no habiendo intervenido y realizado las apreciaciones, el único que podía efectuarlas, por lo que su contenido, no tiene alcance, al fin pretendido. (Sentencia 8 noviembre 1967.)

El motivo del recurso con base en el número 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe prosperar, porque cometido el hurto de cosa valorada en 60 pesetas rigiendo el «Código Penal, texto revisado de 1963», y resultando del certificado expedido por el Registro Central de Penados y Rebeldes, que es documento auténtico, según tiene declarado esta Sala, que el procesado fue penado en 23 de septiembre de 1961 por un delito de apropiación indebida a tres meses de arresto mayor, sin que conste en lugar alguno de la causa la cuantía de lo apropiado, no es posible ante esta indeterminación, conceder al antecedente penal valor cualificativo en el hurto y entender que en la fecha de la sentencia constituyera delito la apropiación sancionada, pues por Ley de 30 de marzo de 1954, fueron modificadas las cuantías del artículo 528, al que para punición remite el 535 y pudiera ser que constituyera sólo falta si el valor de lo defraudado no excedía de 500 pesetas. (Sentencia 17 noviembre 1967.)

Los dos documentos, admitidos a trámite para mejor esclarecimiento del caso a juzgar, carecen de la condición de autenticidad casacional, pues en el primero que se cita, se trata de una protocolización notarial de un documento privado, que ni de cerca ni de lejos hace relación a supuesto perdón por la mujer para el marido de delito alguno perseguible a instancia de parte, pues por el contrario la cláusula C) obligaba al esposo a observar conducta correcta, ajena al deshonor o al perjuicio de la esposa; y en cuanto al otro documento, la autenticidad tampoco aparece por parte o extremo alguno, pues el Notario se limita a transcribir el requerimiento a la esposa y la contestación de ésta, rotundamente negativa al extremo de la existencia del perdón (que se dice que los letrados referidos entregaron por error a la querellante), tratándose en definitiva de simples manifestaciones que constan en escritura, pero tan sólo con la fuerza que quepa atribuir a los respectivos testimonios de los interesados en tal escritura, cuya valoración es atribución exclusiva del Tribunal sentenciador, que a la vista de lo actuado, y demás pruebas obrantes en la causa, no ha considerado oportuno insertar en los hechos que se declaran probados, aunque ellas constan en un documento notarial, que sólo da fe de que tales manifestaciones han sido vertidas, pero

no asegura su autenticidad, ni mucho menos. (Sentencia 28 noviembre, 1967.)

A efectos del recurso de casación amparado por el número 3.º del artículo 849 de la L. E. Crim., son documentos auténticos, y hacen prueba de su contenido, los testimonios expedidos por Secretarios sobre actuaciones judiciales, de embargo y depósito de bienes, pues constatan una realidad de hecho sucedido a la presencia de la Comisión Judicial y por acuerdo del Juzgador por lo que tanto por su fuente, como por su contenido, revelan una verdad objetiva, que es imposible desconocer, como ciertamente acaecida en la vida de hecho, con el alcance que precisan. (Sentencia 5 diciembre 1967.)

Incurrir el recurso formulado en el grave defecto procesal, de articularlo exclusivamente por el número 2.º del artículo 849 de la L. E. Crim., basado en error de hecho en la apreciación de las pruebas, resultante de documentos auténticos, puesto que aunque se admitiere esa omisión a cargo de la Sala de instancia, por no haber valorado justificaciones fehacientes y primarias, y se sustituyera con arreglo a su contenido el hecho probado, dándole distinta expresividad histórica, resultaría, que al no haberse a la vez formulado recurso por infracción de ley, con base en el número 1.º de dicha norma, señalando los preceptos sustantivos aplicables, no podría dictarse la sentencia condenatoria pretendida en contra del reo, pues este recurso, tendente al control de la calificación es, eminentemente rogado, y no cabe suplirse las omisiones de las partes, que resultan dueñas de la determinación de su contenido y alcance. (Sentencia 7 diciembre 1967.)

d) *Casación por quebrantamiento de forma*: a) *Doctrina general sobre el escrito de preparación*: Todas las causas expresadas en el artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como amparadoras del recurso de casación por quebrantamiento de forma, requieren, en virtud de lo dispuesto en el párrafo final del artículo 855 de la misma, para que sea admitido a trámite el recurso sobre ellas basado, que en el escrito de preparación se precise claramente la falta cometida y la reclamación practicada por el recurrente para subsanarla y su fecha, bajo pena de inadmisión del recurso, de no proceder guardando esa formalidad, por virtud de lo expresa e imperativamente establecido en la causa 5, del artículo 884 de la propia ley, al precisar que se rechazará la admisión «en los casos del artículo 850, cuando la parte que intente interponerlo, no hubiere reclamado la subsanación de la falta, mediante los recursos procedentes o la oportuna protesta»; siendo la razón de esta exigencia, la presunción de normalidad en favor de todo procedimiento, como cauce de fijación de las pretensiones públicas penales, y la necesidad de proclamar la existencia, a medio de peticiones específicas de las partes interesadas, de aquellas cuestiones, que por representar una crisis procesal, una incidencia o un acaecimiento formal previo, requieran la decisión del Tribunal, antes que el fondo de lo debatido, de manera expresa pero si no se produce esa llamada de atención concreta, y no se recurre luego contra la decisión adversa, o se manifiesta la voluntad discordante frente a ella, preparando el camino a la reproducción en casación, es evidente que en evitación de inseguridades, sorpresas e imprecisiones en los derechos, no puede ex novo formularse cuestiones que no han sido planteadas, ni

resueltas en su momento, o de serlo, recurridas con las garantías que la norma exige, en salvaguarda de esos derechos. (Auto 4 octubre 1967.)

b') *Al amparo del número 1.º del artículo 850: Denegación de diligencias probatorias*; El motivo del recurso suscitado por el Ministerio Fiscal lo es por quebrantamiento de forma, y estriba en denegación de prueba, derivado del hecho de que al incomparecer dos de los procesados, y pedida por el Fiscal la suspensión del acto de la vista, la Sala no acordó dicha suspensión, no obstante no haber acordado en su momento anterior la declaración de rebeldía de dichos procesados, siguiendo el juicio oral, en el cual se privó a la parte recurrente de la prueba de declaración de dichos procesados, que había sido admitida por la Sala sentenciadora; motivo de impugnación que debe ser debidamente acogido a los efectos perseguidos, porque según aparece de las actuaciones oportunas, que se tiene a la vista, el Ministerio fiscal evacuó el trámite de conclusiones provisionales en 25 de enero de 1966, en que pidió como medios de prueba la declaración de todos los procesados, petición que admitió la Sala en Auto de 28 de septiembre del mismo año dicho, pero al señalarse el día para la vista no comparecieron los procesados José M. y Mohamed T., los cuales al ser citados para el mismo no se encontraron en sus domicilios, y aunque el Fiscal solicitó la suspensión, no fue acordada por el Tribunal, en razón de que siendo los delitos atribuidos a unos y otros procesados independientes entre sí, podían ser juzgados separadamente, según los artículos 792 y 801 de la Ley Procesal, olvidando que los citados preceptos están dictados para el caso de seguirse la causa por el procedimiento de urgencia, pero no para el trámite ordinario, según el cual se siguió la causa a que este procedimiento se refiere, que no consentía prescindir en modo alguno de algunos procesados, como en este caso prescindió el Tribunal de los dos antes citados, sin que fuera pretexto aceptable el no haber sido encontrados en el momento para la citación del juicio oral, porque en tal caso debieron hacerse las diligencias necesarias para declarar previamente la rebeldía de los mismos. En las dichas condiciones procesales, al prescindirse de la presencia de los procesados antedichos, el Fiscal careció de la prueba que respecto a ellos tenía solicitada y admitida por la Sala, lo que equivale en realidad a la denegación de la misma, procediendo el recurso suplicado, con sus legales consecuencias. (Sentencia 30 septiembre 1967.)

La defensa de los procesados en el escrito de conclusiones provisionales, propuso entre otras, la prueba documental consistente en dirigir comunicaciones a la Jefatura Superior de Policía, Brigada de Investigación Criminal y Policía Armada, sobre la fecha de entrada de los procesados como detenidos a disposición de los organismos policiales, prueba que fue denegada por Auto de fecha 7 de abril siguiente, contra el cual no se interpuso recurso, pero se reprodujo en el acto del juicio oral, y que la Sala denegó también, fundándose en que no era de influencia alguna en el proceso; con ello queda dicho implícitamente la improcedencia de la admisión de este motivo de recurso, pues la parte que lo suscita, se aquietó con la denegación de la prueba acordada por la Sala, no entablando, como era absolutamente necesario, la oportuna protesta, como expresamente requiere el párrafo 4.º del artículo 659 de la Ley, única forma por la cual sería

lícita la alegación del recurso de casación, sin que valga, ni mucho menos el insistir en la práctica de la prueba en el acto del juicio oral, si no se ha preparado con la oportuna protesta al ser notificada a la parte la denegación de la prueba, todo ello según copiosa doctrina contenida en resoluciones de esta Sala, lo que impone rechazar el citado motivo, que en el escrito de formalización del motivo se quiere justificar diciendo que de practicarse la prueba, la Sala formaría otro criterio sobre los hechos acaecidos, dando así la inexplicable razón, de que por haber declarado antes o después los procesados ante la Policía, sus declaraciones hubieran sido distintas, y como si este dato forzase al Tribunal de instancia a tener que pasar por tales declaraciones, siendo así que tiene soberanía para apreciar las declaraciones de los inculcados, como la totalidad de la prueba practicada, según sus facultades prudentes, pero libres, en realización a los hechos. (Sentencia 16 octubre 1967.)

La defensa del procesado recurrente propuso entre las pruebas propias y las aceptadas propuestas por el Ministerio Fiscal, las declaraciones de dos testigos, en sus conclusiones de fecha 27 de octubre de 1964, las que fueron admitidas por el auto de la Sala de fecha 23 de febrero de 1965, pero al celebrarse el juicio oral el día 16 de marzo de 1965 no comparecieron los testigos referidos, pidiendo la parte recurrente la suspensión del juicio, lo que la Sala de instancia denegó, sin dar especialmente razón alguna, formulando el recurrente la oportuna protesta; de todo lo cual se deduce la procedencia del presente recurso, pues aunque los testigos enumerados habían declarado en el sumario, la Sala sentenciadora no hizo constar expresamente, como requiere el párrafo 4.º del artículo 801 de la Ley procesal, por tramitarse el sumario por el procedimiento de urgencia, que se encontraba instruida debidamente, y esta omisión determina precisamente el quebrantamiento formal que persigue el recurso, pues es la condición que hubiera salvado la actuación del Tribunal, al cumplir el requisito necesario en los procesos de urgencia, para no acordar la suspensión, como tiene ya establecido esta Sala en reiteradas decisiones, en cumplimiento del citado precepto legal. (Sentencia 20 octubre 1967.)

El motivo fundado en quebrantamiento formal, consiste en la denegación de la prueba de un testigo, prueba que no fue propuesta en el escrito de conclusiones provisionales de la parte recurrente, sino en otro si formulado en escrito en que se declaraba instruido sobre una información suplementaria que había sido practicada por acuerdo del Tribunal sentenciador de la Audiencia, testigo que no compareció en el acto del juicio oral por no haber sido citado, ante lo cual la parte recurrente pidió la suspensión del juicio, que no fue acordado por la Sala en atención a no ser testigo presencial de los hechos de autos, ya que se trataba del Sargento de la fuerza pública que acudió al lugar del suceso, levantando el oportuno atestado que la Sala tenía a su disposición en los autos del sumario, por lo que se hizo constar la oportuna protesta de la parte interesada, recurso que en definitiva debe rechazarse porque dadas las circunstancias del testigo en cuestión y su modo de proponerse, la necesidad de su declaración sólo cabría ser estimada si la parte hubiera consignado el texto de las preguntas a formular, para juzgar si ellas tenían influencia en el asunto. (Sentencia 27 octubre 1967.)

c') *Al amparo del número 2.º del artículo 850: Omisión de la citación para el juicio oral*: No pudo ser citado para juicio oral el recurrente al ser desconocido en Bretón de los Herreros de esta capital, domicilio por él facilitado, pero si su Procurador que quedó enterado el día 5 de febrero del señalamiento para el 1 de mayo siguiente y conocía las conclusiones provisionales presentadas anteriormente por el Procurador nombrado de oficio, dentro de cuyas pruebas figuraba como testigo de la defensa, Antonio V., desconocido en General Alvarez de Castro, 25, y no compareció; si el procesado en una de sus presentaciones a consecuencia del sumario se enteró del día del juicio al que asistió y el Procurador su representante y por él nombrado actuaba, las pruebas estaban en su mano, circunstancia que el Tribunal consideró al negar la suspensión del juicio por estar enterado sin que se produjese indefensión, ya que no consta el interrogatorio a que había de someterse el testigo, y no es apreciable el defecto procesal comprendido en el número 2 del artículo 850 de la L. E. Crim., ni son eficaces los motivos primero y segundo del recurso por quebrantamiento de forma ya que, en resumen, subsanó con su comparecencia la falta de citación y su representante no presentó pruebas. (Sentencia 4 octubre 1967.)

No tenía por qué ser citados para dicho acto del juicio oral los padres de las niñas menores ofendidas en abusos deshonestos, porque no son acusadores públicos, como exige el artículo 850 citado, sino simples denunciante de los hechos, al ratificar uno de ellos la denuncia de su mujer de manera tácita al declarar en el sumario y no rechazar el ofrecimiento de acciones, y recibir igual acto procesal sin repulsa el otro, siendo en definitiva simples denunciante, con función procesal distinta de la de mostrarse parte procesal en el procedimiento. (Auto 4 octubre 1967.)

d') *Al amparo del inciso 1.º del número 1.º del artículo 851: Falta de claridad en los hechos probados*: Se incide en falta de claridad si de los escasos elementos fácticos aportados es imposible determinar la preferencia de paso de los vehículos y hacerse idea clara del desarrollo material del suceso para llegar a señalar la culpabilidad o inculpabilidad de los actores. (Sentencia 4 noviembre 1967.)

El motivo de casación número 1.º del artículo 851 de la Ley procesal penal, inciso 1.º, requiere para prosperar, que el Tribunal de instancia, al realizar la trascendente misión de expresar por escrito los hechos probados, como producto de la convicción psicológica adquirida, a través de la valoración en conciencia, de las demostraciones practicadas en el sumario y juicio oral, no configure su relato de manera rotunda y comprensible para la inteligencia del hombre normal, tanto porque omita la precisión de los mismos, como porque exponiéndolos emplee términos, ambiguos, incomprensibles o inatinentes, o por fin porque la oscuridad o desacierto de la narración, la haga ininteligible para la adecuada interpretación lógica y semántica, en proceso de normal o técnica comprensión humana. (Sentencia 14 noviembre 1967.)

e') *Al amparo del inciso 2.º del número 1.º del artículo 851: Contradicción entre los hechos probados*: La trascendencia del hecho probado exige que su relato sea armónico y escalonado, a medio de un sentido lógico y com-

plementario absoluto, no pudiendo contener conceptos que se opongan o repelan entre sí, o que no se cohonestan, por ser uno la negación de otro, imposibilitando la pacífica coexistencia, y de producirse este grave defecto, entraría en juego el quebrantamiento de forma que ampara el número 1.º, inciso 2.º del artículo 851 de la L. E. Crim. (Sentencia 7 julio 1967.)

La manifiesta contradicción entre los hechos probados que posibilita la casación por quebrantamiento de forma del número 1.º del artículo 851 de la L. E. Crim requiere que entre las expresiones, conceptos u oraciones que los integran, se produzca un choque, oposición o pugna que determine su recíproca y radical repulsa, por imposibilidad de coexistencia lógica. al resultar unos antitéticos de los otros o expresar lo contrario, sin posible conciliación, ni interpretación coherente y razonable; y en el caso de examen esta falta no se observa cometida, en el relato descriptivo de la Sala, expresivo de su estado de conciencia valorativo, que es lógico y armónico en su conjunto, ni tampoco en las particularidades que apunta el recurso, ya que la calificación de ligera discusión que hace el Tribunal a las tres mantenidas entre los esposos en momentos diferentes del día, realmente es: precedente, pues fueron manifestación propia del ínfimo ambiente en que el matrimonio se desenvolvía y de su baja condición moral, y producto de pequeñas causas, que no tuvieron intensidad, ni dimensión notoria, por su contenido y alcance, para estimarlas con riña de gravedad, ni motivo suficiente para ninguna acción represiva de entidad; y no existe tampoco contradicción, en la expresión de que la procesada salió corriendo hacia la calle, donde gritó pidiendo auxilio al ver que ardía la casa, pues mal podía verlo si huía, ya que pudo hacer la comprobación de los efectos de su acción y seguidamente salir rápidamente de su domicilio, en acto sucesivo y no incompatible. (Sentencia 16 octubre 1967.)

La contradicción denunciada no se destaca en el recurso entre los hechos, sino que entre éstos y las consideraciones jurídicas que los calificaron y fueron base de la pena impuesta, sufriendo el recurrente una desviación conceptual, pues la aludida contradicción no produce quebrantamiento de forma: ni puede ser tutelada por el artículo citado, que refiere a la contradicción entre los hechos entre sí, no con respecto a la incongruencia entre los mismos y la fundamentación jurídica y el fallo, lo cual hubiera tenido que ser atacado, si existiera, con amparo en el número 1.º del artículo 849 y por consiguiente con una motivación de fondo. (Sentencia 30 octubre 1967.)

La supuesta contradicción no existe, ya que la Sala divide el relato de los hechos probatorios en dos partes perfectamente diferenciadas: en la primera, se describen tres operaciones manifestaciones de un determinado propósito con afirmaciones apropiativas concretas; mientras la segunda, en referencia también concreta a otros pedimentos y reclamaciones de perjuicios se reconoce su falta de prueba y la imprecisión absteniéndose de hacerlos trascender ni en la calificación ni en la parte dispositiva, pero sin que estas imprecisiones repercutan en el parecer de la Sala, no eficazmente contradicho, en las tres actuaciones de apropiación que bajo una sola ideación delictiva se incriminan. No existe, pues, la contradicción denunciada. (Sentencia 15 noviembre 1967.)

f) *Al amparo del inciso 3.º del número 1.º del artículo 851: Predetermi-*

nación del fallo: Para que no se frustre el silogismo que toda sentencia envuelve, a medio de la expresión principal, y fáctica que representa la premisa mayor, contenido en los hechos probados, de la menor que se manifiesta en su calificación jurídica, y de la conclusión, que es el fallo decisorio de absolución o condena, en elementos constituidos por partes y momentos de la resolución, distintos e independientes, a la vez que sucesivos, es por lo que impone el artículo 851, número 1.º, inciso 3.º, de la Ley rituarial penal, que no consignan en el relato fáctico, conceptos que por su carácter jurídico impliquen la predeterminación del fallo, es decir, que no se prejuzgue la decisión a medio de la calificación anticipada, que sustituya la narración fáctica, que sólo debe contener frases ordinarias y vulgares y no expresiones técnico-jurídicas de condición penal, que el legislador utilice para definir o concretar el núcleo o estructura del delito, de manera tal, que suprimidas éstas quede la exposición de hecho sin contenido, porque sólo pueden ser aprehendidas en su significado, por personas especializadas en el estudio del Derecho. (Sentencia 7 julio 1967.)

Los conceptos jurídicos predeterminantes del fallo son aquellos, exclusivamente técnico-jurídicos, que no tengan simultáneamente un contenido ideológico y fáctico usual y corriente, pretendiendo la ley evitar que innecesariamente se agreguen al relato de hechos, apreciaciones y conceptos que desde luego supongan la configuración de un delito. (Sentencia 21 octubre 1967.)

La finalidad de rehuir los conceptos jurídicos en el relato de hechos se debe a la necesaria separación de las operaciones mentales propias del juzgador: sobre hechos netos, realidades en su desnuda entidad han de emitirse las valoraciones de derecho a la vista de las normas y sus figuras penales, cualquiera adherencia jurídica en los hechos, materia del juicio dada por la prueba, entorpece esta segunda etapa del ordenado pensamiento y le pospone para determinar desde el principio la resolución; cuando esto no acaece aunque algún término pueda tacharse aisladamente no merece los honores de la casación, mientras del conjunto narrado surja el hecho completo y claro la sentencia describe cómo el inculpado con el rostro cubierto y cuchillo en mano se presentó en la obra a horas de la noche para pedir los sobres de los jornales, el suyo y otros, de modo que el verbo apoderarse, de uso vulgar y no exclusivamente técnico no prejuzga fallo alguno, reclamado por la fuerza de los hechos mismos. (Sentencia 3 noviembre 1967.)

La expresión de la sentencia señalada como integradora de concepto jurídico predeterminante del fallo, y que sin merma de la claridad y fuerza expresiva de la resolución pudo omitirse, máxime cuando ya se habían descrito las características de unas y otras asas y señaladas sus semejanzas y diferencias, no tiene la tachada condición por más que el verbo «confundir» que va en ella haya sido utilizado por la Ley de Propiedad Industrial en sus artículos 134 y 138 para tipificar el delito, pues se trata simplemente de una oración que se comprende fácilmente sin poseer conocimientos de Derecho por cualquier persona de cultura media, en cuanto que con vocablos de uso frecuente da a conocer el resultado obtenido en la

comparación de objetos, y ni determina por sí una calificación jurídica penal ni vincula a un fallo. (Sentencia 3 julio 1967.)

El adjetivo «distráido» no lo emplea en ningún momento el legislador, para definir la imprudencia temeraria y la imprudencia simple en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 565 del C. P., además dicho vocablo, en manera alguna envuelve el carácter de concepto jurídico, eminentemente técnico, que pudiera predeterminar el fallo, no teniendo otro alcance, que el de significar la falta de atención y cuidado, puesta por el procesado a la conducción del coche turismo, que estaba efectuando. (Sentencia 16 septiembre 1967.)

La inserción en la resultancia probatoria de las frases «lo que sabía» referidas a que librando en pago un cheque por 8.760 pesetas conocía y le constaba que en la cuenta bancaria destinataria del cheque sólo había 34,28 pesetas, ni es concepto jurídico sino enteramente vulgar y de uso corriente, ni es exactamente el utilizado por el precepto legal —a sabiendas—, sin que el uso de conceptos sinónimos, implique por sí sólo la infracción denunciada que exige y requiere el último inciso del número 1.º del citado artículo 851, pues lo que la Ley prohíbe es consignar como hechos probados «conceptos que por su carácter exclusivamente jurídico predeterminen el fallo», lo que no ocurre cuando la expresión utilizada aparte su corriente uso puede tener además un contenido jurídico; siendo de notar que el Tribunal de instancia, celosamente escogió un término sinónimo pero distinto del figurado en el texto legal, siendo ello además obligado, ya que en la resultancia fáctica era preciso expresar en términos claros si el acusado conocía o no la carencia de fondos en su cuenta; habiéndose de tener en cuenta que los hechos preordenan el fallo absolutorio o condenatorio y que la ilicitud quebrantadora de la forma consistiría en utilizar términos exclusivamente jurídicos, que predeterminan por tal carácter, y no por su contenido fáctico, el fallo pertinente. (Sentencia 22 septiembre 1967.)

La frase «acometió contra él con una navaja», no es la expresión de un concepto jurídico, sino la de un hecho, la acción de agredir o atacar a una persona, dada a conocer con una palabra vulgar y corriente en el uso ordinario, «acometer» para cuya comprensión no se precisan conocimientos jurídicos ni técnicos de ninguna clase; y aunque este verbo lo utiliza el artículo 236 del C. P. al comprender en él los ataques a las personas que acuden en auxilio de la Autoridad o sus agentes, su inclusión en el precepto penal no le despoja de ser la expresión de un hecho, ya que las leyes han de utilizar también palabras usuales del lenguaje para ser comprendidas por todos. (Sentencia 25 septiembre 1967.)

Se establece que la frase de «circular a velocidad excesiva», implica sentar un concepto jurídico que predetermina el fallo: argumento que es de rechazar, porque la frase dicha y el vocablo de «excesiva» son perfectamente inteligibles a toda persona por ser de carácter absolutamente vulgar y usadas en el lenguaje corriente, accesibles por tanto al más indocto en Derecho, sin que pueda valer la alegación intrascendente de que debió haberse consignado expresamente la velocidad que el vehículo llevaba, siendo así que tal vez el Tribunal no la consignó por no tener conocimiento exacto de la misma, pero valiendo lo expuesto en el Resultando fáctico

para expresar el extremo, que por sí solo no predetermina el fallo, ya que para efectuar condena tienen que darse otras circunstancias y detalles que complementen el dato referido, que era necesario consignar desde luego, porque de algún modo hay que decir que el conductor inculpado procedía llevando una velocidad inconveniente al momento y lugar. (Sentencia 10 octubre 1967.)

La utilización de conceptos jurídicos que predeterminan el fallo, como causa de recurso de casación por forma, de la propia norma procesal, no se ha producido en el hecho forjado por la convicción psicológica de la Sala, ya que consistiendo tal defecto en el empleo por el Juez de expresiones técnicas sustantivas, que el legislador usare en el núcleo del delito con tal contenido, y no otras de matiz vulgar y fácilmente comprensible por personas de cultura media, es evidente que la frase de que la procesada se «aseguró que dormía» su esposo, no predetermina el fallo, ni está concebida en iguales términos que usa el legislador para expresar la agravante de alevosía, pues comparándola con la definición de ésta, proporcionada en el número 1.º del artículo 10 del C. P., fácilmente se aprecia, que no coincide con ninguna de las palabras en ella contenidas, siendo por lo demás de sentido y significación eminentemente ordinaria, no jurídicas, y al alcance de las más rudas inteligencias. (Sentencia 16 octubre 1967.)

Las expresiones «realizar el acto carnal con diversos hombres» no son conceptos jurídicos sino vulgares y corrientes, y aunque ciertamente predeterminan el fallo no es por su contenido jurídico que no lo tienen, pues una vez más conviene recordar que la base predeterminadora y lícita de los fallos, absolutorios o condenatorios, son precisamente los hechos, como se deduce del artículo 142, que habla de «consignar hechos enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo» (Regla 2.ª), haciendo «la calificación de los hechos que se hubiesen estimado probados» (Regla 4.ª-1.º). En definitiva, lo que la ley prohíbe es la utilización de conceptos exclusivamente jurídicos y que no tuvieren simultáneamente un contenido de uso vulgar y corriente que implicaran hacer ya en la resultancia fáctica la calificación delictual. (Sentencia 30 octubre 1967.)

No toda frase o expresión con matiz jurídico que se consigne en la narración de hechos probados, puede dar contenido al recurso de casación por quebrantamiento de forma del número 1.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como tampoco el designar los hechos y acciones con las mismas palabras que lo haga la ley penal, porque las cosas tienen su nombre adecuado y con ellas hay que nombrarlas, ya que de otro modo serían ininteligibles tanto las leyes como las resoluciones de los Tribunales, que precisamente han de expresarse con la mayor claridad para ser comprendidas por todos; y de aquí que al narrar los hechos enjuiciados los Tribunales tengan que utilizar a veces las mismas palabras del Código si se refieren a la misma cosa o acción, siempre que no hagan su calificación jurídica, pues de otro modo no sería posible dictar un fallo congruente con esa narración si ésta no contuviera los antecedentes necesarios para ello; por eso, siendo acusado el procesado por el Ministerio Fiscal de un delito de abandono de familia, el Tribunal tenía que hacer mención en los hechos probados de lo referente a la conducta del inculpado y a la situación en que

se encontrase para poder cumplir sus deberes de asistencia, elementos necesarios para enjuiciar el caso que es lo que hizo la sentencia sin incurrir en el defecto que se alega por el recurrente aunque coincida en alguna expresión con las utilizadas por el Código para mostrar los mismos hechos. (Sentencia 1 diciembre 1967.)

Los conceptos jurídicos predeterminantes del fallo que pueden dar lugar a la casación de la sentencia por quebrantamiento de forma del número 1.º del artículo 851 de la L. E. Crim., según viene declarando esta Sala, son aquellos que se consignan en sustitución de los hechos probados, no cualquier palabra de tipo conceptual que la narración utilice para matizar el hecho, porque suprimida tal palabra o expresión queda el elemento fáctico con la suficiente relevancia para su calificación, viniendo a ser a veces superfluas o innecesarias, como ocurre con la palabra «indebidamente» que la narración consigna al decir que el procesado se apropió de determinadas cantidades, porque basta decir que llevó a cabo esa apropiación para comprender que lo hizo ilícitamente al verificarlo sin título que le autorizara para quedarse con lo que no era suyo; las palabras «lucrándose con ellas» que también muestra el recurrente como expresión jurídica, no lo es por dar a conocer el ánimo o finalidad perseguida por el culpable, ánimo que va implícito en los delitos contra la propiedad, que se supone siempre al no constar lo contrario y que al consignarse no da más valor al relato, siendo además un concepto vulgar para cuya comprensión no se necesitan conocimientos técnicos de ninguna clase; y por último, la expresión de que las cantidades fueron reintegradas por el Secretario, no es concepto sino la expresión de hecho, el reintegro y la persona que lo llevó a efecto. (Sentencia 5 diciembre 1967.)

En el fallo recurrido se expresa que el procesado «profirió injurias contra Dios» no detallando textualmente las palabras pronunciadas, acerca de lo cual es de notar que sería irreverente reproducir en toda su crudeza el ultraje a la Divinidad que la blasfemia encierra en su manifestación externa, y que lo delicado de la materia aconseja no divulgar frases soeces o sacrílegas, desgraciadamente bien conocidas que repugnan llevar al texto de una resolución judicial, según declaraciones de esta Sala contenidas en sus sentencias de 24 de junio de 1954 y 14 de noviembre de 1966. (Sentencia 12 diciembre 1967.)

g) *Al amparo del número 3.º del artículo 851: No resolución de todos los puntos objeto de debate:* Es rechazable el motivo que propugna quebrantamiento de forma, por entender, que acusando el Ministerio Fiscal por el delito tipificado en el número 2.º del artículo 251 del C. P., se condenó por el delito del propio artículo, apartados 1.º y 4.º; que la acusación no podía según el artículo 732 de la propia Ley mantener en el informe conclusiones distintas a las elevadas a definitivas; ni el Tribunal condenar por otro delito sin utilizar la facultad prevista en el artículo 733 y dejando de resolver la cuestión propuesta; argumentación inaceptable, pues cuando menos de forma implícita al encuadrar el Tribunal, con notorio acierto, los hechos probados como constitutivos de un delito del artículo 251, apartados 1.º y 4.º, negaba tácitamente que fueran subsumibles en el número 2.º, lo cual significó resolver negativamente la cuestión por medio de una califi-

cación positiva contraria, pues como tiene declarado esta Sala la sentencia condenatoria o absolutoria resuelve todas las cuestiones alegadas y debatidas en el juicio; siendo inatinerente la cita del artículo 733, pues aparte de no haber recurrido con base en el apartado 4.º del artículo 851, es bien sabido que el Tribunal no resulta vinculado por la calificación jurídica de las partes, gozando para incriminar de amplia autonomía decisoria, con la sola modificación de no poder castigar un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, de donde a «sensu contrario» se infiere, que no sobrepasada la pena solicitada por la acusación, no se infringen las normas procesales reguladoras de la forma de dictar sentencia, ni era necesario que se hubiera forzado de la tesis acusatoria. (Sentencia 23 septiembre 1967.)

El Ministerio Fiscal —según la sentencia— calificó los hechos como constitutivos de un delito relativo a la prostitución del artículo 422 bis, b) del Código Penal y se condena por un delito del artículo 452 bis, b) —que es el que se cita en el escrito de calificación de dicho Ministerio— consistente en «auxilio a la prostitución». Esta motivación que juega con un simple error de copia de la transcripción de la calificación fiscal, cambiando 452 por 422, no puede prosperar, pues la Sala al advertir que era un delito atinente a la prostitución, con la singular circunstancia además de sus «bis» que no se da en el 422 que no está duplicado, aplicó rectamente el precepto al que se refería el Ministerio Fiscal que aludió a su actuación delictiva referente a la prostitución, bis y b) con lo cual no había perplejidad sobre el delito objeto de acusación; sin que un simple error de copia del número del precepto pueda ser base de casación ni de forma ni de fondo. (Sentencia 30 octubre 1967.)

Sin basarnos en la alusión efectuada por el recurrente, de no poder tener carácter absoluto, lo que tiene declarado esta Sala, sobre que las sentencias absolutorias o condenatorias, resuelven todas las cuestiones propuestas, procede estudiar el fundamento de su impugnación, consistente en que la Sala sentenciadora no se ha pronunciado, sobre los puntos formulados en las conclusiones definitivas del procesado, de que los hechos no eran constitutivos de delito o alternativamente lo eran de un delito del artículo 565, párrafo 2.º en relación con el 563 del C. P., lo que en manera alguna se ajusta a la realidad, después de efectuada en el primer Resultando como es preceptivo la relación del hecho probado, en el tercero se recoge íntegramente la conclusión definitiva aludida, en el primer Considerando se declara que los hechos son constitutivos de un delito de conducción ilegal previsto y penado en el artículo 1.º de la Ley de 9 de marzo de 1950, con lo que se resuelve implícitamente rechazándola, los extremos que se habían sometido a su decisión, danño exacto cumplimiento a lo dispuesto en el inciso 1.º del número 4.º del artículo 142 de la Ley de trámites, que sólo exige, los fundamentos doctrinales y legales de los hechos estimados probados, sin abarcar a que tengan que razonarse las conclusiones que no se admiten. (Sentencia 8 noviembre 1967.)

Pretende que la sentencia impugnada incide en el defecto formal de no resolver sobre la pretensión de que aparte condenar al procesado al pago de una indemnización de 50.000 pesetas al lesionado, se le condenara también a pagar a la Administración del Estado el importe de las estancias hospitalarias

causadas por el guardia civil afectado en el Hospital Militar de Valencia; motivación rechazable y con ella el recurso, pues aparte la posibilidad que el Tribunal Provincial ha podido tener en cuenta que tales pedimentos supusieran una duplicidad indemnizatoria, según reiterada doctrina de esta Sala: 1.º. La sentencia absolutoria o condenatoria resuelve todas las cuestiones alegadas y debatidas en el juicio, aunque no se recojan en los hechos probados y por consiguiente en la parte dispositiva los hechos que no se estimaran justificadcs. 2.º. Porque lo que no se concede en el fallo se entiende implícitamente resuelto y denegado. 3.º. Porque en la fijación del «quantum» de la responsabilidad civil obra discrecionalmente el Tribunal de instancia, siendo sabido que contra las «facultades de libre arbitrio» no cabe la casación penal 4.º. Porque es también dogma legal —artículo 650— y jurisprudencia deducido, el ser obligado reclamar en las conclusiones provisionales o definitivas cantidad exacta fija y determinada, sin que pueda válidamente pedirse, ni la Sala acordar, que la fijación cuantitativa de la indemnización se deje para diligencias de ejecución de sentencia. La representación del Estado pudo y debió aportar por ser de su incumbencia probatoria, la necesaria justificación documental del número de estancias hospitalarias y de su importe, sin que omitida tal base de hecho que no bastaba alegar, sino que además se necesitaba probar, pudiera pretenderse que el Tribunal resolviera sobre una pretensión de imposible estimación por falta de adecuada concreción. No incidió por consiguiente la Sala en el defecto formal denunciado lo que acarrea imperiosamente la repulsión del recurso. (Sentencia 15 noviembre 1967.)

Se alega que siendo tan opuestas las calificaciones definitivas de la defensa y el Fiscal, y renunciando éste a la prueba testifical, ha de resolverse en sentencia, no solamente lo alegado por la acusación, sino también lo mantenido por la defensa, tampoco puede ser admitido, toda vez que el Tribunal «a quo», podía escoger entre las dos versiones diferentes de aquellas partes, tendentes: la de la acusadora pública, al castigo del hecho como constitutivo de imprudencia temeraria, y la de la defensa, a la absolución, y al apreciar según su soberana conciencia, forjada al trasluz de las pruebas sumariales y de confesión y testifical practicadas en el juicio oral, que el hecho se había realizado según consta detallado en el relato fáctico, y que merecía la calificación de grave imprudencia, es evidente que aceptó uno de los dos contrapuestos términos de la proposición por las partes efectuada, y que clara e implícitamente quedaba desestimada la tesis de la dirección jurídica del procesado, dirigida a lograr la declaración de inculpa bilidad, pues es principio filosófico conocido, el de que una misma cosa no puede a la vez ser y no ser, resolviéndose, por lo tanto, todas las cuestiones articuladas, si bien una de forma positiva y la otra, por ser contraria, negativamente, en la sentencia condenatoria, que según doctrina harto generalizada de esta Sala, por su mismo contenido, decide todas las cuestiones sometidas al conocimiento del órgano jurisdiccional de instancia. (Sentencia 30 noviembre 1967.)

h') *Al amparo del número 4.º del artículo 851: Punición por un delito más grave que el que fue objeto de acusación: La alegación de haber sido in-*

fringido el artículo 733 debe hacerse a través de este apartado 4.º. (Sentencia 23 septiembre 1967.)

El delito objeto de la acusación no es otro que aquel por el que fue condenado el procesado, aunque con recusable técnica y en oposición a la correcta calificación del primer considerando de la sentencia se denomine de homicidio por imprudencia; impropia denominación que no requiere la aplicación del artículo 733 de la L. E. Crim., y por lo cual se desestima el motivo sexto del recurso con cita del número 4.º del artículo 851 de la misma Ley. (Sentencia 14 octubre 1967.)

En esta causa el Ministerio Fiscal, única acusación existente, en sus conclusiones provisionales elevadas a definitivas en el momento del juicio oral, calificó los hechos cometidos por el procesado como constitutivos de un delito de imprudencia temeraria con resultados de daños, previsto y penado en el artículo 565, 1.º, en relación con el 563, ambos del C. P., solicitando la imposición de la pena de 5.000 pesetas, de multa, tesis no acogida en la sentencia de la Audiencia Provincial en la que los hechos se califican como integrantes de un delito de imprudencia temeraria generador de homicidio y de daños, de los artículos 565, 1.º en relación con los 407 y 563, todos del mismo Código sustantivo, imponiendo al prenombrado la pena de seis meses y un día de prisión menor, mediante cuyo pronunciamiento se quebrantó la norma contenida en el número 4.º del artículo 85 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que prohíbe penar delito más grave que el que haya sido objeto de acusación, a menos que se haya procedido previamente como determina el artículo 733 de la misma Ley, lo que no sucedió en el caso actual, siendo patente este denunciado exceso en la punición, ya que en los delitos de imprudencia tipificados en el artículo 565 del C. P., bien que la pena aplicable sea única en cada uno de sus dos grados —temeraria y simple antirreglamentaria—, en realidad al entrar en juego la norma limitativa de su párrafo 3.º para no rebasar las penas señaladas a los delitos dolosos pueden configurarse, como así se hizo, delitos con penalidad diferente, susceptibles en su aplicación de quebranto de la regla procesal de constante referencia. (Sentencia 17 noviembre 1967.)

e) *Falta de legitimación del responsable civil subsidiario*: De forma reiteradísima esta Sala, citando por motivos de simplificación tan sólo la atinente del último quinquenio ha establecido en las sentencias de 31 de enero, 4 de mayo, 5, 10, 26 y 5 de junio de 1961, 19 de febrero y 5 de junio de 1962, 29 de enero, 6 de febrero y 28 de noviembre de 1963, 25 de junio, 25 de octubre de 1965, 25 de junio de 1966, 28 de enero, 25 de febrero y 16 de mayo de 1967, un cuerpo de doctrina, que puede concretarse en las siguientes proposiciones: A) La casación penal sólo se confiere para defender derechos propios y personalísimos. B) Ni el procesado condenado, ni el responsable civil subsidiario pueden recíprocamente impugnar la condena penal del acusado o la del responsable civil subsidiario cuando los respectivos interesados se aquietaron con los fallos condenatorios. C) El responsable civil subsidiario no puede impugnar en el recurso más que su condena, como tal responsable civil subsidiario estricta y escuetamente, según se deduce de los artículos 652, 1.º y 2.º, 650, 692, 700 en relación con el 695, 737, 736 y 2.º del 854, todos de la L. E. Crim. La última sentencia citada de 16 de mayo

de 1967 estableció que previamente es preciso destacar la falta absoluta de legitimación del recurrente para oponerse en casación a la condena del acusado y la subsiguiente responsabilidad civil, pudiendo tan sólo haber impugnado válidamente la condena como responsable civil subsidiario, pues como tiene declarado esta Sala, ni el reo puede en casación discutir la responsabilidad civil subsidiaria decretada en la sentencia, ni correlativamente el responsable civil subsidiario puede discutir la responsabilidad del autor directo, ya que la casación está concebida para actuar derechos personalísimos y no ajenos, y siendo en tal sentido ponderables las siguientes razones: 1.^a) Piden los artículos 655, 695 y 700 de la L. E. Crim., la conformidad del reo y su defensa obliga, si no se conformara el presunto responsable civil subsidiario a continuar el juicio, pero limitando la discusión y la producción de las pruebas a sólo la responsabilidad civil subsidiaria; es evidente que una razón de analogía —que en lo procesal penal cabe aplicar, puesto que no se trata ni de crear delitos, ni de exigir responsabilidades no establecidas en la Ley sustantiva penal— permite que se aplique igual criterio a la facultad de recurrir, pues si el personalmente condenado no impugna y por el contrario consiente la sentencia, no es dable que esta responsabilidad penal, o civil del primer grado, pueda ser discutida por quien no es interesado en la misma; y 2.^a) Porque de aceptar el criterio contrario, se llegaría al absurdo de que pudiera resultar absuelto del delito quien no impugnó la sentencia condenatoria sin que tal evento pueda ser cubierto por el contenido del artículo 861 bis, b), y 903 de la Ley procesal citada, pues uno y otro con notorio acierto, refieren el supuesto de que el recurrente fuera uno de los procesados, en cuyo caso la nueva sentencia aprovechará a los demás en lo que les sea favorable; pero no se ha previsto, por ilógico y absurdo, que la condena penal pudiera atacarse por un extraño, ya que así como entre los coprocesados puede darse una sola relación de conexión, no cabe entre el acusado y el responsable civil subsidiario, pues los artículos 655, 695 y 700 antes citados separan radicalmente las responsabilidades penales y las civiles, de las civiles subsidiarias, como entidades heterogéneas. (Sentencia 3 noviembre 1967.)

El ámbito de la defensa del responsable civil subsidiario en casación, de imprecisos perfiles y discutido en la doctrina científica, se ofrece de nuevo a esta Sala por quienes fueron condenados con el referido carácter, habiendo consentido el procesado la sentencia al no formalizar el recurso que preparó y que, por esta causa, fue declarado desierto; medida o extensión de defensa que es obligado definir en el caso que se somete a conocimiento de esta Sala, atendidas las circunstancias del mismo, la postura de los impugnantes en el proceso y la razón de su entrada en él; y habida cuenta que el acceso del tercero civil a la casación lo declara el artículo 854 de la L. E. Crim., sin estar condicionado por precepto legal alguno, y que puede impugnar ante la Audiencia la responsabilidad de ese orden que le sea atribuida, según resulta de los artículos 652, 692, 695 y 700 de la citada Ley, parece procedente que rebase su defensa la de instancia y le sea permitida en casación, sin supeditarla a la del procesado, que puede dejar de recurrir por la escasa entidad de su condena, ya por considerar infructuosa la protesta casacional o por otras motivaciones; si bien entendiendo que

esa facultad de impugnación no es admisible en la misma extensión que puede desarrollarla el procesado, a quien afecta plenamente la condena, en tanto que la del responsable civil subsidiario sólo comprende esta clase de responsabilidad, que no emana necesaria y directamente del hecho punible, sino, sobre el soporte del mismo, por la existencia de una relación entre ambos de las definidas en los artículos 20, 21 y 22 del C. P. y, como causa inmediata y advertida en el curso del proceso, por la insolvencia del principal obligado; y si es cierto que la absolución por el delito o falta eliminaría la responsabilidad de segundo grado, se estima procesalmente incorrecto autorizar el tercero civil para atacar el pronunciamiento en su entraña penal cuando, por inacción del procesado, quedó para él firme, mas no improcedente que combata el fallo en la parte relativa a la responsabilidad civil que le sea marcada; y como lo que en el recurso se denuncia es que se aplicó indebidamente el artículo 586, número 3.ª, y no aplicación del 8.º, número 8, del C. P., con lo que se persigue la casación por negación de la falta castigada por la Audiencia, y sólo por esto, careciendo al efecto los recurrentes de la necesaria legitimación, se impone la desestimación del motivo. (Sentencia 9 noviembre 1967.)

f) *Adhesión improcedente al recurso*: Procede acoger la impugnación formulada por el Ministerio Fiscal a la admisión del recurso de casación por infracción de Ley, por adhesión, que ha interpuesto la representación del procesado José L. G., pues siendo obligado en este trámite casacional, velar por la pureza del procedimiento y estableciéndose taxativamente en el último párrafo del artículo 861 de la Ley Procesal, que la parte que no haya preparado el recurso, puede adherirse al mismo, no puede hacer uso de ese derecho, quien lo propuso en tiempo, dejando después de comparecer, dentro del término del emplazamiento, teniendo que ser declarado desierto el recurso, pretender más tarde adherirse al interpuesto por el otro procesado, no cabe habiéndolo dejado de hacer en el momento oportuno, por todo ello y siguiendo también la doctrina de esta Sala, ha de inadmitirse el recurso, de acuerdo con lo establecido en la norma 4.ª del artículo 884 de la citada Ley de Enjuiciamiento. (Auto 26 septiembre 1967.)

g) *Motivación inaceptable*: Un simple error de copia del número del precepto no puede ser base de casación ni de forma ni de fondo (Sentencia 30 octubre 1967.)

II

PARTE ESPECIAL

A.—*El llamado «procedimiento de urgencia»*: *Suspensión del juicio e instrucción suficiente*: Si la Sala sentenciadora no hizo constar expresamente como requiere el párrafo 4.º del artículo 801 que se encontraba instruida debidamente, incurre en quebrantamiento formal (Sentencia 20 octubre 1967.)

B.—*Proceso ante el Tribunal de Orden Público*: *Citación de sacerdote como testigo*: El quebrantamiento de forma, se ampara en el número 1.º del

artículo 850 de la L. E. Crim., por no acceder a la suspensión de la Vista. por incomparecencia del testigo Sacerdote don Pedro I. O., estimando en primer lugar que no fue citado como previene el vigente Concordato de 27 de agosto de 1953 y aunque cierto es que el artículo 16, número 7 del mismo determina que la citación se verificará previa licencia del Ordinario del lugar en que se instruye el proceso, prevención anterior a la Ley de 2 de diciembre de 1963 que concede al Tribunal de Orden Público jurisdicción en toda España con facultades para actuar en cualquier lugar del Territorio Nacional, y no se crearía más que dificultades innecesarias dirigiéndose a Ordinario que no estime jurisdicción sobre el Sacerdote citado como testigo e indudablemente por estas razones y sin abdicar de sus derechos, el Excelentísimo Sr. Obispo de Bilbao en oficio de 3 de abril de 1965, dirigido al Ilustrísimo Sr. Presidente del Tribunal de Orden Público no sólo concede la autorización para que preste declaración el Sacerdote, sino que añade que ya le ha informado del lugar, día y hora de su comparecencia, lo que demuestra que en todo momento admitió que la citación estaba practicada en forma, y en cuanto al artículo 801 ordena que con el mayor celo se eviten las infracciones del juicio oral, y en el último párrafo lo que prohíbe terminantemente es la suspensión por la incomparecencia de testigos que hayan declarado en el sumario, pero no obliga cuando la incomparecencia sea de un testigo no sumarial, si el Tribunal se considera suficientemente instruido por las demás pruebas practicadas, que suspenda el juicio oral. (Sentencia 10 noviembre 1967.)

C) *Proceso por injurias: Perdón del ofendido*: Se pretende demostrar, que el Tribunal «a quo» se equivocó al interpretar las pruebas por no tener en cuenta, el contenido del documento auténtico, representado por la certificación del atco de conciliación celebrado entre las partes, en el que asegura, consta el perdón de los querellantes, que no se apreció como causa extintiva de la responsabilidad criminal; pero el mismo ha de rechazarse, porque somete a la Sala una cuestión nueva, que no se articuló ante la Audiencia, como excepción o causa extintiva de responsabilidad, por ninguna de las partes y concretamente por la recurrente, que se beneficiaba con ella, lo que resultaba enteramente necesario, porque el perdón en delito privado, queda a la disposición de la parte que lo alega, de manera exclusiva, así como el contenido del proceso sancionador privado, se determina exclusivamente por el alcance que las partes quieran otorgarle, sin actividades inquisitivas del órgano jurisdiccional o supletorias de su actividad, y si la omisión se dio, pues ni en el curso del sumario, ni en el escrito de calificación se produjo la petición precisa, es obvio que la Sala no pudo pronunciarse positiva o negativamente máxime cuando el acto terminó sin avenencia y ahora, no puede someterse al control de casación una omisión, cuya única causa se debió al recurrente, por no plantear el problema en el momento procesal oportuno, haciendo que se pronunciase sobre el mismo la sentencia, para luego, en su caso, poder a medio del recurso extraordinario de casación controlar la calificación jurídica pronunciada, no resultando por ello procedente decidir sobre «res nova», sin desnaturalizar su exclusiva finalidad y el principio dispositivo de las partes. Además, que aunque se examinare, para superior fuerza argumental el problema, y dejando a un lado,

indebidamente, tan esencial impedimento, aparecería como evidente, que si bien el perdón en los delitos privados, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 25, 112 número 5.º, y 467, para el delito de injurias, que es el castigado y en el 106 de la L. E. Crim., extingue la responsabilidad criminal, porque la ley concede fuerza vinculante a la voluntad remisora del sujeto pasivo u ofendido, al resultar principalmente afectados sus bienes personales, e intereses materiales, frente a los más abstractos del bien común y orden jurídico, que en tales infracciones quedan relegados a un segundo término, es sin embargo, preciso que ese perdón, derive de una voluntad concedente, expresa, formal y absoluta, y nunca confusa y equívoca y además prestada de manera incondicional, pues si se admite el perdón condicional como ha establecido esta Sala, al tener en principio el carácter de mera promesa de perdón, debe ser su contenido lícito y ha de cumplirse el acontecimiento futuro e incierto de manera total o íntegra. En el caso de examen aparece, que en el acto de conciliación —hábil por su carácter componedor de diferencias, para el logro de un perdón concertado— los querellantes exigieron el reconocimiento de la carta injuriosa, la retractación de su contenido, pidiéndoles perdón por las palabras y conceptos injuriosos, y reparación del daño causado, a abonar en concepto de indemnización los gastos judiciales ocasionados, y a darse por notificada de que de no avenirse la demandada se reservaban las oportunas acciones que ejercitarían reclamando incluso los daños y perjuicios, y si la querellada contestó, reconociendo ser la autora en momento de arrebato por riña de la carta injuriosa, y no ser ciertos los hechos contenidos en la misma, retractándose de su contenido, pidiéndoles perdón, así como que estaba dispuesta a reparar el daño, haciendo pública manifestación en la barriada de la honorabilidad de la mujer y en la forma que por ésta le sea ordenada su rehabilitación, es sin embargo evidente, que para nada se refirió al abono de la indemnización exigida por gastos judiciales, y que incluso las partes, en réplica y dúplica, no se concertaron en la forma de realizarse esa ofrecida reparación, pues el acto se terminó sin avenencia, por lo que no puede decirse que el perdón sea expreso, formal, y absoluto, y aún menos que estando sometido a una condición lícita, ésta se cumpliera íntegramente. (Sentencia 28 noviembre 1967.)

CRONICAS EXTRANJERAS

Tercera Reunión Plenaria de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica

Por Dr. JOSE ENRIQUE SILVA,
Relator de la Comisión Centroamericana.

SUMARIO: I. Sede de la Reunión.—II. Participantes.—III. Temario.—IV. Artículos aprobados.—V. Homenajes.—VI. Distribución de la parte especial.—VII. Cursillo de JIMÉNEZ DE ASÚA.—VIII. Conclusiones.

I. SEDE DE LA REUNION

En Lima, la capital blasonada de Perú, se ha llevado a cabo, del 3 al 13 de abril de 1967, la Tercera Reunión Plenaria de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica, convocada por el Secretario Ejecutivo, doctor Eduardo Novoa Monreal.

A los auspicios de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y del Gobierno peruano, fue posible continuar la obra iniciada en Santiago de Chile (1963) y proseguida en México (1965), con el concurso de quienes forman las distintas Comisiones de trabajo.

A falta de aula mayor universitaria, deteriorada por un terremoto, ha sido escenario de las discusiones el vetusto edificio de la Escuela de Medicina, en donde hubo de efectuarse la solemne inauguración.

II. PARTICIPANTES

Un hecho notable ha llenado de optimismo a los delegados. Se trata de la inclusión de los representantes de Ecuador y Uruguay, que en esta forma se suman a los miembros de las Comisiones integradas desde un principio.

La nómina de delegados es: ARGENTINA: Francisco P. Laplaza, Enrique Ramos Mejía, José E. Argibay Molina y Mario H. Penna; BOLIVIA: Manuel Durán P.; BRASIL: Heleno Claudio Fragoso, Joao Bernardino García Gonzaga y Guillermo Cándido Percivale de Oliveira; COLOMBIA: Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, Alfonso Reyes, Pedro Arturo Sanabria y Bernardo Gaitán Mahecha; CENTROAMÉRICA: Guillermo Padilla Castro (Costa Rica) y José Enrique Silva (El Salvador); CHILE: Eduardo Novoa Monreal, Juan Bustos Ramírez, Luis Cousiño, Miguel Schweitzer, Manuel Guzmán Vial, Sergio Politoff y Sergio

Yáñez; ECUADOR: Jorge Cornejo Rosales; PERÚ: Luis A. Bramont Arias, Domingo García Rada, Luis del Valle Randich, Juan Arce Murúa, Raúl Peña Cabrera, Luis E. Roy Freyre y Anthony Cooper; VENEZUELA: José Agustín Méndez y José Miguel Tamayo. El distinguido penalista Luis Jiménez de Asúa ha participado, en esta oportunidad, en la delegación peruana.

Se ha lamentado, sí, la ausencia de algunos miembros de comisiones que en anteriores reuniones tuvieron tan destacado papel. Para el caso, Sebastián Soler y Nelsón Hungría. Y, por otra parte, se ha manifestado un notorio vacío con la ausencia de la comisión de México, cuyos miembros, como Celestino Porte Petit, Alfonso Quiroz Cuarón, Luis Fernández Doblado y Ricardo Franco Guzmán, entre otros, también dieron valiosos aportes en la reunión efectuada en su propio país.

III. TEMARIO

El temario para esta reunión abarcó algunos temas enviados a reelaboración desde la reunión de México. Tales temas fueron:

- a) Causas de justificación (Comisión peruana).
- b) Fórmula de inimputabilidad (Comisión argentina).
- c) Error de inexigibilidad (Comisión chilena).

Además, aparecían los siguientes aspectos:

1. La noción de autor y el concurso de personas en el hecho punible, con consideración de la intervención del "extraneus" (Comisión argentina);
2. La reincidencia, la habitualidad y la profesionalidad criminal (Comisión argentina);
3. Proceso ejecutivo del delito (tentativa) (Comisión brasileña de São Paulo);
4. Concurso o pluralidad de delito y su régimen (Comisión mexicana);
5. Las penas y medidas de seguridad (Comisión centroamericana);
6. Extinción de la responsabilidad penal (Comisión venezolana), y
7. La responsabilidad civil derivada del delito y, en general, los efectos del delito en el campo extrapenal (inhabilidades e impedimentos civiles) (Comisión colombiana).

No ha sido posible la comparecencia de la delegación mexicana. Por ello, el tema del concurso o pluralidad de delitos y su régimen, se tratará en la próxima reunión.

IV. ARTICULOS APROBADOS

Después de las discusiones, en que cada delegado trató de poner sus conocimientos al servicio de un moderno Código punitivo para Latinoamérica, fueron aprobados los siguientes artículos:

“AUTORES Y PARTICIPES”

Autores y coautores.

“El que realizare por sí o sirviéndose de otro, el hecho legalmente descrito, y los que lo realizaron conjuntamente, serán reprimidos con la pena establecida para el delito.”

Instigador.

“Con la misma pena será reprimido el que hubiere determinado a otro a realizar el hecho.”

Cómplice primario.

“Al que prestare al autor o autores un auxilio, de tal modo necesario, que sin él no hubiera podido cometerse el delito, será reprimido también con la pena establecida para el delito.”

Cómplice secundario.

“El que auxilia de cualquier otro modo a la realización del hecho, aun mediante promesa de ayuda posterior a la consumación de aquél, será reprimido con la pena del delito, disminuida conforme a lo dispuesto por el artículo...”

Comienzo y alcance de la responsabilidad de los partícipes.

“Los partícipes serán punibles desde el momento en que el hecho haya sido iniciado, según lo establecido en el artículo..., y cada uno responderá en la medida de su propia culpabilidad.

Si el hecho fuere más grave del que quisieron realizar, responderán por aquél quienes lo hubieren aceptado como una consecuencia probable de la acción emprendida.”

Comunicabilidad de las circunstancias.

“.....” (reenviado).

“LA REINCIDENCIA, HABITUALIDAD Y PROFESIONALISMO”

Artículo X.

“.....” (reenviado, concepto reincidencia).

Artículo XX.

“A los efectos del artículo anterior, quedan excluidos:

- a) Los delitos políticos o exclusivamente militares, y b) La sentencia condenatoria firme dictada en el extranjero en los casos previstos por el artículo 5 y cuando el hecho que motivó dicha sentencia no fuere delito según la ley nacional.”

Artículo XXX.

“.....
.....” (reenviado, prescripción reincidencia).

Artículo XXXX.

“.....
.....” (reenviado, habitualidad).

Tentativa.

I. “Cuando se inicia la ejecución de un delito por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas independientes del agente, la pena establecida para el hecho será atenuada según lo determinado en el artículo X.”

II. “El agente que, voluntariamente, desiste de la ejecución del delito o impide que el resultado se produzca, sólo responde por los hechos ya realizados.”

III. “No se aplicará la pena correspondiente a la Tentativa cuando fuera absolutamente imposible la consumación del delito.”

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Cumplimiento de la ley.

(Aprobado en México).

Estado de necesidad.

“No comete delito el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona a otro para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que el peligro sea actual o inminente;
- b) Que no lo haya provocado voluntariamente, y
- c) Que no sea evitable de otra manera.

Si el titular del bien que se trata de salvar tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este artículo.”

Legítima defensa.

“No comete delito el que obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

- a) Agresión ilegítima, y
- b) Necesidad razonable de la defensa empleada para impedir-la o repelerla.”

Exceso.

(Aprobado en México).

*Culpabilidad.**Artículo A.*

(Aprobado en México).

Artículo B.

(Aprobado en México).

Artículo C.

(Aprobado en México).

Artículo D.

“No es punible quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre alguna de las exigencias necesarias para que el delito exista según su descripción legal.

No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará sólo cuando la ley señale pena para su realización a tal título.

Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado.”

Artículo E.

“No es punible el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena.

Si el error no fuera invencible, la pena, prevista para el hecho, podrá ser atenuada conforme al artículo...”

Artículo E bis.

“Si el hecho realizado fuere distinto del que se hubiere propuesto el agente, se impondrá a éste la pena correspondiente al menos grave.”

Artículo F.

“No es culpable quien realiza un hecho no justificado para impedir un mal actual o inminente y no evitable de otro modo, a menos que aquél se estime razonablemente excesivo en relación con éste.”

Artículo G.

“No es culpable quien obra bajo coacción o amenaza de un mal actual y grave, sea o no provocada por la acción de un tercero, cuando razonablemente no pueda exigírsele una conducta diversa.”

Artículo H.

“Si la ley señalare pena más grave por una consecuencia especial del hecho, se aplicará sólo al autor o partícipe que haya actuado, a lo menos culposamente respecto de ella.”

“PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD”

Clases de penas.

“Las penas que este Código establece son:
Principales: prisión y multa;
Accesorias: inhabilitación absoluta e inhabilitación especial.
.....” (reenviado, inciso referente a la pena de inhabilitación como principal).

Prisión.

“La pena de prisión consiste en la privación temporal de la libertad, y se cumplirá en los lugares que la ley determine, procurando ejercer sobre el condenado una acción readaptadora.
El límite máximo es de veinticinco años.”

Multa.

“La multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero, que será fijada en días de multa.
El importe del día multa se determinará de acuerdo con la situación económica del condenado, atendidos especialmente su caudal, rentas, medios de subsistencia, nivel de gastos u otros elementos de juicio que el Juez considere apropiados.
Si el condenado viviere exclusivamente del producto de su trabajo, el día multa no podrá ser inferior de su entrada diaria ni exceder el tanto de ella.
El límite máximo de la multa es de 500 días.”

Ejecución de la multa.

“Al imponer la multa, o por resolución posterior, el Juez podrá, atendida la situación económica del condenado, acordar un plazo o autorizar el pago en cuotas, garantizando con cauciones reales o personales. El Juez tendrá facultad para prescindir prudencialmente de éstas.

Estos beneficios pueden ser revocados por incumplimiento en el pago o cuando mejore sensiblemente la condición económica del condenado.”

Amortización de la multa.

“Podrá autorizarse al condenado la amortización de la multa mediante trabajo libre sin remuneración, a favor de la Administración Pública. Las autoridades competentes determinarán los trabajos computables para estos efectos.

Un día de trabajo equivale a un día de multa.”

Conversión de la multa.

“Si el condenado no pagare la multa, ésta se convertirá a razón de un día de prisión por un día de multa, sin perjuicio de la facultad del Estado de ejecutarla en los bienes de aquél; en este caso, la prisión no excederá de un año.

El condenado podrá, en cualquier tiempo, pagar la multa, descontándose de ella la parte proporcional a la prisión cumplida.

Cuando la ley aplique conjuntamente las penas de multa y prisión, y corresponde convertir aquélla, se adicionará a la prisión impuesta la de multa convertida.”

Inhabilitación absoluta.

“La inhabilitación absoluta comprende:

- 1.º La pérdida del empleo o cargo público que ejerciere el condenado, inclusive los de elección popular;
- 2.º La incapacidad para obtener comisiones, cargos o empleos públicos;
- 3.º La pérdida del derecho de votar, de ser elegido o de formar parte de asociación política, y
- 4.º La incapacidad de ejercer la patria potestad, tutela o curaduría.”

V. HOMENAJES

A la sombra de los gratos recuerdos, los delegados rendimos tributo a dos penalistas ilustres, cuya desaparición física acongoja.

En nuestro ámbito americano, el recordado José Peco, por cierto,

presidente de la Comisión argentina, autor de una proyecto de Código Penal y auténtico maestro universitario.

En Europa, Antonio Quintano Ripollés, cuya obra traduce con elocuencia la sabiduría y gran capacidad de trabajo de su autor.

Con palabra emotiva, Jiménez de Asúa ha pedido el merecido homenaje. Y los delegados, al unísono, hermanos en una tarea de proyecciones vastas, evocamos las respetadas figuras de los maestros Peco y Quintano Ripollés.

VI. DISTRIBUCION DE LA PARTE ESPECIAL

El Secretario Ejecutivo, doctor Novoa Monreal, con el objeto de dar cuerpo a lo que antaño fue una utopía y que a esta hora es una realidad admirable, ha procedido a la distribución de los títulos de la Parte Especial del Código Penal Tipo, entre las diversas Comisiones.

De esa manera, distribuida la elaboración de los delitos en especie, así:

1. Delitos contra la vida, integridad corporal y la salud (Comisión argentina);
2. Delitos contra el honor (Comisión brasilena de São Paulo);
3. Delitos contra la libertad personal (Comisión venezolana);
4. Delitos contra la propiedad (hurto y robo) (Segunda Comisión argentina);
5. Delitos contra la propiedad (fraude, estafa y daños) (Comisión chilena);
6. Delitos contra la administración de justicia (Comisión peruana);
7. Delitos de peligro común y contra la salud pública (Comisión brasileña de Río de Janeiro);
8. Delitos contra la administración pública (Comisión boliviana);
9. Falsedades (Comisión mexicana);
10. Delitos contra la libertad sexual y la moralidad sexual (Comisión centroamericana);
11. Delitos contra el estado civil (Comisión ecuatoriana);
12. Delitos contra el orden económico (Comisión colombiana);
13. Delitos contra la propiedad inmaterial (Comisión uruguaya).

VII. CURSILLO DE JIMENEZ DE ASUA

La reunión plenaria ha hecho aflorar la naciente actividad del Instituto de Ciencias Penales de Perú, que labora, desde hace poco, bajo la eficiente dirección del doctor Luis A. Bramont Arias.

Una de las labores propias del Instituto, que coincidió con la reunión plenaria, fue el cursillo que, con el tema "Modernas concepciones en el Derecho Penal", dio en el local del Colegio de Abogados de Lima, el doctor Luis Jiménez de Asúa. Una selecta y abigarrada concurrencia, formada, en su mayor parte, por estudiantes y abogados, oyó la docta palabra del disertante.

El cursillo comprendió los temas siguientes:

- Lección I:*
1. *Las tres tendencias en la dogmática penal:* a) Positivismo legal; b) Posición Teleológica; c) El nuevo finalismo.
 2. Las tendencias político-sociales en el Derecho Penal: del liberalismo a la noción social vigente.
 3. Ejemplos de la evolución de hoy.
 4. Las concepciones alemanas e italianas.
- Lección II:*
1. *La acción finalista.*
 2. Causalismo y finalismo.
 3. Críticas.
 4. El problema de la omisión.
 5. La acción socialmente considerada.
- Lección III:*
1. *La antijuricidad.*
 2. Lo injusto y lo antijurídico.
 3. Lo injusto personal.
 4. La noción del tipo objetivo y subjetivo.
 5. Pervivencias de la concepción belgiana.
- Lección IV:*
1. La culpabilidad: La noción clásica y la teoría finalista.
 2. Imputabilidad.
 3. La "intención" y el "dolo".
 4. La "culpa" y sus problemas.
 5. Nueva función del juicio de reproche.
- Lección V:*
1. La crítica y el estado actual:
 2. Crítica benévola: Rodríguez Muñoz y Bockelmann.
 3. Negaciones y concesiones: Engisch y Mezger.
 4. La crítica reconstructiva: Baumann y Roxin.
 5. Conclusiones.

VIII. CONCLUSIONES

Las reuniones cordiales de los delegados de casi toda América, ahora empeñados en una labor de integración jurídica que irá en provecho de nuestros pueblos, han dejado fructíferos resultados. No se trata, en verdad, de hacer imponer los criterios personales. Menos, de sacar avantes tesis unilaterales.

Antes, al contrario, priva en todos los integrantes de las Comisiones, la decisión de colaborar en una tarea común, cual es la de llevar las más modernas teorías penales al articulado de un Código-Tipo.

De todos los rumbos vienen ideas plasmadas en ponencias. El sistema de trabajo, buscado a propósito por la Secretaría Ejecutiva, es ideal y satisface a quienes participamos en las discusiones. Las ponencias, antes de ser tratadas en las reuniones plenarias, ya han sido

objeto de observaciones y cambios. Por ello, se ha avanzado en tan laudable labor, que da a América un timbre de orgullo.

Entre las más importantes conclusiones de esta Tercera Reunión Plenaria, están:

1. La sede de la próxima reunión plenaria será la ciudad de Caracas, en Venezuela, visto el ofrecimiento del doctor José Agustín Méndez, actual presidente de la Corte Suprema de Justicia de su país. En tal ocasión habrá que finalizar la discusión de ponencias sobre la Parte General y, si es posible, entrar a discutir las ponencias sobre la Parte Especial.

2. Será creado el Instituto Latinoamericano de Ciencias Penales, y para ello, el instituto de Ciencias Penales de Perú, redactará las bases que servirán, luego de su aprobación en la cuarta reunión plenaria, para normar la vida de esta entidad de promisorias proyecciones.

3. Se ha hecho lo posible por incorporar a todos los países de Latinoamérica en la tarea de redactar el Código Penal Tipo para Latinoamérica. Ecuador y Uruguay son los países más recientemente llamados, y, de esta manera, podrá obtenerse un mejor resultado en la unificación punitiva.

4. El alentador panorama que surge para el Código Penal Tipo, tanto por sus aspectos de técnica jurídico-penal, como por la comprensión y entusiasmo de la Secretaría Ejecutiva y las comisiones distintas, está a la vista. Se labora con renovada fe, y la paulatina redacción del articulado, hace esperar, dentro de poco tiempo, una obra que, al ser concluida, pondrá en oportunidad a todos los países del Nuevo Mundo a dar el paso de avanzada legislativa en materia penal.

La época de la ley arcaica cederá paso al de la integración jurídica. Y la justicia penal, empeñada en sacar avantes los medios más eficaces para el conocimiento de la verdad de los hechos y la certeza de la prueba, encontrará expeditos sus caminos, al través de un moderno cuerpo de leyes que será el fruto de una esperanza y la cristalización de un sostenido anhelo: EL CÓDIGO PENAL TIPO PARA LATINOAMÉRICA.

REVISTA DE LIBROS

ARONEANU, Eugène: «Le Crime contre l'Humanité». Prólogo de André Boissarie. París, 1961. Librería Dalloz, 322 págs.

El presente volumen ha venido a recoger una serie de trabajos, hasta ahora dispersos, que Eugène Aroneanu había dedicado, llevado por su vocación de jurista, al crimen contra la humanidad y a sus diversas aplicaciones. Y es precisamente esta honda vocación, subrayada por sus profundos valores humanos, la que nos lleva a expresar con gran sentimiento la circunstancia de que esta recopilación constituye una obra póstuma que ahora presentan los amigos del autor, como testimonio de una vida llena de inquietudes intelectuales.

Licenciado en Derecho por la Universidad de Bucarest y doctorado más tarde en la de París, se va a dedicar al periodismo activo para luego ofrecerse por entero a su vocación de estudioso del Derecho. En tal calidad, elabora sucesivamente los trabajos ahora reunidos, en los cuales está presente, no sólo el jurista, con sus preocupaciones al servicio de la justicia, sino también el hombre que ha sufrido debiendo hacer de Francia su segunda patria.

* * *

La obra que se nos presenta aparece estructurada de manera aceptable, tratando de obviar los inconvenientes que presenta una recopilación de este tipo, a pesar de la unidad de tema y autor.

Como introducción a la misma se ha dispuesto el informe presentado por Eugène Aroneanu ante el Congreso Internacional de Juristas Demócratas de Bruselas, celebrado durante los días 16 a 19 de julio de 1947, y que aparece titulado de la manera siguiente: «Los Derechos del Hombre y el Crimen contra la Humanidad». En ella, después de poner de relieve que nos encontramos ante la «civilización de los Derechos del Hombre», cuya base no es otra que un sentimiento interior de justicia que yace en la persona, denuncia que hoy los ataques a los Derechos del Hombre han llegado a su punto culminante, por lo cual es necesario justificar la guerra para luchar contra el ejercicio criminal de la soberanía.

A continuación, y bajo el título «El Crimen contra la Humanidad», queda recogido el Documento F. 775, una de las bases de la acusación internacional ante el Tribunal Militar de Nuremberg, y que expone con justeza no exenta de subjetividad, una teoría de dicho crimen. Tiene gran interés aunque los esfuerzos del autor para elaborar una definición acabada no son excesivamente felices. De este trabajo se inserta un pequeño resumen en lengua inglesa.

El tercer escrito aquí incluido, «La guerra internacional de intervención por la causa de la Humanidad», viene a confirmar la postura del autor de justificar la guerra en defensa de la causa de los hombres, y lo hace con abundantes citas de Vitoria, Suárez, Santo Tomás, Grocio, San Agustín, etc. Califica a la Segunda Guerra Mundial como la primera de este tipo y a la

victoria aliada como la de la causa de la humanidad. Afirmaciones todas ellas, obvio es decirlo, harto discutibles.

La obra se prolonga en otros cuatro estudios. «Responsabilidades penales emanadas de los crímenes contra la Humanidad», «Nacimiento y aplicación de la Ley internacional reprimiendo el crimen contra la Humanidad», «La persecución: crimen clandestino o crimen contra la Humanidad» y «¿A dónde hemos llegado en la represión de los crímenes contra la Humanidad?» El segundo de ellos, ya suficientemente conocido y divulgado desde 1947, a través de su publicación en la «Revue de Droit Pénal et de Criminologie» de Bruselas.

El prólogo, debido a la pluma de André Boissarie, Vicepresidente de la Federación Internacional de los Derechos del Hombre, contiene un canto lleno de calor y emoción a la personalidad del jurista muerto.

La obra concluye recogiendo en un anexo, una serie de declaraciones y documentos internacionales relativos a los crímenes contra la Humanidad denunciados durante la Segunda Guerra Mundial.

Digamos, asimismo, que «El Crimen contra la Humanidad» presenta los reparos propios de este tipo de obras: los trabajos incluidos responden a distintas actitudes mentales de su autor y adolecen, por lo tanto, de ciertas desigualdades en su valor y acierto, que no es, pues, uniforme. Por otro lado, aunque las partes I, II, IV y V van precedidas de un sumario sin paginar, echamos de menos un índice que nos haga más fácil la localización de los distintos pasajes. Por lo demás, la obra, sobriamente presentada, se hace de agradable lectura.

No queremos terminar estas líneas sin dedicar un sentido homenaje de respeto a un hombre, que como Eugène Aroneanu, supo, ya entrado en los treinta años, marchar por el peligroso e ingrato camino del servicio a una causa justa en defensa de la dignidad humana, al mismo tiempo que, si nos fuera permitido, quisiéramos unirnos modestamente al coro de voces amigas que con su dedicación han dado esta obra a la estampa.

JAVIER SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGES.

BECCARIA, Cesare de: «De los delitos y de las penas». Con el comentario de Voltaire. Introducción, apéndice y notas de Juan Antonio del Val. Alianza editorial. Madrid, 1968, 199 págs.

En 1964 se celebró el segundo centenario de la publicación del libro de Cesare Bonnesana, Marqués de Beccaria, por medio de artículos, conferencias, reuniones internacionales y libros (1). La conmemoración resultó particularmente fervorosa en Italia, patria del famoso penalista, y en Francia que lo fue de sus inspiradores y caja de resonancia de todos los ideales de la

(1) *Secondo centenario della pubblicazione dell'opera «Dei delitti e delle pene»* (Conferencias de Bouzat, Heinitz, Delitala Graven, Valsechi, etc.). Academia nacional de Lincei. Roma, 1965.

Ilustración. En España se incorporaron al homenaje universal, algunos artículos (2) y, ahora, el volumen reseñado.

Juan Antonio del Val lo inicia con una introducción, donde boceta el cuadro de la Justicia criminal del antiguo régimen mediante la descripción de ciertos casos terroríficos. Nos presenta luego una corta biografía del Marqués con mención de sus amigos los hermanos Verri, a quienes, según ellos mismos, se debió la iniciativa del trabajo de aquél; noticia quizá reveladora de la envidia inspirada por el éxito de su compañero tertuliano. Y, en concisas frases, nos ofrece Del Val las ideas fundamentales de la pequeña obra: las cuales, de modo todavía más abreviado, son: legalismo; la atrocidad de las penas es por lo menos inútil; la tortura debe abolirse; el fin de las penas no es afligir a un ser sensible, sino prevenir los delitos; freno de los mismos no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad; deben ser proporcionadas a los delitos; la verdadera medida de los delitos es el daño causado a la sociedad; las penas deben ser iguales para nobles y vasallos; la de muerte no es ni útil ni necesaria (salvo en dos casos); separación de los poderes legal y judicial; plazos breves y suficientes para presentar las pruebas; no es justa la pena si no se ha procurado con diligencia por la ley el mejor medio posible para evitar el delito; perfeccionar la educación constituye el medio más seguro, al mismo tiempo que el más difícil, de evitar los delitos.

Estas ideas contrastaban con las entonces dominantes en las legislaciones y en la práctica; pero no eran ciertamente muy originales, pues se encontraban ya formuladas en principio por los filósofos ilustrados, principalmente por Montesquieu y Voltaire. El mérito de Beccaria estuvo en exponerlas reunidas con elocuencia sentimental, aptas para extenderse en eficaz propaganda. Lo que interesa subrayar es la actualidad perdurante de las más de ellas, incorporadas a la legislaciones contemporáneas, y la conveniencia, frente a algunas supervivencias y atavismos, de recordar los pasajes críticos de las instituciones del antiguo régimen.

El mejor complemento del libro de Beccaria es, sin duda, el Comentario de Voltaire. Aquél es un conjunto de tesis generales. Voltaire, con mejor estilo, nos demuestra tales teoremas mediante casos prácticos. Pertenece a la época en que el filósofo de Ferney no se ocupaba más que de procesos, según dijo en una de sus cartas. Un año antes de la publicación del opúsculo de Beccaria, Voltaire en su *Traité sur la tolerance* se había ocupado del *affaire Calas*, origen de una porfiada y triunfante campaña para rehabilitar la memoria del ejecutado y levantar el destierro de sus familiares. En 1776, con ocultación de nombre, dedicó a Beccaria la *Relation de la sort du chevalier de la Barre*. Y en el *Comentario sobre el libro de los delitos y de las penas por un abogado de provincias*, que es el ahora reproducido (lo había sido ya en la traducción española de la obra de Beccaria en 1821 por Juan de Rivera), describe casos ocurridos en varios países donde se persiguió a he-

(2) ANTÓN ONECA, *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, en «Revista de Estudios penitenciarios», 1964, julio-septiembre. En «Anuario de D. P.», 1964, fasc. II, puede verse la reseña del P. Beristáin sobre el acto académico organizado en la Universidad de París, con la colaboración de figuras internacionales.

rejes y hechiceros. Alguno tan pintoresco como el de Antoine, protestante, católico y judío sucesivamente, fugitivo de cultos y de países, para acabar finalmente en la hoguera.

Cierra el volumen otra aportación de Del Val sobre Beccaria en España, apuntando los azares de la primera traducción, que, autorizada por el Consejo de Castilla y, no obstante, las cautelas empleadas, fue prohibido por la Inquisición; si bien el Consejo de Castilla se pronunció de nuevo a favor de la tolerancia. Esta versión de Juan Antonio de las Casas, que vio la luz en 1774, es la ahora transcrita «por ser —según Del Val— la más adaptada al texto original y conservar al mismo tiempo la primitiva ordenación que Beccaria dio a su libro».

También se trata en este apéndice de las impugnaciones y de las influencias, especialmente, entre éstas, la recibida por Lardizábal y su *Discurso sobre las penas*. Si éste —añadiremos— representó el ideario del despotismo ilustrado, el libro de Beccaria, repetidamente editado en el siglo XIX, fue el evangelio penal de los liberales (3). Las reimpressiones han proseguido en la centuria actual, ya fuera del clima político decimonónico. Saldaña en 1930, bajo el título *El Derecho penal (De los delitos y de las penas por Cesar Bonnesana)*, cambia el orden de los párrafos buscando mejor sistema (en efecto, el texto de Beccaria es un alegato con más emoción que lógica), presentándolo por un estudio preliminar en el cual compara aquel libro con el de Lardizábal, y combate el «mito italianísimo» del origen del derecho penal de Beccaria, para sostener el que podríamos llamar «mito españolísimo» de Alfonso de Castro. En rigor, éste fue un teólogo y Beccaria un político criminalista, mientras los antecedentes de lo hoy comunmente entendido como ciencia del Derecho penal —o sea, dogmática jurídico-penal— están en los que se llamaron «prácticos». También en los países hispanoamericanos se sigue reimprimiendo la universal obrita. Conocemos la de Cabanellas —en unión de otro opúsculo de Dragonetti (Buenos Aires, 1953); la de Sentís y Ayerra, prefacio y notas de Calamandrei (Buenos Aires, 1958), la de Bernaldo de Quirós (México, 1957).

Tanto la introducción como el texto «De los delitos y de las penas», el Comentario de Voltaire y el apéndice de Del Val, van ilustrados con abundantes y útiles notas. Finalmente, merece elogio la «Alianza Editorial» por haber incluido este libro en su Colección de bolsillo, presentada con la pulcritud suficiente para que el volumen, una vez usado, pase de su expreso destino a la conservación decorosa en un estante. Y ha sido también acertada la reproducción del dibujo de Gustavo Doré representando una ejecución capital por el castizo procedimiento del garrote. Su trágico realismo recuerda otras escenas análogas de Goya.

JOSÉ ANTÓN ONECA.

(3) Véase una lista de numerosas versiones italianas, castellanas, francesas, alemanas y en otras lenguas, en AMOR NEVEIRO, *Bibliografía de los Estudios penales*, Madrid, 1909, págs. 55 y sigs.

COMMEMORATION DU CENTENAIRE DU CODE PENAL BELGE; Les: Congrès et Colloques de l'Université de Liège; vol. 47, 1968.

Contiene este volumen de cuidada elaboración, una relación completa de las conferencias pronunciadas y de los coloquios sostenidos en la Universidad de Lieja, en los días 1 al 3 de junio de 1967, con motivo de celebrarse el centenario del Código penal belga de 8 de junio de 1867, bajo la dirección del Presidente de su Escuela de Criminología, Jean Constant; quien, a tal efecto, invitó a toda una pléyade de ilustres penalistas europeos, entre los que cabe destacar la asistencia de los profesores Graven, Huss, Jescheck, Kadar, Levasseur, Merle, Nuvolone, Ripeanu, Sawicki y Solnar, cuyos informes habrían de contribuir, según palabras pronunciadas por el organizador en la alocución de apertura, a que la legislación penal belga «*puudiese ser situada en el tiempo y en el espacio*».

Pero, esta celebración del centenario del Código penal belga, del que dijo Prins «*era una obra de optimismo y de humanidad, de esperanza y de fe en la perfectibilidad humana*», pretendió a su vez rendir homenaje a uno de los más ilustres profesores de la Universidad de Lieja, Jean-Servais-Guillaume Nypels (Catedrático de Derecho penal en la citada Universidad desde 1835 a 1885), que, juntamente con su colega de la Universidad de Gand Joseph Haus, desempeñó un papel de primer orden en la elaboración del Código centenario (la Comisión designada en 1848 para la elaboración del futuro Código penal estaba integrada por tres miembros del Tribunal de Casación —los consejeros MM. Fernelmont y Stas y el abogado general M. Delebecque—, y otros dos del personal universitario: Nypels y Haus).

El volumen en cuestión comienza reseñando la conferencia pronunciada en primer lugar por el Caballero Adolphe Braas sobre el tema «*A propos du Code de 1867. Etat du Droit repressif en Belgique*». En este informe introductivo, el Presidente de los coloquios y Rector honorario de la Universidad de Lieja, traza con singular maestría las diversas etapas por las que ha atravesado el Derecho penal belga, bajo el Antiguo Régimen, la Revolución Francesa, el Imperio y, finalmente, bajo el Régimen Neerlandés, surgido del Congreso de Viena. Pasa seguidamente a tratar del nacimiento del secular Código —uno de los pocos que merecen tal honor—, subrayando con detenimiento la influencia que en su nacimiento ejercieron hombres de la autoridad de Nypels (cuya *Legislación criminal de Bélgica*, publicada en 1867-69 y puesta al día mucho después —con los tres volúmenes de su *Código penal belga interpretado*, por el Procurador General Servais, sigue siendo de capital importancia para el conocimiento de aquél, y de Haus, cuyos *Principios generales del Derecho penal belga* dan, sin entrar en detalles como hace la obra del anterior, una breve pero condensada exposición de los principios informadores del Código de 1867. Concluye Braas su informe, destacando cómo toda la evolución legislativa y jurisprudencial operada en el texto del Código penal belga desde entonces acá se ha realizado sin atentar en absoluto a los fundamentos del mismo, que, pese a «*haber sufrido la dura prueba de dos guerras*» y la todavía más inflexible de la longevidad, permanece aún en su conjunto como una obra jurídica coherente y consistente.

«*L'evolution de la politique criminelle allemande et belge depuis cent ans*» es el título de la conferencia pronunciada por el Director del Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional de Fribourg-en-Brigau, profesor Hans Heinrich Jescheck, quien pone de relieve en ella la doble relación, evolutiva y de parentesco, que ha unido al Derecho penal belga y al alemán. De un lado, ambos han bebido de la misma fuente, el Código penal de 1810, aunque luego hayan logrado liberarse también los dos derechos de su excesivo rigor y de la preponderancia de las ideas utilitaristas. Además, la evolución legislativa ha pasado en Alemania casi por las mismas etapas que el Bélgica. De otro lado, ambos derechos han sido durante cierto tiempo dirigidos por la savia científica de autores a quienes estrechaba una sincera y fuerte amistad, como lo fueron v. Liszt y Prins. Pero, es que, además, la vinculación parental entre ambos puede retrotraerse todavía a fechas anteriores: Jacques-Joseph Haus, alumno de Pelegrino Rossi, era de origen alemán, como también lo eran Leopold Warnkönig y Johann Birnbaum, profesor en Lovaina. Con posterioridad, aunque las medidas de carácter fundamental en la reforma penal hayan sido adoptadas antes en Bélgica que en Alemania —Le Jeune, Carton de Wiart y Emile Wandervelde habían sido discípulos de Prins—, ambos derechos han coincidido, sin embargo, en la adopción de medidas como el *sursis* —si bien, la ley belga de 29 de junio de 1964, al insertar la *probation* en su sistema individualizador supone un nuevo avance frente a la legislación alemana en la materia—, el dualismo de penas y medidas (con profundas analogías e interesantes dislocaciones en el tiempo), un derecho especial para los menores, todo un abanico de realizaciones penitenciarias, etc. Todo ello, concluye el profesor Jescheck, en espera de la reforma general del Derecho penal alemán que, se confía, saldrá del Parlamento antes de 1969, si se cumplen las previsiones del Ministerio de Justicia. Así, mientras Bélgica ha volcado todos sus esfuerzos reformistas en la ejecución, limitándose a reformas meramente parciales en lo que respecta al derecho material, Alemania, por el contrario, aboca en la deseada reforma general.

El profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de París, Georges Levasseur, da principio a su conferencia sobre «*Le Code penal français de 1876 a 1967*» señalando lo hermoso que habría sido saludar al centenario Código penal belga con un nuevo Código penal francés; sin embargo, prosigue, no podemos presentar más que «*un ancestro de más de ciento cincuenta años, vivo, pero un tanto paralizado, con más recuerdos que dinamismo y cuya cabeza no coordina ya muy bien los movimientos...*» Subrayando la conveniencia de una nueva y urgente codificación penal en Francia, destaca cómo los cambios sufridos por el Código penal francés de 1810 desde 1867 han venido determinados por una doble evolución: de una parte, por los cambios operados en el medio político, económico y social en los que ha ido desarrollándose desde hace un siglo la comunidad nacional; y de otra, por la evolución de las ciencias criminológicas y penitenciarias que han determinado profundas transformaciones en la política criminal. Después de un detallado y casuístico repaso de las medidas de reforma del Código penal adoptadas en Francia desde 1867, concluye afirmando cómo Bélgica y Francia se han encontrado en los mismos momentos con idénticos problemas, ma-

yores o menores, y que han resuelto de forma generalmente análoga; tanto, que, a veces, han llegado a imitarse...

Miklos Kadar, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Budapest, dedicó su alocución al tema «*Reflexions sur le Droit penal hongrois. Le nouveau Code penal*». En base a una detallada exposición de los antecedentes históricos del Derecho penal húngaro, pasa a examinar detalladamente la innovación que implica la entrada en vigor del nuevo Código penal húngaro de 1961, de tan sólo 340 artículos, que rompe la casuística del primer Código penal húngaro (Ley de 1878), de 950 artículos. Mas, «la brevedad del Código no implica la superficialidad de su redacción, sino el abandono de una casuística exagerada por una redacción clara y de fácil comprensión». Dirigido a «asegurar la protección del orden estatal, social y económico de la República popular húngara, así como la de la persona y los derechos cívicos» (art. 1.º), el nuevo Código forma un todo, abarcando también el Derecho penal militar y el relativo a los menores, en base a la teoría de que tal solución estriba en la consideración de que las normas del Derecho penal no van referidas tan sólo a los adultos, sino también a los menores que han alcanzado la edad de imputación de responsabilidad penal, y no solamente a los civiles, sino también a los militares. La incriminación de un estado peligroso es fundamental para la punibilidad, siendo, de otra parte, las finalidades de la pena idénticas a las perseguidas por los Derechos penales occidentales. Finalmente, y al igual que el Código penal de la República democrática alemana de 1968, el nuevo Código penal húngaro incorpora a la sociedad activamente en la lucha contra la criminalidad.

«*Aperçu comparatif italo-belge a l'occasion du centenaire du Code penal de la Belgique*» es el título del tema dedicado por el Profesor ordinario de Derecho penal de la Universidad de Milán, Pietro Nuvolone, a la celebración del susodicho centenario. Parte el penalista italiano de la dificultad que implica comparar dos Códigos penales de tan diferente fecha como son el belga y el italiano: el belga, de 1867, y el italiano, de 1930. Por lo tanto, se trata más bien de una comparación entre las dos legislaciones (la belga y la italiana) tal como se nos aparecen en la actualidad, por lo que habrán de tenerse en cuenta las numerosas leyes promulgadas para reformar los textos originales de los dos Códigos. Se detiene a analizar pausadamente la estructura de ambos Códigos, estableciendo un análisis diferencial en materia de medidas de seguridad, individualización de la pena, etc. Subraya, también cómo, mientras la legislación penal italiana parte de la bipartición «delitti» y «contravenzioni», el belga, en cambio, opta por la clasificación tripartita: crimen, delito y contravención (falta). En lo que respecta al Derecho italiano, observa cómo no conoce éste la distribución entre autores y cómplices, mientras que el belga pertenece a la categoría de las legislaciones que distinguen la autoría de la complicidad. Concluye su análisis expositivo, destacando en el Derecho italiano la punibilidad de la tentativa fundada sobre la idoneidad y la univocidad y cómo ha sido abolida la pena capital. Subrayando cómo el sistema de fondo del Código belga ha sido reformado por leyes posteriores y cómo lo más moderno, lo más abierto al futuro, de las normas penales belgas se encuentra fuera del contexto del Código, señala, en último lugar, «que el Código italiano ha envejecido ciertamente, pero no aún lo

suficiente para que en los medios científicos y políticos surja un acuerdo sobre la nueva dirección de la legislación penal».

«*Le Droit penal neerlandais. Un siècle d'évolution*» es el tema de la conferencia de J. M. Van Bemmelen, profesor de la Facultad de Derecho de Leiden. En ella demuestra no sólo la progresión legislativa, sino también la jurisprudencial —deteniéndose sobre todo en materias como la condena condicional y liberación condicional—, haciendo especial hincapié en la regla conocida comúnmente con el nombre de «*Avas-Regel*», consagrada por el Hoge Raad tanto para los delitos como para las contravenciones, y, según la cual, en ausencia de culpa, no podrá ser nadie castigado. Asimismo, encuentra aplicación de la Ley Quetelet en las estadísticas judiciales y policiales de su país (según dicha ley, en circunstancias inamovibles se comete el mismo número de delitos) lo que demuestra la existencia de un presupuesto para el crimen. Concluye subrayando la importancia de un resurgimiento de las penas morales —repreensiones, advertencias y reprimendas—, destinadas a los delincuentes primarios culpables de actos de escasa gravedad, habida cuenta de que si estas penas morales fuesen convenientemente registradas en los archivos judiciales, podría reservarse la pena de prisión y otras por el estilo para aquellos que fuesen multirreincidentes.

Jerzy Sawivki, Profesor de la Universidad de Varsovia, fallecido recientemente, subrayó en su alocución, intitulada «*L'influence des conceptions du Droit penal belge sur l'évolution de la pensée juridique et de la législation penale polonaises*», cómo el nuevo espíritu de las primeras codificaciones polacas, a partir de 1818, fue interrumpido en su continuidad por la forzosa imposición de la legislación de los pueblos invasores. De otro lado, a pesar de que un nuevo Código penal está en preparación el carácter sintético del Código penal de 1932 ha permitido su aplicación en un sistema económico-social muy diverso. Concluye el profesor polaco, destacando la influencia que el pensamiento jurídico-penal belga ha ejercido en el Derecho penal polaco en materia de sursis, medidas de defensa social, etc.

«*Le développement du Droit penal roumain pendant les cent dernières années et les points de rencontre entre le Droit penal roumain et celui de la Belgique*», fue el tema pronunciado por Grigore Ripeanu, Decano de la Facultad de Derecho de Bucarest, señalando cómo dos miembros de la comisión elaboradora del texto del Código penal rumano de 1864 hicieron un viaje a Bélgica para documentarse acerca de la legislación belga y, sin duda, para ponerse en contacto con el profesor Haus. El nuevo Código penal, exigido terminantemente por la consagrada unidad de Rumania, fue promulgado en 1936 y pueden observarse en él ciertas influencias del Derecho penal belga que Ripeanu destaca. En la actualidad, se está llegando al estadio final de la preparación del nuevo Código penal rumano.

Jean Graven, Presidente de la Asociación internacional de Derecho penal, traza en su alocución sobre «*L'évolution du Droit penal suisse des cent dernières années*» las diversas etapas que desembocaron en el Código penal federal de 1937. Con erudición sorprendente, Graven subraya cómo todo el Código penal de 1937 está encaminado a lograr la rehabilitación del delincuente. Se detiene a hablar de la «pequeña revisión» operada a fines de la segunda guerra mundial (1949), por un Consejo federal con plenos pode-

res. Finalmente, sintetiza las grandes preocupaciones y actuales metas de los penalistas suizos actuales: organizar un verdadero tratamiento criminológico de los delincuentes, reformar las casas de corrección para los menores, que Ferri denominaba «casas de corrupción», y, en suma, hacer más extensivo el uso de la educación vigilada y asistida.

El profesor de la Universidad Carlos IV de Praga, Vladimir Solnar, dedicó su conferencia sobre «*L'evolution du Droit penal au cours des cent dernieres annees sur le territoire tchecoslovaque*», a hablar principalmente de las reformas penales habidas en Checoslovaquia a partir de 1945. A raíz del final de la segunda guerra mundial, ha habido dos codificaciones: la primera, en 1950 (reformada profundamente en 1956), y la segunda, en 1961. El nuevo Código penal checoslovaco opta por las características de los Códigos penales socialistas, ofreciendo la *concepción material* del delito, según la cual, el hecho delictivo y punible no debe consistir tan sólo en una violación puramente formal de la ley, sino también, y esto es lo realmente importante, constituir en concreto un peligro para la sociedad: a reglón seguido, precisa el Código de 1961 los criterios para determinar el *peligro social*; asimismo, ha reforzado este nuevo Código la individualización de las penas —junto al sursis con protección o vigilancia colectiva, empresarial o social, sitúa el Código una nueva medida educativa: la «*mesure de redressement*» —a ejemplo de la soviética «*spravitelno trudovije raboty*»—. Finalmente, la aproximación al modelo soviético resalta también en la codificación de los hechos punibles dirigidos contra la República.

Después de pronunciadas las conferencias, tuvo lugar un interesante coloquio presidido por Adolphe Braas, que sirvió para aclarar algunas dudas planteadas por los asistentes acerca de las legislaciones comentadas.

LUIS PEDRO YÁÑEZ ROMÁN.

CHARPENTIER, Jacques y NAUD, Albert: «A favor y en contra de la pena de muerte». Editorial Pomaire, Barcelona, 1968, 160 págs.

El tema de la pena de muerte ha experimentado en nuestros días un inesperado renacimiento. Tema, pues, central de congresos, reuniones y conferencias diversas. La pena de muerte ha dejado, en realidad, de ser un tema o un problema clásico de Derecho penal y, naturalmente, comienza a atraer la atención —incluso apasionadamente— de un gran público constituido por periodistas, sociólogos, pedagogos y psiquiatras. ¿A qué se debe este fenómeno? Una primera razón, acaso la más poderosa, la tenemos en las palabras del profesor López-Ibor, a saber: «algo hay en el espíritu del que legisla y del que aplica la legislación que le impele a buscar una cierta adecuación entre delito y medida que se toma contra el delincuente. Adecuación que no se obtiene alzaprimitando los derechos de la sociedad sobre el individuo, sino buscando en esa relación este principio tan vulgar y tan inasequible a veces que es la justicia». Nadie, por el momento —excepción hecha del autor citado—, se ha detenido a precisar el porqué, nuevamente, la aplicación de la pena de muerte interesa a la sociedad tecnológica del siglo xx.

Debemos advertir que tampoco los autores de este libro han dedicado mayor atención que la indispensable a la cuestión a la que hacemos referencia. Tanto para Charpentier como para Naud lo único importante era exponer cuanto antes los argumentos filosófico-jurídicos de la necesidad del mantenimiento y de la abolición de la pena indicada.

Lógicamente, la parte esencial del libro está consagrada al análisis minucioso de las razones que, según las posiciones adoptadas por uno u otro autor, aconsejan —como anteriormente indicábamos— su mantenimiento o su abolición.

Realmente, como el lector especializado puede suponer, la mayor parte de los argumentos manejados por los autores son una repetición insistente y manoseada del repertorio de ideas que, claro está, el paso del tiempo ha dejado sin sentido. Desde esta perspectiva nada nuevo se nos dice en este libro. Hay, conviene destacarlo, muchos rasgos originales cuando los autores, abandonando el estudio de los penalistas clásicos, se deciden —por su cuenta y riesgo— a investigar en pos del concepto actual que la pena de muerte sugiere.

En rigor, no estamos en presencia de un libro exclusivamente jurídico ya que, nos parece, lo que con el mismo se pretende es darle la máxima difusión posible, esto es, popularizar el tema. La cualidad más apreciable, por consiguiente, es el acierto con el que, tanto Charpentier como Naud, abordan y realizan la síntesis de la historia doctrinal de la institución jurídico-penal de la pena de muerte.

Charpentier nos hace una sugestiva pregunta: ¿Todos los criminales pueden ser reeducados? Para reforzar su tesis no duda en afirmar que, efectivamente, «la medicina admite que hay enfermos incurables». Y también la Justicia cuando condena al criminal a trabajos forzados a perpetuidad. Esta condena significa que hasta el fin de sus días constituirá un peligro social y conviene ponerlo definitivamente aparte para que no dañe a nadie. Esto lo admiten sin dificultad los partidarios de la abolición, pero creen en la posibilidad de un milagro que transforme al miserable en santo.

Pero una legislación no puede fundarse en milagros. Debe quedar en los límites de las previsiones humanas. Y el pasado de determinados criminales es bastante largo e intenso para que se considere imposible devolverles a la sociedad».

Naud espiga en la Historia y en multitud de casos célebres para convencernos de «la inutilidad de la pena de muerte». También, claro está, nos formula una inquieta pregunta: «¿Por qué los más selectos espíritus, los más grandes pensadores, los filósofos y moralistas más notorios y más generosos, están contra la pena de muerte? Por numerosas razones —subraya—, cierto, pero sobre todo por una que, sin tener que buscar mucho, es la mejor: la pena de muerte no sirve para nada».

En definitiva, he aquí un buen libro, un importante ensayo porque, en realidad, el tema del que se ocupa también lo es.

DURIGATO, Laretta: «*Sul delitto di infidele patrocinio*». CEDAM. Padova, 1966; 169 págs.

El presente libro es un estudio, bastante completo, del delito de desleal patrocinio, regulado en el artículo 380 del Código penal italiano. Está lleno de interesantes sugerencias no sólo para una mejor comprensión del tipo delictivo concreto, sino incluso da cierta luz para solucionar el más amplio problema del carácter vinculante o no de la colocación sistemática de una figura típica por el legislador, a los efectos de individualar el sujeto pasivo del delito y el bien jurídico protegido.

Efectivamente, el mencionado delito de desleal patrocinio está situado en el Título III del Libro II, cuya rúbrica es: De los delitos contra la Administración de Justicia, donde se castiga la conducta del patrocinador que, en franca deslealtad con sus deberes profesionales, produce un daño a los intereses de la parte por él defendida, asistida o representada ante la autoridad judicial. El problema, por tanto, que se plantea toda la doctrina italiana, a la vista de la normativa del artículo 380 que sanciona una obligación de lealtad del patrocinador es el siguiente: ¿Esa lealtad debida por el patrocinador es hacia la parte o hacia la Administración de Justicia?

El autor ante esta problemática intenta demostrar, que la esencia de este delito está constituida por la ofensa a los intereses procesales de la parte. El bien jurídico protegido es, por tanto, la tutela de la posición procesal de la parte en contienda, y el sujeto pasivo del delito es la parte dañada, sin olvidar la repercusión, totalmente mediata y de reflejo en los intereses generales de la Administración de Justicia.

Para llegar a estas conclusiones ha debido ir desmontando una a una todas las tesis que consideraban los intereses individuales comprendidos, y suficientemente protegidos, en la más amplia tutela de la Administración de Justicia. El hecho de que el legislador haya hablado de deslealtad «a los deberes profesionales» y no de deslealtad personal no puede implicar una solución contraria, porque esa infidelidad a los deberes profesionales no es más que la descripción de una conducta, la cual viene definida desleal, precisamente porque el sujeto ha violado un deber de lealtad personal. Tampoco es posible aceptar, a juicio del autor, que la profesión forense sea una «pubblica funzione» —con lo que quedaría desvirtuada su tesis dado el carácter público de la actuación del abogado y del procurador—, porque la colaboración prestada por estos profesionales a la Administración de Justicia no es suficiente para integrar el concepto del artículo 357 del Código penal italiano, y porque la ley —y esto es decisivo—, ha querido incluir a los profesionales del foro dentro de las personas que ejercitan un servicio de «pubblica necessità», del artículo 359 del Código penal italiano y, en esta última categoría el legislador no habla para nada de servicio público, ni siquiera de utilidad general, sino simplemente de necesidad pública. Tampoco la colocación sistemática de este delito por el legislador dentro de los que atentan contra la Administración de Justicia, obliga a adoptar una solución distinta, ya que no es dato concluyente, sino simplemente tiene un valor interpretativo. Por último, no cabe admitir que estemos en presencia de un delito pluriofensivo, porque si es cierto que dentro del tipo de desleal patro-

cinio aparecen implicados una serie de intereses publicísticos, no lo es menos, que el delito se consuma con la lesión de los intereses procesales de la parte, sin necesidad de que concurra ningún otro perjuicio para la Administración de Justicia.

Tiene también interés el análisis que hace el autor del contenido de esta obligación del patrocinador, sobre todo cuando comenta el artículo 88 del Código penal italiano. Este precepto establece el deber de las partes y de sus defensores de comportarse en juicio con lealtad y probidad y ha suscitado en toda la doctrina el problema de interpretar si dentro de este deber de lealtad y probidad está incluido el deber de decir verdad. El autor recensio-nado siguiendo un criterio mayoritario dentro de la doctrina procesalística, niega la existencia de este deber de veracidad, y fija el límite de la probidad en la mentira acompañada de artificios y engaños aptos para constituir hipótesis de dolo procesal, haciéndose eco de aquellas célebres palabras de Carnelutti: El proceso es una lucha y de la lucha no se puede eliminar la astucia...

El libro está dividido en tres capítulos que tratan respectivamente: de la obligación jurídica de lealtad del patrocinador, del contenido de la obligación y de la estructura del delito de desleal patrocinio. Es una obra aguda, en la que todos los puntos expuestos están tratados con un estricto rigor científico y, en definitiva, una aportación interesante a la problemática que la Parte Especial plantea.

HORACIO OLIVA.

GARCIA BASALO, J. Carlos: «Introducción al estudio de la Penología». Buenos Aires, 1967.

Con gran aporte bibliográfico, que hace necesario un índice final de autores, y gran riqueza de notas, redacta este penitenciario, de cuya labor se ha dado frecuente noticia a los lectores del ANUARIO (tomos XII y XV), un trabajo de excasa extensión y reducida materia, que es separata de la «Revista Penal y Penitenciaria» argentina, de cuyo contenido da idea el título del trabajo y las tres secciones en que lo divide: origen y desarrollo de la Penología; Penología y Ciencia Penitenciaria; vinculaciones de la Penología con las principales disciplinas afines y conexas.

En apretados párrafos estudia su denominación y el origen de ella en el jurista alemán Lieber, la vida, la obra y las ideas Lardizábal e influencia de los congresos y organizaciones penitenciarias, parte esta última en que es mayor el valor informativo del trabajo por el detalle que por nota va dando en los congresos penitenciarios, tanto en el orden internacional como en el ámbito español e iberoamericano.

Define después la penología como la disciplina autónoma integrante de la enciclopedia de las ciencias penales que estudia los medios directos de represión y prevención del delito (penas y medidas de seguridad), y primordialmente sus métodos de ejecución. Integrada la penología por esta definición en la enciclopedia de las ciencias penales, queda la diferenciación entre

Penología y Ciencia Penitenciaria, sobre lo que existe cuatro concepciones que estudia detenidamente.

En las relaciones o «vinculaciones» de la Penología remarca las que tiene con el Derecho penal, el Derecho procesal penal, el Derecho penal ejecutivo y, sobre todo, con la Criminología y la Pedagogía correctiva.

DOMINGO TERUEL CARRARERO.

HERRERO TEJEDOR, Fernando: «Memoria elevada al Gobierno Nacional, leída en la solemne apertura de Tribunales el 16 de septiembre de 1968, como Fiscal del Tribunal Supremo».

Siempre han sido las Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo, no sólo ahora por la excepcional personalidad del que la rige, el documento base para la visión realista actual y operante de la Criminología, en el período a que se contrae, el mejor índice informativo no sólo de la actividad judicial de cada año, sino de la evolución de la delincuencia y de sus formas de aparición así como de los medios de que se dispone para combatirla.

No falta en la que nos referimos ninguno de estos elementos. La actividad judicial está detalladamente examinada y comentada (Cap. IV), con el natural predominio y mayor detenimiento de la materia penal señalando, no obstante, la afirmación general de su buen funcionamiento, las deficiencias en su actuación como el retraso de los Letrados en devolver las causas por ellos calificadas, lentitud en la ejecución de sentencias, dificultades en las citaciones, frecuencia de suspensiones de los juicios orales, etc., proponiendo atinadas medidas que los remedien.

Como consecuencia, o por lo menos a continuación (Cap. V), la actividad específica del Ministerio Fiscal con recuerdo de las reuniones de trabajo de los que desempeñaban la Jefatura de las de territorial y provincial, dedicadas las últimas a los problemas que planteaban el nuevo procedimiento para la punición de los delitos de menor importancia introducido por la Ley de 8 de abril de 1967. También en este capítulo hay consideraciones sobre la sustitución del actual Estatuto del Ministerio Fiscal por una Ley que ha de publicarse inmediatamente de la Orgánica de la Justicia, hoy en elaboración, y de los principios en que ha de basarse, así como de las cuestiones relacionadas con la organización y medios del Ministerio Fiscal.

En cuanto a la evolución de la delincuencia (Cap. II), con que se puede decir empieza la Memoria, consigna su estabilización cuantitativa, y ya dentro de ella, el descenso del número de delitos contra las personas —con el menor índice de asesinatos del mundo— aún de los culposos, mientras siguen aumentando contra la propiedad, siendo consoladora la comparación de los datos de la delincuencia de nuestro país con la de los demás. El análisis de sus diversos aspectos: la juvenil, con una exhaustiva consignación de datos que lleva a las conclusiones más serenas y acertadas; contravenciones de tráfico: culposas en materia laboral; tráfico de drogas con un aumento aunque leve; delincuencia gubernativa y delitos de prensa.

Es natural que a esta exposición, y más en un trabajo de esta naturaleza, siga el de la lucha entre la delincuencia y, obligado ya en nuestro nivel cien-

tífico y jurídico actual, el de los estados peligrosos y de las medidas de seguridad a ellas aplicables, problema que quizá por ser el mal de nuestro tiempo, antes de considerarlo en la realidad y legislación española lo es en un elevado plano doctrinal, en párrafos que no desmerecerían en un enjundioso Tratado con abundancia de citas de autores consagrados, para que a quien interese especialmente pueda continuar su estudio.

Finalmente, porque todo ha de tener fin y lo bueno antes, en la Memoria se hacen unas consideraciones sobre política criminal y política penitenciaria y otras a lo que en ellas se llama de interés doctrinal y legislativo en que se tratan cuestiones de la mayor actualidad como el desarrollo de la Ley Orgánica del Estado, la consideración jurídica de trasplante de órganos vivos, la imprudencia en la construcción y otros. Por último, el obligado apéndice de Circulares de Instrucciones.

D. T. C.

LANDROVE DIAZ, G.: «El delito de usura». Barcelona, 1968. Ed. Bosch, 283 páginas.

Dentro de la orientación seguida en estos últimos tiempos por los estudiosos del Derecho penal de dedicar sus esfuerzos al estudio de la Parte Especial, singularmente los delitos comprendidos dentro del Título XIII del Libro II de nuestro vigente Código penal, nos llega esta valiosa monografía del Profesor Gerardo Landrove dedicada al delito de usura, que fue la tesis presentada por él para recibir el Grado de Doctor en la Universidad de Santiago de Compostela, tema que, por las dificultades teóricas y prácticas que encierra y por su poca elaboración doctrinal en nuestra Patria, hace que sea aún más meritorio su esfuerzo.

Comienza su estudio con un Capítulo dedicado a la consideración histórica del delito de usura, examinando especialmente su evolución en el Ordenamiento Jurídico Español, a través de los Derechos locales y territoriales, las Recopilaciones y la Codificación sin olvidar referencias, en forma de Notas, a otros Ordenamientos, especialmente romano y canónico, y a otras circunstancias históricas, que tuvieron importancia decisiva para la regulación de la usura en nuestro Derecho. El proceso de criminalización de la usura en nuestra Patria sufre, lo que él llama, un movimiento pendular, que va desde la total anatematización a la libertad absoluta y que cuaja en el actual régimen de punición; determinado muchas veces por consideraciones no estrictamente jurídicas, sino también de carácter económico, político e incluso racial.

Dedica el Capítulo II a la consideración de la usura en el Derecho comparado.

En el Capítulo III trata de la doble dimensión civil y penal de la usura, estudiando las relaciones entre una y otra; tomando como presupuesto para la consideración penal de la usura, el estudio de ésta en el campo del Derecho privado, haciendo un exhaustivo estudio de la Ley Azcárate y de la Jurisprudencia civil sobre la materia; llegando a la conclusión de que la usura

civil es condición previa, aunque no suficiente en sí misma, para su calificación penal.

En el Capítulo IV trata del contenido sustancial y el sujeto pasivo de este delito. Acepta el criterio de que la usura es un delito contra el patrimonio, entendido éste en un sentido amplio, equiparando éste, en una forma un tanto vaga, a la propiedad, sin distinguir tajantemente ambos conceptos. Al tratar del sujeto pasivo estudia éste detenidamente en el artículo 544, «abuso de las pasiones e impericia de un menor», acepta la tesis de que éste sólo puede serlo el menor de edad civil, es decir, el menor de veintiún años; toca también el problema de si también puede ser considerado sujeto pasivo de este tipo el menor emancipado, optando por la afirmativa; en cuanto a la referencia al menor habilitado para el ejercicio del comercio su tesis no es tan acertada, o al menos, no está de acuerdo con la legislación actual. ¿Qué debemos entender por «menor habilitado para el comercio»? Si se refiere al artículo 4 del Código de comercio, el menor de veintiún años que continúe el comercio ejercido por sus padres o causantes, por medio de sus guardadores, disintimos de la tesis sustentada, pues en este caso el menor no ejerce directamente el comercio sino a través de sus guardadores; puede también referirse al supuesto, sin vigencia ya, del menor de veintitrés años pero mayor de veintiuno, cuando éste aún no era mayor de edad de acuerdo con la legislación civil anterior a 1943, lo que planteaba gran problemática, puesta de relieve por Groizard, pero que hoy, después de la Ley de 13 de diciembre de 1943 que estableció la mayoría de edad a los veintiún años, ha dejado de tener importancia.

El Capítulo V está dedicado al estudio del elemento objetivo. En el primer epígrafe trata del sujeto activo, con especial referencia a la figura del comerciante. Estudia después la conducta típica en las tres figuras en que se perfila la usura en nuestro Ordenamiento; trata en primer lugar de la conducta en la usura habitual (art. 542), haciendo una brillante exégesis de este difícil tema, considerándolo como un concepto de carácter fáctico y no jurídico, cuya estimación se otorga con gran amplitud y libertad a los Tribunales de Justicia, distinta de la profesionalidad y de la reincidencia, y que exige para su estimación, la existencia de por lo menos tres préstamos usurarios. En la usura encubierta llega a la conclusión de que lo que se castiga en el tipo (art. 543) es el encubrimiento del préstamo, no de los intereses. Otro exhaustivo estudio dedica al tipo de «abuso de pasiones o impericia de un menor» (art. 544), defendiendo su autonomía frente a la estafa y al hurto. En cuanto al momento consumativo, último epígrafe de este capítulo, lo ve en la perfección del pacto usurario, configurando por tanto este delito, como un delito de «mera actividad», en el que no caben formas imperfectas de ejecución. Todo este capítulo es quizás, lo mejor conseguido de la tesis, con un agotador estudio, tanto doctrinal como jurisprudencial, de la problemática que se plantea.

Al estudiar el elemento subjetivo nos habla del dolo como única forma de culpabilidad de la usura, no siendo posible la comisión culposa; se detiene especialmente en las particularidades que, en cada una de las tres formas de la usura, el dolo tiene dedicando un epígrafe a la relevancia del error sobre la cualidad del menor en el artículo 544.

En los dos últimos Capítulos estudia las especiales formas de apreciación y la pena; con referencia a ésta dedica algunas consideraciones a la política criminal comparada y a los distintos sistemas de punición, así como también a las circunstancias modificativas y a si le es aplicable el artículo 544, cuando se dé entre parientes, la excusa del artículo 564, teniendo en cuenta que la disposición concordante en los Códigos anteriores al de 1928, esta figura venía colocada entre las defraudaciones, pronunciándose por la inaplicación, basándose más en la naturaleza e importancia de este delito que en consideraciones de tipo técnico-legislativo.

En conclusión, la opinión que nos merece este trabajo es francamente favorable, siendo su característica más importante, como ya destaca Sáinz Cantero en el Prólogo, la armonía entre la teoría y la práctica que si en todas las instituciones del Derecho penal es importante conseguirla, mucho más lo es en los distintos tipos de la Parte Especial.

FRANCISCO MUÑOZ CONDE.

LOPEZ MUNIZ GONI, Miguel: «Procedimiento de urgencia por delitos menos graves». 2.^a edición. Editorial Gesta. «Revista de Derecho Judicial». Madrid, 1967, 355 págs.

Empuja y decide a la lectura de un libro el ver en su portada que se trata de una segunda edición, pues indica, que el público, el más difícil tribunal, ha aprobado ampliamente la obra, pero si la segunda edición es también agotada a los seis meses de la primera, supone algo más que una aprobación, es la proclamación del acierto de la obra y del momento de su aparición si además el autor es un joven Juez, pero ya veterano como acertado publicista, no ha de extrañar la afirmación de que si no leída de un tirón, lo ha sido sin intercalar otra lectura ni otro quehacer de este orden.

Dicho esto como explosión, más que como preámbulo, vamos a dar noticia del libro de la manera más objetiva posible.

Empieza, en una parte que llama legislación, con la transcripción sin comentario alguno de los artículos 14 y 17 de la Ley determinante de la competencia y del título III de ella —artículos 779 a 803— que, como es sabido, regulan el procedimiento de urgencia para determinados delitos, facilitando su manejo el tenerlo en la propia obra, y las Circulares 5.^a y 6.^a, de 1 y 10 de diciembre de 1967, para pasar a la segunda que es el libro mismo de formularios y comentarios, si bien es de advertir que el principio de ella dedicado a la exégesis de las reglas de competencia, de tan enorme interés siempre, no tiene comentario alguno.

La verdadera naturaleza del libro de comentario y formulario aparece ya en las rúbricas siguientes: actos de iniciación; policía judicial, que dicho de paso, contiene, a mi juicio, los comentarios más acertados; investigación; medidas aseguradoras de personas y bienes que, dicho de paso también, y a mi juicio, contiene los más completos y acertados formularios; actos de comunicación, con sólo formularios sin comentario alguno; terminación de las diligencias previas; diligencias preparatorias; fase intermedia, también con sólo formulario; juicio oral en cuya rúbrica se comprende no sólo lo

referente a éste, sino la sentencia, su ejecución, la condena condicional, la liquidación de condena y los recursos. Finalmente, una rúbrica en que se sintetiza la actuación del Ministerio Fiscal.

No creo que haya que decir más para explicar el éxito de la obra, cuyo gran mérito es su valor práctico que los comentarios y formularios le dan y el de la oportunidad de aparecer cuando se acaba de promulgar una ley nueva de amplia aplicación, viene así a orientar a los prácticos de un país donde había empezado a fallar la periódica aparición de formularios penales.

D. T. C.

NACIONES UNIDAS: «La Pena Capital». Su evolución desde 1961 a 1965.

Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Nueva York, 1968, 63 páginas.

Las Naciones Unidas han mostrado siempre su preocupación por todo lo que se refiere a la pena capital. Así, su más alto organismo, la Asamblea General pidió al Secretario General la presentación, por conducto del Consejo Económico y Social, de un informe «Sobre la evolución de la situación respecto a las Leyes y los usos relacionados con la pena capital y sobre las nuevas aportaciones de la Criminología en la Materia». En este folleto se recoge el informe emitido, en virtud de tal acuerdo, completando y poniendo al día el informe que Marc Amcel había redactado sobre la misma materia.

Puede suponerse que sobre tal, digamos penencia, y con los poderosos medios de tan alta y universal organización, el resultado es óptimo y exhaustiva la exposición que en concisos párrafos se desarrolla y se refiere a todos los países con la dolorosa omisión de España, no imputable a la organización.

Esta exposición se hace sobre tres fundamentales aspectos: la práctica de la pena capital con la enumeración de los países abolicionistas y de los que la conservan, examen de la tendencia a limitarla por la categoría de los delitos y de los delincuentes, causa de la supresión; de su ejecución y la diversa manera de realizarla; sobre la sanción alternativa, es decir, sistemas en los que se puede imponer esta pena u otra de privación de libertad, de diversa duración según los países que siguen el sistema y opiniones sobre él, y finalmente, la controversia doctrinal sobre sus ventajas e inconvenientes, su valor de intimidación genérica y específica. Termina con unos anexos estadísticos de gran valor.

D. T. C.

PAGLIARO, Antonio: «La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto». Giuffrè. Milano, 1966; 181 págs.

Los innumerables problemas que la fórmula legislativa del artículo 116 del Código penal italiano ha planteado siempre a la doctrina, aparecen magistralmente tratados en la obra que comentamos. Pagliaro ha debido ir deshaciendo una serie de equívocos que la dogmática tradicional iba tejiendo alrededor de esta norma —por aferrarse a viejos dogmas hasta ahora tenidos:

por inmutables—, y de esta forma allanar el camino para poder concretar el título de responsabilidad del partícipe por un delito distinto del querido.

La peculiar consideración de la teoría de la participación en el Derecho positivo italiano (concorso di piu persone nel reato), ha hecho pensar a muchos que la hipótesis prevista en el artículo 116 cae fuera de las normas que regulan esta institución, apoyándose en el viejo principio de la unidad del delito para todos los partícipes. El autor rechaza esta tesis desde el ángulo formal (el art. 116 está colocado en el Libro I, Título IV, Capítulo III: «Del concurso de personas en el delito»), y desde el punto de vista sustancial, pues el principio de la unitaria tipicidad del delito en concurso debe ser claramente abandonado, ya que en las reglas del concurso hay que estar, no a la materialidad del evento, sino al efectivo significado de la conducta de cada copartícipe. La confirmación de la posible diversa tipicidad de las conductas de los partícipes aparece de una forma patente en los artículos 47 y 48.

Ahora bien, afirmando que el artículo 116 es una hipótesis de concurso de personas en el delito, no hemos hecho más que demostrar una interpretación errónea, pero nada nos dice aún, según el Profesor de Messina, respecto del título de responsabilidad del partícipe que no ha querido el evento.

La pena establecida en el citado precepto para el partícipe por el delito no querido, es la prevista para el evento doloso, porque la disminución expresada en el p. 2 para los casos en que el delito realizado sea más grave al realmente querido, no produce más efecto que el de una normal circunstancia atenuante.

Ante esta perspectiva, el autor se plantea la duda de si el artículo 116 configura una responsabilidad por dolo, o bien se trata de un simple delito culposo o de responsabilidad objetiva, que son sancionados con la pena prevista para el correspondiente delito doloso. Es rechazada la responsabilidad por dolo, en primer lugar porque realizar un delito diverso del querido y cometer aquel delito con dolo aparece, a primera vista, como una contradicción, y en segundo lugar, no es aceptable tampoco pensar en un dolo eventual o en un dolo general, institución tan arcaica como desprestigiada. No se trataría ni siquiera de una hipótesis de culpa, porque el artículo 116 no exige el examen de la negligencia o imprudencia; por lo que el partícipe va a responder a título de responsabilidad objetiva. Sin embargo, aunque el delito no querido es imputable a título de responsabilidad objetiva, la razón fundamental de la incriminación está en la culpa grave a que se expone el que se concierta con alguien para la ejecución de un delito; pero, dado que los requisitos de la culpa no aparecen en el artículo 116, estamos en presencia de un delito sustancialmente culposo, que, no obstante, viene atribuido prescindiendo de todo análisis sobre la imprudencia o negligencia. La responsabilidad objetiva viene confirmada por el hecho que las consecuencias jurídicas accesorias (reincidencia, habitualidad, amnistía), no son las propias de los delitos culposos.

Aparecen también claramente expuestos en la obra los requisitos necesarios para que quede integrada la figura del artículo 116: voluntad de un delito en participación, que el sujeto haya realizado una acción u omisión de la

que el evento no querido sea su consecuencia y la efectiva realización de un delito diverso.

Es necesario también destacar la reprobación que hace el autor de aquella parte de la doctrina, que, influida por las legislaciones extranjeras, llega a preguntarse cuál es la forma de participación establecida en el artículo 116. Con toda razón es rechazada esta interpretación, porque en el derecho italiano, dada la especial configuración de la teoría de la participación, no es posible preguntarse si el partícipe que no ha querido el evento, es autor, cooperador, etc., ya que ello sería lógico cuando los distintos partícipes tuvieran diferente tratamiento penal —lo que justificaría teorizar distintas formas de participación—, pero el artículo 110 establece la unidad de tratamiento penal para todos los partícipes, sin que las excepciones previstas en los artículos siguientes vengan a desvirtuar esta tesis.

Por último se plantea el autor de este completo trabajo el problema de la legitimidad constitucional del artículo 116 en relación con el artículo 27 de la Constitución. Tras afirmar su legitimidad, aporta unas interesantes consideraciones de política legislativa, encaminadas a un mayor esclarecimiento de la hipótesis del artículo 116, que merecen los más agradables elogios.

H. O.

«*Proceedings of the Symposium on Amnesty in Israel*», publicado por el Instituto de Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad Hebrea de Jerusalén. Jerusalén, 1968, 82 págs.

Recibimos con satisfacción el envío de esta publicación que hace la número 13 de las hasta ahora divulgadas por el Instituto de Criminología de la Universidad Hebrea de Jerusalén.

Responde al deseo de ofrecer un informe de las actuaciones del Symposium que sobre el problema de la amnistía en Israel se ha desarrollado durante los días 13 y 14 de mayo de 1968. Hemos de lamentar, sin embargo, que aún cuando se ha editado en un texto bilingüe, hebreo e inglés, este último no se extiende a la totalidad de los trabajos que están recogidos en el ejemplar que se nos remite, por lo cual sólo podemos llegar parcialmente a su contenido.

Esta publicación está compuesta por un conjunto de aportaciones, diríamos heterogéneas, al menos en cuanto a su extensión y valor, aunque presentando una cierta unidad, por responder como hemos visto a una temática común.

El texto inglés se abre con la alocución que el Director del Instituto de Criminología, Profesor J. Drapkin, dirigió con motivo del mencionado Symposium. Dos elementos fundamentalmente positivos cabe conservar de la misma. En primer lugar, el hecho de que el Instituto, debido a las implicaciones políticas del tema y para salvaguardar su independencia de pensamiento, ha celebrado estas reuniones prescindiendo de la posible cooperación de otras instituciones, gubernamentales o no gubernamentales, académicas o no aca-

démicas, lo cual ha supuesto la introducción de una nueva línea de actuación que no tenía precedentes en estas reuniones de trabajo. Tiene importancia en segundo lugar, la intención firmemente confirmada, de abordar el tema de la amnistía desde un punto de vista científico, despreciando las posturas preñadas de contenido político o que responden a consideraciones personales íntimas.

Por su parte, el Sr. Sebba, del mismo Instituto de Criminología, firma, a continuación, un trabajo titulado: «Resumen de las Conferencias pronunciadas en el Symposium sobre la amnistía en Israel», y que hace preceder de una pequeña introducción, en la que glosa, en apretado resumen, la Ley de Amnistía de julio de 1967, la cual viene a constituir, a su vez, el tema central de este Symposium. Pero ello sin olvidar otros aspectos relacionados con el tema, como es el del informe policial sobre los resultados prácticos de la amnistía concedida a instancias del Instituto de Criminología y el análisis de los poderes del Ejecutivo para llegar a la concesión de indultos particulares.

En este trabajo del Sr. Sebba, se hace referencia, en primer lugar, a la conferencia pronunciada por el Dr. Haim M. J. Gvaryahu, quien profundiza en el estudio de la Biblia buscando antecedentes de la institución actual de la amnistía y del indulto particular. Después de comentar algunos interesantes supuestos —Caín, Absalóm, etc., etc.—, nos remite al Código de Hamurabí (preceptúa que si el marido perdona el adulterio de su mujer, el Rey deberá hacer lo propio respecto al adúltero), y a la institución babilónica del «Misharum» o «Andurarum», que suponía la libertad de presos y esclavos con motivo de la sucesión al trono de Babilonia. A igual resultado conducía bajo el imperio de la ley hebrea, la institución del «Yovel» (Año Jubilar), que el Dr. Gvaryahu no deja de mencionar.

Los demás participantes en estas sesiones atendieron entre otras, a interesantes consideraciones acerca de las diferencias entre los indultos particulares y generales (Prof. S. Z. Feller), sobre el ejercicio del derecho de gracia en manos del Ejecutivo (Prof. H. Klinghoffer), y de manera muy especial, como hemos visto, en lo referente al tema de los resultados prácticos de la amnistía concedida en 1967 (Chief Superintendent S. Rosenbaum), que, sin embargo, no nos ofrecen una excesiva precisión, ya que la investigación emprendida con este motivo sólo fue mantenida durante los ocho meses siguientes a la aprobación de la Ley. Estos resultados no proporcionan, por otra parte, una base para el optimismo, pues, aunque la criminalidad adulta descendió en un 11 por 100, el hecho es que para esta reducción hubiese sido acusada de no haber sido aplicada la Ley de 1967.

Para hacer frente a la imprecisión mencionada, el Instituto de Criminología ha hecho una propuesta de un plan de investigación sobre las bases siguientes:

1. Realización de un estudio intensivo propio de investigadores y científicos y distinto de los de carácter extensivo cuya realización correspondería a la Administración.
2. Análisis del comportamiento de los delincuentes indultados.

3. Análisis del comportamiento de los delincuentes puestos en libertad tras el cumplimiento normal de sus condenas.

La publicación concluye con la reproducción del texto de la Ley de Amnistía de 1967.

* * *

No podemos dejar de congratularnos ante la celebración de este tipo de estudios. Su interés es definitivo para la Política Criminal, y más en un campo en el que, en realidad, no encontramos un excesivo número de aportaciones científicas como es el de los indultos, ya sean generales ya particulares.

* * *

La presentación es modesta pero correcta, lamentando nuevamente que el texto inglés no se haya extendido a la totalidad de los estudios publicados.

J. S. P. M.

RANIERI, Silvio: «*Manuale di Diritto Penale*». **Volume Terzo. Parte Speciale.** **Seconda edizione, rinnovata e aggiornata.** CEDAM, Padova, 1967, 767 págs.

La aparición de este tercer tomo, en su segunda edición, viene a completar la obra del Profesor Ranieri, cuyo primer volumen vio la luz por primera vez en 1952. El Manual del Profesor de Bolonia es perfectamente conocido por todos los que se dedican al cultivo de la Ciencia Penal, y por ello, sólo nos incumbe la tarea de dar cuenta de su existencia, máxime cuando el citado profesor prepara ya, según nos indicó en junio pasado, otra nueva edición completa de este Manual.

Es nuestro propósito aprovechar estas breves líneas para rendir homenaje al Profesor Ranieri, en el momento de su jubilación de las tareas docentes. Trabajador incansable, universitario cien por cien, autor de numerosas obras, director de la Scuola Positiva durante muchos años, el egregio maestro ha sabido ganarse la estimación de todos por su extremada sencillez. Precisamente contaba a sus discípulos el día de su jubilación que cuando fue llamado para ocupar la cátedra de la Universidad de Bolonia, fue tanto el miedo que le embargó de no estar a la altura de sus predecesores, que a su llegada preparó un homenaje a Enrico Ferri, casi en acto de desagravio...

Hoy, a pesar de su avanzada edad, el Profesor Ranieri sigue en plena actividad científica —por eso resulta paradójico decir que ha pasado a la situación de «riposo»—, como lo demuestran estos últimos números de la Scuola Positiva materialmente realizados por él, las innumerables notas de jurisprudencia y la preparación de otra edición de su Manual. En nombre de todos sus discípulos españoles queremos expresarle nuestra admiración y gratitud.

La segunda edición de este tercer volumen ha venido a poner al día la obra, en lo que a doctrina, legislación y jurisprudencia se refiere. Es necesario destacar también la perfecta sistemática con que el autor estudia los delitos en particular. Sin perder mucho de vista la utilizada por el legislador,

se van agrupando los distintos delitos en categorías superiores, formando la Parte Especial un todo armónico y coherente. La obra de Ranieri es enormemente didáctica, sin perder por ello rigor científico, ya que utiliza un rígido esquema en el estudio de cada uno de los delitos: concepto y elementos constitutivos específicos, sujeto activo, objeto material, evento, elemento psicológico, sanción.

Este último tomo del Manual comprende el estudio de los delitos contra la economía pública, la industria y el comercio, los delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres, los delitos contra la integridad y sanidad de la estirpe, los delitos contra la familia, los delitos contra las personas, los delitos contra el patrimonio y las contravenciones.

H. O.

TRIFFTERER, Otto: «Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrecht seit Nürnberg», (Investigaciones dogmáticas sobre la evolución del Derecho internacional penal desde Nuremberg), Friburgo de Brisgovia, Eberhard Albert Verlag, 1966, XII + 244 págs.

La obra de Triffterer es una tesis doctoral, leída en 1962 y reelaborada posteriormente, con indicaciones bibliográficas (págs. 224-241), que llegan hasta diciembre de 1965. La *Introducción* sitúa el nacimiento de la problemática actual del Derecho internacional penal en los famosos juicios de Nuremberg, que hicieron concebir grandes esperanzas en la apertura de una nueva era en las relaciones entre los Estados. Se pensó entonces que en lo sucesivo iba a imperar la justicia en la comunidad de las naciones, y que jamás volvería a repetirse el caso de que el Estado abusara de su poder para aniquilar a individuos o a grupos de individuos; que la guerra injusta, la guerra de agresión, sería desterrada y que no tornarían a repetirse impunemente los crímenes que horrorizaron al mundo durante la segunda Guerra Mundial y después de ella. Los acontecimientos posteriores frustraron aquellas esperanzas. Las más groseras infracciones de los derechos humanitarios y del derecho de la guerra se han repetido una y otra vez en una irritante atmósfera de impunidad. Ni las grandes ni las pequeñas potencias implicadas en hechos condenables con arreglo a las tesis de Nuremberg se han preocupado para nada de la doctrina que entonces fue establecida.

Esto no obstante, los juristas siguen, seguimos, confiando en que algún día, relajadas las tensiones que hoy aquejan la vida internacional haciendo imposible el único remedio a tanto crimen y tan insolente impunidad, a saber, el establecimiento de un tribunal con competencia supranacional, será posible reanudar el movimiento generoso iniciado, aunque imperfectamente, en Nuremberg. El autor comparte esta esperanza y, por ello, aborda con gran rigor y honestidad intelectual la tarea de determinar si es conceptualmente pensable un Derecho internacional penal y cuál sería su contenido.

A esta finalidad están consagrados los cuatro primeros capítulos de los cinco que componen este estudio. Considera Triffterer que la principal dificul-

tad para elaborar el Derecho internacional penal no radica en la obtención de un *concepto formal*, pues un concepto de esta clase puede obtenerse combinando las notas que se atribuyen al Derecho internacional y al Derecho penal. En este sentido, el Derecho internacional penal «es el conjunto de todas las normas internacionales de naturaleza penal que enlazan a una determinada conducta —el delito internacional— consecuencias jurídicas típicamente reservadas al Derecho penal e inmediatamente aplicables en cuanto tales» (pág. 34).

Donde aparecen los verdaderos obstáculos es en la teoría de las *fuentes*, pues el Derecho internacional penal no puede nacer sino de normas del Derecho internacional, que, en gran parte, es un derecho *no escrito*. Aquí surgen dos géneros de cuestiones: ¿Puede fundamentar el derecho no escrito un Derecho internacional penal? La contestación es afirmativa en la literatura y en los documentos internacionales (págs. 40 y siguientes), que cuidadosamente son analizados (Convención sobre genocidio de 1948, Declaración universal de los derechos del hombre de 10 de diciembre de 1948, Principios de Nuremberg, aprobados por las Naciones Unidas, *Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind*, los Proyectos de constitución de un tribunal penal internacional, las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949). En segundo lugar, ¿constituye el principio de legalidad un impedimento para que sea fuente del Derecho internacional penal el derecho no escrito? (págs. 92 y siguientes). La respuesta lleva a Triffterer a examinar la evolución y significado del *nullum crimen, nulla poena sine lege* para concluir con acierto que ni, histórica ni conceptualmente, pertenece al principio de legalidad la función, que predominantemente se le atribuye, de excluir el derecho consuetudinario de la fundamentación de las penas (págs. 121 y siguientes). El pensamiento básico del *nullum crimen* consiste en vincular al juez a normas: el Estado no puede interferir en la libertad personal de los individuos sino sobre la base de una norma. No es esencial que la norma pertenezca al derecho legislado. La formulación estricta del principio de legalidad, que niega al derecho no legislado la virtud de fundamentar normas y que exige sanciones penales concretas, no ha pasado al Derecho internacional positivo, ni tampoco es generalmente reconocida por las naciones civilizadas. Por ejemplo, no se encuentra en el ámbito anglonorteamericano, y sólo halla una aplicación formal en el sistema soviético. La demostración de estas aseveraciones está brillantemente conducida por Triffterer y merece que nuestros penalistas la hagan objeto de serias meditaciones. En consecuencia, no hay inconveniente alguno en admitir como fuentes del Derecho internacional penal: a) los tratados o convenciones internacionales; b) el derecho consuetudinario internacional; c) los principios jurídicos reconocidos por todas las naciones civilizadas (pág. 128).

Desde luego son *sujetos* del Derecho internacional personas no naturales (principalmente los Estados), pero hoy se admite que también las personas naturales pueden ser sujetos inmediatos de derechos y deberes nacidos del Derecho de gentes (págs. 141 y siguientes). Esto no prejuzga el problema de si cabe exigir responsabilidad criminal a unas y otras. Triffterer se inclina por la afirmativa, pues tanto los documentos internacionales como la evolución

desde Nuremberg (págs. 164 y siguientes), no excluyen la responsabilidad penal de los Estados, siendo de notar que hace ya mucho tiempo ha dejado de discutirse la responsabilidad de las personas jurídicas en la esfera del Derecho administrativo (págs. 155 y siguientes). Por otra parte, la responsabilidad de los individuos no es compatible con la de los Estados, y viceversa (págs. 168 y siguientes).

Respecto al *concepto material* del Derecho internacional penal hay que tener presente que el autor distingue entre un «delito internacional» en sentido amplio —equivalente a cualquier infracción de una norma internacional (pág. 144)— del que sólo responden los Estados y cuya naturaleza penal es dudosa, y una acepción más restringida e inequívocamente penal. Ahora bien, la fijación del delito internacional *sensu stricto* está condicionada a tres pronunciamientos previos: a) ¿Qué bienes jurídicos puede proteger directamente el Derecho internacional penal?, b) ¿Hasta qué punto debe hacer uso de un modo razonable del poder penal?, c) Puede abandonar el Derecho internacional a los ordenamientos jurídicos estatales la protección de sus propios bienes jurídicos? (pág. 195). En cuanto al primer punto, opina Triffterer que el Derecho internacional penal puede proteger inmediatamente lo mismo bienes jurídicos propios del orden internacional (existencia de los Estados, la paz, la seguridad de la Humanidad), que otros pertenecientes al orden estatal cuando el Derecho internacional ha asumido su garantía para el supuesto de que el derecho material estatal o la vía judicial estatal no ofrezcan seguridades de que serán respetados. Sobre el segundo extremo piensa que el repertorio de los delitos debería comprender al principio únicamente aquellos que afectan a la existencia: guerra de agresión, genocidio, crímenes contra la Humanidad e infracciones graves de las Convenciones de Ginebra (pág. 216). Finalmente, considera que no puede dejarse a la discreción de los ordenamientos jurídico-estatales la protección penal del Derecho internacional (pág. 217). En consecuencia (pág. 221), al igual que ocurre con el Derecho penal material (págs. 196 y siguientes), no podemos dar una definición abstracta, generalmente válida, del Derecho internacional penal material.

Las investigaciones de Triffterer llevadas a cabo con una gran pureza metodológica no ponen ni pueden poner fin al tema de la constitución científica del Derecho internacional penal, aquejado de la enfermedad que ha impedido que Europa se erija en una unidad política: el nacionalismo. Consiguen, empero, mostrar cuál sería el camino a recorrer si se lograra superar el clima de desconfianza y el equilibrio del terror que impera en las relaciones internacionales. Y son una muestra ejemplar de las muchas razones que militan a favor de una justicia penal supraestatal.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA.

DI TULLIO, Benigno: «Principios de Criminología clínica y Psiquiatría forense», Traducción del italiano por Domingo Teruel Carralero. Madrid, Aguilar, 1966.

El título parece ofrecer menos que el contenido de este volumen de cerca de 500 páginas. En efecto, la voz «principios» pudiera tomarse como conocimientos elementales; «clínica» es palabra alusiva a la práctica, y si en verda-

el libro se ocupa del tratamiento de los delincuentes conforme a los datos criminológicos, antes expone éstos con extensión, por lo cual bastaría con el nombre general de criminología. En cambio, la «psiquiatría forense», reducida a dos capítulos, es excesivamente sumaria. Quizá el título «criminología clínica» ha sido elegido para advertir al público sobre las finalidades realistas de una disciplina que algunos consideran conjunto de divagaciones teóricas o puras entelequias.

La parte primera contiene nociones propedeúicas sobre la vida vegetativa, la de reproducción y la de relación. El capítulo segundo se ocupa de la personalidad, definida, de acuerdo con Gemelli, como un complejo de funciones orgánicas, de disposiciones, de sentimientos superiores, de funciones intelectivas y volitivas. La personalidad se realiza y concreta en la variedad de los caracteres. Los estudios caracterológicos son de gran interés para la comprensión de los fenómenos criminales. Respecto a la sociedad se clasifican los caracteres en conformistas y no conformistas, y entre los inferiores de este grupo se encuentran los delincuentes. En el estrato endotímico (instintos, afectos, humores, tendencias, sentimientos, pasiones y deseos), está el sentimiento de vida, y en éste el del propio poder, capacidad de ofensa y defensa que en algunos individuos es muy fuerte. En el polo opuesto se encuentra el sentimiento de inferioridad, del cual trata de librarse el sujeto de varios modos, uno de ellos la actitud de protesta. Finalmente, para terminar el estudio de la personalidad, colabora Di Tullio con su discípulo Ferracuti en el estudio de la psicología social, cuya importancia para la etiología de la conducta criminal no ha sido desconocido nunca por la escuela antropológica fundada por Lombroso y Ferri; mientras, en cambio, ninguna teoría exclusivamente sociológica puede explicar por sí sola las conductas criminales.

El problema de las personalidades psicopáticas y de las reacciones anormales en criminología clínica es la materia del capítulo III. Su importancia se demuestra porque la mayor parte de los reincidentes presentan una personalidad anormal. Sigue la exposición de las diversas enfermedades mentales y su influencia sobre la conducta criminal. Partiendo de que el crimen es un fenómeno bio-sociológico y, dada la relevancia de las causas biológicas, afirma que el estudio de la personalidad delincuente debe iniciarse con la más rigurosa indagación sobre el patrimonio hereditario, aduciendo los resultados obtenidos por el autor en las cárceles de Roma y la inferioridad biológica debe ser entendida en el sentido de inferioridad constitucional, según desarrolló Di Tullio en uno de sus primeros trabajos. Y termina esta parte con unas nociones de biotipología criminal, en las cuales entre el delincuente ocasional y los criminales locos, incluye varias especies de delincuentes constitucionales (de orientación hipoevolutiva; de orientación psico-neurótica y de orientación psicopática).

En la parte segunda —«De la Criminología general a la Criminología clínica»—, contiene un capítulo dedicado al examen de la personalidad del delincuente, abarcando el morfológico, el funcional, el psíquico, el anamnésico-biográfico y la encuesta social. De este capítulo subrayamos la afirmación de ser para el estudio de la personalidad psíquica del delincuente lo más importante el de la esfera instintivo-afectiva por ser precisamente tal examen

el que nos permite fijar más o menos exactamente, los elementos genéticos y los motivos más diversos de todos los delitos. Concretándose a la criminogénesis insiste en su tema favorito de la prediposición, complaciéndose en hacer constar que la dirección constitucionalista por él profesada ha tenido seguidores como De Sanctis y Saldaña, y ha sido reconocida su importancia en el Congreso de Criminología de París de 1950. En estos últimos años se han sometido los criminales comunes a indagaciones electroencefalográficas y psicológicas, encontrándose con frecuencia inmadurez biológica y, sobre todo, psicológica, y anomalías psíquicas. Según el Instituto Nacional de Observación de Fresnes, las investigaciones sobre 2.000 condenados ha alcanzado un 70,2 por 100 de anormalidades psíquicas. Y Verwaeck, en Bélgica, después de haber examinado a 30.000 delincuentes, ha podido afirmar que sólo un tercio son personas normales. En sus conclusiones aproximadas, formula Di Tullio que la génesis de las conductas antisociales y criminales, se encuentra generalmente en una alteración de las fuerzas instintivas fundamentales, esto es, de los instintos de conservación, reproducción y relación en los cuales tienen origen fenómenos anómalos de egoísmo, erotismo y agresividad.

La criminodinámica estudia los fenómenos criminales particulares. La de este libro es, claro está, mucho más reducida que la de Hentig en sus varios volúmenes sobre psicología de los delitos en particular; pero, basado no en datos eruditos sino en las propias observaciones, constituye uno de los capítulos más sugestivos de la obra. Los delitos contra la propiedad derivan del instinto de posesión, que puede nacer del de conservación. Recuerda los hurtos en estado de necesidad, distinguiendo dentro de ellos el estado de necesidad por conducta irregular. También los hay de complejo de inferioridad y compensación. En los menores, cree poder dividir los hurtos en utilitarios y psicógenos o simbólicos. Si hay menores que cometen pequeños hurtos para desfogarse de un estado de sufrimiento, más numerosos son los menores que llegan al delito por una «reacción de oposición». Pasando al robo con violencia, incluye casos como el producido por un deseo frustrado de vida aventurera y heroica, estudiado por Alexander en los jóvenes norteamericanos. Di Tullio ha observado bandoleros atraídos no sólo por el placer del riesgo, sino también, por el experimentado al someter a las víctimas a cualquier forma de humillación en cuanto ésto les produce sensaciones de dominio y prepotencia. La psicología de los estafadores fue bien estudiada por Lombroso, Tanzi y Lugaro encuentran en algunos estafadores una actividad insólita de la imaginación, que tiene, a veces, caracteres de casi genialidad, no refrenada, sin embargo, por igual crítica.

No pudiéndonos extender más, terminaremos esta referencia a la dinámica de los delitos en particular, apuntando la importancia que en los sexuales corresponde a la conducta de la víctima; la sospecha de que el incesto es muy superior al registrado por las estadísticas, y la abundancia de sujetos de anormalidad psíquica entre los bigamos, las prostitutas y los proxenetes. En los delitos contra las personas, considera Di Tullio muy complejas las causas de la criminalidad violenta y sanguinaria. Una extensa lámina en colores ilustra las modificaciones producidas por la ira sobre varios órganos y mediante complejos mecanismos neurológicos y hormonales.

La parte práctica se encuentra en los últimos capítulos, dedicados a la

individualización de la pena, la valoración de la peligrosidad, la prognosis y la profilaxis general y especial. La general requiere que a todo individuo se le ponga en condiciones de desarrollo normales desde los puntos de vista físico, psíquico y moral. En el aspecto físico entra el combatir las enfermedades hereditarias, y las normas de eugenesia, con reservas contra la esterilización, desprovista como está de base científica por las numerosas dudas en el campo de la herencia; además de los motivos éticos. En la profilaxis especial comprende la protección moral del niño, la policía respecto a los peligrosos, etc.

El último capítulo versa sobre el tratamiento reeducativo de los criminales. Es necesario que paralelamente a la penitenciaria se desarrolle la reforma de las leyes penales. Respecto a los menores, la transformación de los establecimientos penitenciarios en institutos de reeducación no encuentra obstáculos. Pero también en el sector de los adultos se han preparado innovaciones del más alto interés. En América del Norte, si bien la organización penitenciaria presenta en gran parte los mismos defectos que en casi todos los países, se han creado también en estos últimos años establecimientos originales adonde los detenidos son enviados más para ser educados que castigados. Y de Italia consigna Di Tullio los principios de un proyecto parlamentario para la Administración penitenciaria.

Las últimas páginas están dedicadas a los servicios criminológicos fundados por Verwaeck en Bélgica antes de 1930 y a los dirigidos por Di Tullio en Roma de 1922 a 1929. Una relación sobre el tratamiento de las distintas especies de delincuentes, sobre la psicoterapia individual y de grupo, y acerca del tratamiento en libertad pone remate a la obra.

La cual está documentada en autores italianos, franceses y anglosajones principalmente. Pero su más auténtica inspiración deriva de la observación directa practicada por el autor en las prisiones italianas. Larga ha sido la dedicación de Di Tullio a la escuela antropológica fundada por Lombroso y Ferri, de la cual puede considerarse continuador con personalidad propia y adaptación a las nuevas ideas. En 1929 ya publicó un trabajo sobre *La costituzione delinquenziale nella etiologia*. Y en 1931 vio la luz el *Manuale di Antropologia e psicologia criminale applicata alla pedagogia enmendativa e penitenziaria*, precedente de las ediciones italianas (1954, 1960 y 1963) de la *Criminología clínica*.

No suelen tener los juristas gran entusiasmo por la criminología. De algún preclaro magistrado recordamos la sinceridad y humor con que manifestaba públicamente su escepticismo. Teruel Carralero, por el contrario, magistrado y autor de interesantes estudios jurídicos, tiene marcada vocación criminológica, como lo prueba, además de otros trabajos, la traducción de este libro; llamado por su sencilla exposición, bien sentido y capacidad sintetizadora a tener amplia difusión en los países de habla española.

REVISTA DE REVISTAS

BELGICA

Revue de Droit pénal et de criminologie

Año XLVIII, núm. 9, junio 1968

SOLNAR, Vladimir: «*Quelques problèmes fondamentaux du droit pénal tchécoslovaque*» (Algunos problemas fundamentales del derecho penal checoslovaco); págs. 829-846.

Como declara su autor, el fin de esta conferencia, pronunciada el 29 de febrero de 1968 en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Lovaina, radica principalmente en poner de relieve, al menos, parte de la problemática fundamental que plantea la parte general del vigente código criminal checoslovaco de 1961 (1).

El primero de los problemas abordados por el profesor de la Universidad Carlos IV, de Praga, es el relativo a los *fundamentos de la responsabilidad penal* en el Derecho penal checoslovaco.

Afirmado en el artículo primero de su Código penal (" la finalidad del Código penal estriba en proteger el régimen social y estatal de la República socialista checoslovaca, la propiedad socialista, los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, así como inculcar el cumplimiento regular de los deberes cívicos y la observación de las reglas de la coexistencia socialista"), el carácter profundamente socialista del Derecho penal checoslovaco, su sólido asentamiento sobre las bases del determinismo marxista ("el hecho de que la conciencia humana esté condicionada... no excluye en absoluto la intervención de dicha conciencia y voluntad humanas en el mundo exterior...") no resulta en modo alguno incompatible, según afirma el profesor SOLNAR, con la concepción adoptada por el Código en torno a la libertad de la voluntad humana, castigando solamente a las personas responsables; es decir, a aquéllas con capacidad para discernir ... "el peligro que su conducta puede encerrar para la sociedad" y con dominio suficiente de sus actos. El estado de embriaguez, que, en principio, no excluye la responsabilidad penal, es objeto de regulación aparte. Son éstas concepciones las que, en opinión del ilustre penalista checoslovaco, determinan el carácter retributivo de la pena, sin que tal carácter constituya obstáculo para afirmar la protección social como fin propio y esencial de aquélla. Conjugando la prevención general y

(1) Algunos de estos problemas fueron tratados con anterioridad por el profesor SOLNAR en las sesiones celebradas en la Universidad de Lieja, del 1 al 3 de junio de 1967, con motivo de la conmemoración del centenario del Código penal belga de 1867. Vide el volumen conmemorativo del susodicho centenario.

la especial, el artículo 23 enumera los restantes fines de la pena: "... impedir la ulterior comisión de actos criminales por el condenado, ayudarle a llevar una vida normal de hombre trabajador y ejercer a la vez una acción educadora sobre los restantes miembros de la sociedad". Conviene, a este respecto, señalar cómo la entrada en vigor del Código de 1961 (el primero data de 1945, si bien fue objeto de reformas en 1950 y 1956), se traduce en una intensificación creciente de la acción educadora del Derecho penal—principio que fue introducido por las pautas reformistas de 1956—, con lo cual el papel represivo de aquél queda relegado a un segundo plano. Además, no obstante desconocer el Derecho penal checoslovaco las medidas de seguridad—"demasiado inciertas"—, atiende, sin embargo, al preeminente fin de protección social no sólo con la imposición de penas, sino también mediante la aplicación de las denominadas "*medidas de protección*" (excesivamente similares, según nuestro entender, a las medidas de seguridad): en especial, mediante el tratamiento protector y la educación protectora.

En conformidad con los principios cardinales de la legislación de matiz socialista, se adopta por el Código citado el *concepto material del delito*, según el cual, sólo será delito el acto que, revestido de los caracteres previamente consignados en la ley (el Derecho penal checoslovaco ha sido siempre fiel mantenedor del *nullum crimen sine lege*, "principio que ni siquiera bajo la influencia de lo que se ha dado en llamar culto a la personalidad ha sido abandonado"), encierre en su forma concreta un peligro apreciable para la sociedad. En consecuencia, la pena se fija con arreglo al criterio del peligro social que supone el delito (criterio de la gravedad), cuya medición habrá de hacerse en todo caso atendiendo a los criterios enumerados en el párrafo 4.º del artículo 3.º del Código penal. Mas, no obstante reconocer SOLNAR que el cuestionable principio ha sido objeto de duras críticas no sólo por los juristas occidentales—para quienes el fin perseguido puede atenderse igualmente mediante la concepción formal—, sino también por algunos juristas de credo socialista—que, afirman, el concepto material del delito lleva consigo una debilitación del principio de legalidad—, el profesor checoslovaco opta, en suma, por la postura legal, viendo en tal principio innumerables ventajas, entre las que, según él, cabe destacar con carácter fundamental la de que "el peligro con que el delito amenaza a la sociedad constituye una especie de correctivo indispensable en toda definición legal del delito...".

Acto seguido, destaca SOLNAR el hecho de que en el Código checoslovaco exista un concepto de *imputabilidad restringida*. En casos tales, el tribunal podrá imponer al interesado el *tratamiento de protección*, medida protectora susceptible de ser impuesta en sustitución de una pena o juntamente con ella. Dicho tratamiento transcurre en establecimientos o casas de salud, cuya escasez e inoperancia en Checoslovaquia han sido puestas de relieve por el criminalista Jiri Nezkusil y el psiquiatra Ferdinand Knobloch. En verdad que de los datos entresacados de los estudios realizados sobre el tema por ambos, puede fácilmente llegarse a la conclusión de que los fines perseguidos por dicho tratamiento no están convenientemente atendidos en la nación centroeuropea. Una buena política a este respecto dependerá, afirma SOLNAR,

de disponer de instalaciones de seguridad adecuadas, de un lado, y de hacer posible una perfecta diferenciación de los enfermos, de otro.

El problema que incardina mayor interés es, sin lugar a dudas, el relativo a las *penas privativas de libertad* y a aquellas medidas que, como el *sursis* y la "*ispravitelno-trudovje rabot*" (mesure de redressement), no implican tal privación.

A fin de darnos una idea exacta de la frecuencia de la aplicación de estas penas por los tribunales checoslovacos, SOLNAR expone, de forma global, las estadísticas, a este respecto, del 65, en las que puede apreciarse cómo la medida aplicada con más frecuencia es la pena privativa de libertad con *sursis* (43,7 por 100), sigue a ésta la pena de prisión (23,1 por 100); la llamada "mesure de redressement" fue impuesta en un 11,3 por 100 de los casos. Finalmente, y en calidad de penas únicas, la de interdicción de una actividad determinada y la pena pecuniaria fueron aplicadas, respectivamente, en el 2,6 y 1,2 por 100 de los casos.

El *sursis* (sistema franco-belga) fue adoptado, a raíz de la revolución checoslovaca de 1918, por una ley de 1919, que introdujo igualmente la institución de la libertad condicional. Sin embargo, el Código en vigor, aun pese a mantener el sistema denominado europeo o continental, da a la anterior medida un claro *matiz probatorio*, al reforzar, con arreglo a las pautas de la reforma de 1956, el principio de individualización; medida que, en la actualidad, se concreta en el hecho de que en la ejecución del *sursis* (y también de otras medidas) colaboran las *organizaciones sociales* (2). El *sursis probatorio* se aplica a las penas privativas de libertad no superiores a dos años, bien a juicio del tribunal en vista de las especiales características del inculcado, bien aceptando los jueces la tutela ofrecida por una organización social que, de este modo, se convierte en "garante" de la enmienda y reforma del culpable. El periodo de prueba marcado por la ley va de uno a cinco años, a partir de la fecha en que haya recaído la condena firme. Suelen, además, los tribunales imponer al inculcado condiciones de naturaleza similar a las previstas en el Derecho anglosajón y en el moderno Derecho belga. Sin embargo, el mismo SOLNAR se ve obligado a reconocer la escasa eficacia del concurso de las organizaciones sociales en la ejecución de esta medida.

Pero mayor interés aún ofrece la llamada "*mesure de redressement*" —original del Derecho penal soviético, donde se la conoce con el nombre de "*ispravitelno-trudovje rabot*"—, que obedece al principio según el cual no se podrá imponer en ningún caso una pena más severa al culpable, salvo

(2) Este principio es característico de todas las legislaciones socialistas. Vide, en este sentido, el artículo 45 y siguientes del Código penal de la R. S. F. S. R.; asimismo, por ejemplo, la ordenanza de 30 de marzo de 1965 del M. de Justicia polaco sobre la vigilancia protectora de aquellas personas a las que se ha acordado la suspensión condicional de la pena privativa de libertad y de todas las liberadas condicionalmente (J. des L., n.º 12, texte 80), en relación con el artículo 62, párrafo 1.º del Código penal polaco y la Ley de 29 de mayo de 1957 relativa a la liberación condicional de las personas que hayan sufrido una pena de prisión (Texte uniforme: J. des L., n.º 58/1961, texte 321).

en el caso en que no baste una pena más débil. Muy similar a la condena de ejecución condicionada con régimen de vigilancia y protección, esta medida se ejecuta en libertad, si bien puede el tribunal, cuando lo estime conveniente, imponer al individuo sometido a ella determinadas restricciones de carácter vario. Lo realmente interesante radica en el hecho de que esta pena entraña medidas de carácter pecuniario, por cuanto autoriza a los tribunales a incautarse de un porcentaje, por ellos fijado, del sueldo que por su trabajo normal percibe el condenado; dicha detracción suele oscilar entre un 10 y un 25 por 100 de sueldo. Una vez cumplida, se tendrá por no impuesta.

El pilar básico de la penalidad en la legislación checoslovaca está constituido por las *penas de prisión*, cuya duración máxima es, a partir de la reforma de 1956, que abolió la prisión a perpetuidad, de quince años. La ejecución de esta pena, de reciente regulación por una ley del 65, se hace de manera diferenciada, teniéndose como criterios clasificatorios la personalidad del condenado, su pasado, la naturaleza del hecho cometido, etc...

Por último, merece nuestra atención *la enmienda por el trabajo*, cuya finalidad, según dispone el Código, es la de "crear y consolidar la actitud consciente de los condenados hacia el trabajo". Conviene subrayar, a este respecto, cómo las individuos condenados a esta sanción son situados en organizaciones empresariales normales—por cuanto en los establecimientos penitenciarios no existen talleres ni medios adecuados—. Los reos trabajan así en libertad en el seno de una empresa, sin que ello suponga que estén vinculados jurídicamente a ella por medio de un contrato de trabajo. Esto, unido a las fuertes detracciones que el Estado hace de su sueldo para subvenir a las necesidades familiares, etc..., ha sido objeto de agudas críticas por el doctor NOVOTNY, para quien, pese a que en la empresa los condenados adquieren una verdadera cualificación profesional, sin embargo, los intereses de la economía nacional prevalecen sobre el fin de la pena; además, de no tomarse en consideración la personalidad y aptitud individual de los condenados. Ante tal estado de cosas, NOVOTNY propone que los establecimientos penitenciarios pacten sólo con aquellas empresas que puedan respetar plenamente el fin de la ejecución de la pena; siendo, a este respecto, necesario que el condenado esté vinculado a la empresa por un contrato laboral.

Finalmente, SOLNAR concluye su exposición afirmando que no existe en Checoslovaquia una asistencia sistemática a los liberados, a pesar de que la Ley de 1965 sobre la ejecución de la pena de prisión contiene una serie de directrices al respecto. Y es porque, en definitiva, el concurso del público en tal asistencia no puede en ningún caso remplazar el trabajo de los profesionales. Por consiguiente, hace suyo el deseo de NOVOTNY, en el sentido de que se creen en cada distrito establecimientos especiales destinados a proporcionar un trabajo adecuado a los liberados.

E S P A Ñ A**Revista española de Derecho militar**
Julio-diciembre 1967

ALBERTO ROMEIRO, Jorge: «La valorización de la magistratura por la revisión»; págs. 119 a 127.

Sólo este artículo contiene en este número materia penal, aunque en él, advertimos, se contenga una transcripción íntegra de la Ley Penal Militar de la República de Cuba.

El autor del trabajo habla del fundamento de la revisión penal, de la historia de ésta y, más detalladamente, de la gracia de indulto, que puede rectificar los errores judiciales sin desprestigio de los magistrados que dictaron la sentencia que impuso la pena que se indulta, pero cree que su prestigio se acrecentaría si fuesen ellos mismos los que rectificasen los fallos erróneos por el recurso de revisión. "Consagrar universalmente—dice, y ésta es su tesis—la revisión y ampliar el campo de su casuística es sustraer al ámbito de la gracia la corrección de los errores judiciales, valorizando el poder judicial".

DOMINGO TERUEL CARRALERO

Revista de Estudios Penitenciarios
1967, julio-diciembre, núms. 178-179

RODRIGUEZ-DEVESA: «Contribución a la imagen numérica de la pena de muerte en España».

En virtud de las deficiencias en las estadísticas, el único camino viable es acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues en las sentencias de pena de muerte se considera admitido de oficio el recurso de casación. A la laguna derivada del retraso en la jurisprudencia, se une el de las condenas pronunciadas por la jurisdicción militar. En efecto, los delitos esencialmente comunes atribuidos a la jurisdicción militar, las variaciones de esta competencia por la sucesión de leyes, la decisión de la misma por las autoridades militares en los casos concretos y, sobre todo, la no publicación de estadísticas en esta jurisdicción especial, explican que el autor califique su muy detenido y meritorio trabajo como simple "contribución". Util, desde luego, en cuanto testimonio que los tribunales de la jurisdicción ordinaria viven un clima favorable a la abolición. Rodríguez Devesa cree que los fenómenos sociales, económicos y políticos tienen mayor peso sobre la criminalidad que la pena de muerte, y pide "se prohíba el uso de este falso tranquilizante colectivo en que se ha convertido".

El artículo ha aparecido, en versión alemana, en el número de la revista

“*Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*”, dedicado al gran criminólogo Hentig con ocasión de cumplir ochenta años.

ENRIQUE DE LA VILLA, Luis: «La inclusión de los penados en el derecho del trabajo».

Tras un extenso examen del tema, el autor llega a unas conclusiones, que damos resumidas: 1.ª El trabajo penitenciario no es un trabajo sustantivamente laboral, al faltarle el presupuesto condicionante de la libertad. 2.ª Es posible que los presupuestos condicionantes de las relaciones laborales no se alteren, ni siquiera el de la libertad, y que, no obstante, por vía adjetiva, se opere la inclusión del trabajo penitenciario en el derecho del trabajo. El Derecho español del trabajo, sin embargo, no ha tomado en cuenta esta posibilidad, y el trabajo penitenciario no ha sido incluido en el Derecho del trabajo. 3.ª Si el trabajo penitenciario no se considera laboral, ni por vía sustantiva ni por vía adjetiva, cabe aún que se extienda a quienes lo practican la normativa laboral o parcialmente. Esto segundo parece más probable que lo primero. Se diría, entonces, que los penados gozan de un estatuto propio siguiendo los cauces del ejemplo laboral. Esta es, inequívocamente, la solución que, hoy por hoy, acepta la legislación española cuando establece que “... el trabajo de los penados que por su naturaleza sea retribuido, tendrá idéntica protección en las leyes que el de los trabajadores libres, sin otras limitaciones que las derivadas de los preceptos reglamentarios o de las modificaciones de su capacidad jurídica como consecuencia de la condena... (art. 134, párrafo 1, del Decreto de 2-II-1956). Pero las limitaciones son excesivas, y normas posteriores —como el Decreto de 27 de julio de 1964— aún acentúan más la disociación entre el régimen laboral y el estatuto de los penados, los cuales disponen, cuando más, de un estatuto personal “cuasi laboral”. Cara al futuro, parece necesario perfeccionar tal estatuto y llegar a la implantación del laboral.

MATA TIERZ, José María: «Competencia en el cumplimiento de las penas privativas de libertad».

El autor —funcionario de prisiones y profesor ayudante de Derecho penal— toma posición frente a las opiniones de Teruel Carralero y de Cano Mata, partidarios de los jueces de ejecución de las penas privativas de libertad, al modo de otros países donde ya existen, y al de P. Beristain sobre la necesidad de reeducadores en las prisiones, distintos del personal penitenciario. Mata Tierz cita, en primer término, el Decreto francés de 1962, que convierte al juez de ejecución en mero funcionario de la Administración penitenciaria. En segundo término, se apoya en la realidad que demuestra cómo “los tribunales penales se asemejan peligrosamente a tenedores colegiados de una simple contabilidad penal por partida doble”. De éste y otros argumentos deriva la oposición al “afán de ingerencia de los órganos judiciales en la

administración penitenciaria". En contraste, presenta la equiparación legal de los funcionarios penitenciarios y los judiciales establecido por el Reglamento de Vagos y Maleantes (art. 71), según el cual "los delegados técnicos serán funcionarios pertenecientes a las carreras Judicial o Fiscal o al Cuerpo técnico de prisiones".

Mas, a nuestro modo de ver, el problema no es de rivalidad entre uno y otro cuerpo de funcionarios, sino de coordinación de funciones conforme a las exigencias de individualización reclamadas por la moderna ciencia penal y las legislaciones más recientes. Los jueces deben conocer los efectos de sus sentencias sobre el reo, y la duración de las condenas, cometido siempre de las autoridades judiciales, hoy se determina muchas veces en momento posterior a la sentencia.

NIN DE CARDONA, José María: «Las ideas penales de Dostoievski».

Ningún escritor tiene mayor interés para un penalista que este gran novelista ruso: por su larga experiencia en los presidios siberianos, la penetración psicológica sobre los tipos humanos que se le ofrecieron a estudio en aquella experiencia y, quizá también, por su propia disposición para comprender las psicologías anormales. También es admirable la serenidad para relatar, a través de sus personajes, sus propios sufrimientos, sin ánimo vindicativo y, por el contrario, lleno de piadosa comprensión.

En el primer apartado de su artículo nos presenta Nin de Cardona al escritor, "cuyos personajes son demasiado humanos para pensar que hay algo de ficción en los mismos", y destaca la sociabilidad de aquéllos, "cuya inferioridad es la necesidad imperiosa de encontrar comprensión entre los hombres". El segundo apartado está dedicado a *La casa de los muertos*, "la obra más densa y espiritual de Dostoievski". "El presidio, los trabajos forzados no curan al recluso, se limitan a castigarlo... y excitan en el criminal el odio, la sed de los placeres que le están vedados y una indiferencia espantosa". El tercer apartado versa sobre *Crimen y castigo* y *Los hermanos Karamazov*. Raskolnikov, ex estudiante, que en una lóbrega habitación se debate en la miseria, premedita el asesinato de una vieja prestamista para robarla. Sonia, que, a pesar del lodazal en que vive, conserva aún la pureza de su corazón, abre los ojos del asesino a la verdadera luz y le hace confesar su delito. "El drama de los hermanos Karamazov es un drama casero, al mismo tiempo que un problema de universal alcance. Pero lo más principal de todo es que el argumento gira sobre el hecho que no se ha consumado, por lo menos en la forma supuesta—el parricidio—, y sólo ha existido en la intención. De esta suerte, más bien que crimen hay culpa, y su apreciación depende más del fuero eclesiástico que del civil; del confesor que del juez".

Como conclusión, obtiene Nin de Cardona: la idea penal máxima sostenida por Dostoievski no es otra que la piedad. Para el gran novelista, prácticamente no existe gran diferencia entre el delito y el pecado, entre el Derecho y la religión. Niega la justicia humana; es decir, la idea de que hombre pueda

hacer justicia al hombre, a su prójimo, a su hermano. Sólo admite como justicia suprema la de Dios; por tanto, lo esencial no es el delito, sino la culpa, el pecado y, más todavía, la intención; todo lo cual alude al dominio de las almas, y es de la jurisdicción religiosa. Por consiguiente, el castigo más eficaz es el que se acepta como justo por el condenado mismo, y esa aceptación es lo que permite equipararlo a una terapia.

A juicio del articulista, quizá Dostoievski es un claro precursor del correccionalismo; esto es, de un *Derecho protector de los criminales*. Finalmente, encuentra una sutilísima analogía entre la idea del castigo en Unamuno y en Dostoievski.

BUENO ARUS, Francisco: «Aspectos penales de la Ley Orgánica del Estado».

Dada la concurrencia de normas sobre delitos contra la seguridad del Estado de nuestra legislación punitiva, y las leyes institucionales de estos últimos tiempos, es muy útil el presente trabajo, que las contrasta advirtiendo las coordinaciones y los defectos.

Escasa materia ofrece la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 para una consideración jurídico-penal, pero algunos de sus artículos contienen incidentalmente preceptos de esta naturaleza. El artículo 3, al señalar los fines fundamentales del Estado, alude al ordenamiento jurídico y maneja expresiones utilizadas en las leyes penales o supuestas, a través de los bienes jurídicos, defendidas por las mismas. El artículo 6 atribuye al Jefe del Estado la prerrogativa de la gracia, disponiendo también que en su nombre se administre justicia.

Según el artículo 41, la Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las leyes ni regular, salvo la autorización expresa de una ley, las materias que sean de competencia de las Cortes. (Y el art. 10 de la Ley constitutiva de las Cortes atribuye a las mismas, en pleno, la regulación de las bases del Derecho penal.) Pero el art. 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y los artículos 41, 51 y 53 de la Ley O. del E. legitiman las disposiciones administrativas de carácter penal dictadas por autorización expresa de las Cortes. Otra excepción la constituye la facultad del Jefe del Estado o del Gobierno para adoptar medidas excepcionales (artículo 10, d, de la L. O. del E.). Esta legislación se halla, asimismo, legitimada por preceptos de distintas leyes. Sería aconsejable —nos dice Bueno Arús— una revisión de los citados artículos, “llegando, en cuanto sea posible, a formular una redacción unitaria de los mismos”.

El artículo 8 establece: “La persona del Jefe del Estado es inviolable”, norma análoga a la correspondiente de la Constitución española de 1876 y las de otros Estados monárquicos. Así se viene a decir claramente lo que antes presumían los tratadistas. El artículo 20, II, de la L. O. del E. se refiere a la responsabilidad de los miembros del Gobierno, y el 42, III, a la responsabilidad de la Administración y de sus funcionarios.

El título XV aborda el tema de la Justicia, y el artículo 29 proclama “su completa independencia”. El artículo 31 establece que “la función jurisdiccional

corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados en la Ley Orgánica de la Justicia". El artículo 32 consagra la subsistencia de dos jurisdicciones especiales: la militar y la eclesiástica. "La jurisdicción militar se regirá por las leyes y disposiciones que privativamente la regulan".

Entre las modificaciones de las anteriores leyes fundamentales previstas en las disposiciones adicionales de la Ley O. del E. sólo presenta interés, desde el punto de vista jurídico-penal, la introducida en la declaración XI, 2, del Fuero del Trabajo, que queda así redactada: "Los actos ilegales individuales o colectivos que perturben de modo grave a la producción o atenten contra ella serán sancionados con arreglo a las leyes. "No se prejuzga, pues, la naturaleza de los actos ilegales y de sus sanciones, a diferencia de la redacción anterior, que consideraba "delitos de lesa patria" todos los actos individuales o colectivos que de algún modo turben la normalidad de la producción o atentasen contra ella; lo cual produjo vacilaciones en la doctrina ante la reforma del artículo 222 del Código penal por Ley de 21 de diciembre de 1965, la cual llegó a calificarse de anticonstitucional.

La L. O. del E. y las instituciones políticas en ella reguladas se hallaban ya protegidas por el Código penal y el de Justicia Militar; pero la reforma del C. p. en 8 de abril de 1967 ha introducido un nuevo precepto: el 164 bis a), para la protección penal de los "principios del Movimiento Nacional declarados permanentes e inalterables" y las demás "Leyes Fundamentales de la Nación". Tales preceptos —nos dice el autor del trabajo reseñado— no eran indispensables, pero sí sería oportuno afrontar la sistematización dentro del Código penal de los delitos contra las instituciones y derechos fundamentales, agrupando los que hoy están dispersos.

J. A. O.

Revista general de legislación y jurisprudencia

Febrero 1968

MARTIN CANIVELL, Joaquín: «Problemática contemporánea de la delincuencia juvenil»; págs. 310 a 321.

Este es el único artículo en materia penal de este número de la revista, y con él, su autor, un joven juez, inicia su colaboración en ella.

Empieza subrayando la preocupación actual por la delincuencia juvenil, explicable por ser un problema a escala mundial que preocupa a toda clase de gentes, y quizá más que en un aumento de ella, en que los medios actuales de comunicación nos ponga delante de los ojos tal proporción de delitos de menores que se altere nuestra perspectiva del fenómeno en el sentido de considerarlo más extendido que en realidad. Para aclarar este extremo se trata de tomar contacto con los medios de información objetivo, y el resultado es que realmente ha aumentado el volumen de esta delincuencia.

Fomenta la preocupación mencionada el que el mayor aumento de esta delincuencia sea más grave en los países de un nivel de vida más elevado

y mayor el porcentaje en los núcleos de población industrializados al perderse los valores y costumbres tradicionales por entrar en las aglomeraciones urbanas masas de población de una delincuencia prácticamente nula en los medios rurales. Aumenta el interés, no el que esta delincuencia sea hereditaria, sino que un joven delincuente puede constituirse con el tiempo en un pésimo progenitor, habiéndose observado el mayor porcentaje de delinquentes en hijos de padres y madres que ya lo son.

Continúa después, y es a mi juicio lo mejor del trabajo, con la sucesión generacional, explicándola así: cada generación tiene un repertorio de actitudes vitales, que en parte son asimiladas de las generaciones anteriores y en otra parte son propias de cada generación, y a veces se imponen tras una rebeldía frente a posturas vitales previas diferentes, actitud de inadap-tación que puede llegar al delito y que se produce dentro de otro fenómeno más amplio de socialización, que se define como un proceso por el que el individuo aprende a comportarse socialmente en razón de su status y del sistema social en que se sitúa, muy relacionado este concepto con el de identidad del yo individual, que reside en un equilibrio general entre el individuo y las estructuras sociales en que vive.

El final obligado es la consideración del problema en España, donde si aún no existe en gravedad y extensión, puede llegar a existir por la rápida industrialización de nuestro país.

D. T. C.

FRANCIA

Revue pénitentiaire et de Droit pénal

Julio-septiembre 1968

HIVERT, P. E., y BRETON, J.: «Cyta-génétique et criminologie»; págs. 493 a 498.

Es la acostumbrada crónica de criminología clínica. En este trabajo los autores empiezan subrayando la aportación de la Escuela francesa a la recién nacida ciencia de la cytogenética humana, que debe abrir horizontes originales al estudio de la personalidad criminal, ya que los estudios sistemáticos en establecimientos de seguridad han hecho aparecer la relativa frecuencia de ciertas anomalías cromosómicas en los individuos que están allí por su conducta antisocial. Estos cromosomas están en las células de todos los seres vivientes y son el soporte de los genes mediante los cuales se transmiten los caracteres hereditarios.

La determinación de las fórmulas cromosómicas ha permitido diagnosticar ciertas enfermedades, permitiendo demostrar la relación entre estas enfermedades y las perturbaciones de número y de forma del cromosoma en el mongolismo, en el retraso mental y en varias enfermedades por aberración cromosómica, progresivamente aislada. En toda herencia celular de las enfermedades, presentan la misma aberración; en otros, ciertas herencias abe-

rantes coexisten con herencias normales o con herencias de otros tipos; unas revelan un retraso mental importante y de estigmas físicos frecuentemente evidente. Por el contrario, en las aberraciones genosómicas el nivel intelectual no es, en general, más que ligeramente inferior a la media y el aspecto físico no presenta ninguna particularidad flagrante.

Estos elementos, junto a datos biológicos, neurofisiológicos, psicosociales y psicopatológicos, pueden ser uno de los factores que intervienen la evolución de la peligrosidad. Sólo estudios multidisciplinares sobre población delincuente, confrontada con grupos de no delincuentes, pueden establecer posibles correlaciones. Es, por tanto, utópico —terminan los autores— y muy simplista creer que la cyto-genética es susceptible de resolver todos los problemas jurídicos, médico-legales y criminológicos de la delincuencia, representando, no obstante, un camino de aproximación para comprender y poder obrar sobre estos problemas, que no es posible ignorar.

DUTHELLET-LAMONTHEZIE, B.: «Rôle du juge de l'application des peines à l'égard des interdits de séjours»; págs. 499 a 506.

Es bien conocido el papel del Juez de ejecución de penas respecto a los liberados y detenidos, pero no respecto a la prohibición de residir en un lugar determinado, a lo que se dirige este artículo. Después de esta afirmación, estudia la regulación jurídica de dicha prohibición, recordando que en la actualidad la aplicación de la mentada pena es facultativa, salvo para los condenados a penas perpetuas que hayan sido conmutadas o hayan prescrito, mujeres ó reincidentes de más de sesenta años, a los que hubiese podido aplicarse la relegación.

Después se estudia el papel del Juez de ejecución de penas en cuanto a la elección y ejecución de la impuesta en el aspecto asistencial, examinando los resultados prácticos obtenidos, que no son todo lo satisfactorios que debían ser: la presentación a los comités de asistencia dentro de los ocho días de llegar a un sitio no se cumple; la readaptación moral, física y profesional es inexistente: es ilusoria la función de vigilancia asignada a este Juez. Esta situación es imputable, sobre todo, a la ausencia de sanción; hay que poner a disposición del Juez los medios adecuados para el cumplimiento de su misión. La pena de prisión hasta de tres meses establecida para los que se sustraen a las medidas de vigilancia debe ser extendida a otro supuesto.

JAY, M.: «Delinquance et alcoolisme à la Réunion»; págs. 463 a 492.

Trata de estudiar la influencia del alcoholismo en la delincuencia en estas islas, para lo que empieza con el de la delincuencia en ellas en comparación con la de la metrópoli o territorios semejantes. Sigue considerando el resultado de 349 peritajes psiquiátricos respecto a la edad, sexo, nivel cultural y mental, reincidencia, antecedentes médicos, día de la semana en que

se cometieron los hechos, mes y temporada. En los delitos de sangre y violencia, los motivos aparentes de la realización del acto y la desproporción de motivos, para acabar considerando el papel del alcohol. Estudia después los delitos contra las buenas costumbres y con menor detención todos los demás.

* * *

Las crónicas extranjeras de este número son dos: la alemana, a cargo de Herzog, y la española, redactada por Teruel Carralero, en la que, tras un recuerdo a la memoria de Quintano Ripollés, da cuenta de la consagración legislativa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal de los Magistrados de ejecutorias o Jueces de ejecución de penas, la creación de un sistema humanitario de transporte de detenidos, de la clasificación de establecimientos penitenciarios, del recientemente creado en Liria para jóvenes delincuentes y, finalmente, sobre el centro de observación de la prisión de Carabanchel.

DIEGO MOSQUETE

Revista Etudes Internationales de Psycho-Sociologie Criminelle

Núms. 11, 12, 13, 14 y 15. París, 1967 y 1968

«La prophylaxie du Génocide».

Bajo la gestión organizadora de la Sociedad Internacional de Profilaxis Criminal, se ha venido celebrando en el Palacio de Justicia de París, a lo largo de los días 10, 11, 12 y 13 de julio de 1967, el II Congreso Internacional de Profilaxis Criminal, que ha sido presidido por M. Albert Brunois y que ha dedicado sus sesiones a la profilaxis del genocidio.

Los informes y comunicaciones presentados a lo largo de estas reuniones han sido recogidas en el órgano de la Sociedad promotora, es decir, la revista "Etudes Internationales de Psycho-Sociologie Criminelle", cuidadosamente dirigida por V. Stanciu, y cuyos números 11, 12, 13, 14 y 15 tenemos ahora ante nosotros.

En estas publicaciones han quedado recogidas numerosas aportaciones, concretamente un total de dieciséis, que, naturalmente, ofrecen desigual importancia, aunque todas ellas aparezcan animadas de los mejores propósitos cara al estudio de los problemas reales que plantean el genocidio en particular y la defensa y observancia de los derechos fundamentales del hombre en general.

No podemos ocultar, sin embargo, que algunas de ellas ("Les phases du pré-génocide nazi: 1933-1940", por O. Wormser-Migot, y "Le premier génocide du XX^e siècle", por Victor Gardon), parecen encerrar un tardío tono de denuncia que no creemos contribuya, en realidad, a crear el sentimiento de comprensión y hasta de olvido que aportase soluciones válidas a los actuales problemas de la Humanidad, pues no hay amor que se apoye en el miedo ni justicia que se inspire en ideales mediocres.

Partiendo de un delicado enunciado (*Le Juif face au génocide*), Amado

Lévy-Valensi y Claude Veil atraviesan prudentemente el tema para concluir, refiriéndose sin duda a una circunstancia concreta, que "en cuanto hombre no le basta el haberse encontrado situado del lado de las víctimas para quedar por ello lavado de un crimen del que la Humanidad es culpable".

V. Jankelevitch aborda el tema del antisemitismo desde un punto de vista filosófico, sentando la proposición inicial de que el antisemitismo no es racismo, y coronando su trabajo, por cierto muy meritorio, con la afirmación de que el antisemitismo es "la libertad que el hombre se toma para odiar a su propia esencia".

Más valor tienen, a nuestro juicio, otras comunicaciones, a las que habremos de referirnos, y en las que priman los aspectos jurídicos por encima de cualquier otra consideración. Entre las mismas nos referimos primeramente a la de N. Jacob, que estudia la definición jurídica del genocidio, citando las propuestas por Lemkin y Aroneanu, planteando las diferencias entre el crimen de genocidio y el crimen contra la Humanidad y llamando la atención del criminólogo acerca del estudio del mecanismo desencadenante de estos delitos, aspecto este último que nos parece correcto y oportuno.

Por su parte, Jean Graven y J. Y. Dautricourt se refieren a la prevención del delito de genocidio. En este sentido, el primero de los autores citados defiende la incriminación de la provocación directa, de la propaganda, y de los actos preparatorios directos como medio preventivo, para, a continuación, lamentarse de la imperfección de los instrumentos internacionales creados para dar cumplimiento a esta finalidad. El segundo afirma su esperanza en la viabilidad de un tribunal penal internacional permanente, representativo e imparcial, de alto prestigio moral y científico, que fuese competente para denunciar el delito de genocidio allí donde se produzca y sea quien sea su autor, considerando, quizá con excesiva buena fe, que una condena moral podría ya suponer una actuación preventiva.

Los restantes trabajos y sus respectivos autores son los siguientes: *Considérations sur le génocide*, por el Dr. Bauer; *L'approche psychologique du génocide*, por M. Pariente; *Prévision et prévention doctrinales de l'évolution du génocide*, por E. Bornecque-Winandy; *La prophylaxie du génocide*, por D. J. Tahovic; *Génocide et idéologie*, por J. d'Hondt; *Le rapport entre la victimologie et le problème du génocide*, por B. Mendelsohn; *La solution finale*, por L. Poliakov, y *La psychanalyse face au génocide*.

Hay, por tanto, un cierto predominio de los ángulos criminológicos sobre los jurídicos; pero esto no debe sorprendernos, ya que así fue previsto, al parecer, por la Organización.

Vemos, sin embargo, y esto es lo fundamental, que un nutrido grupo de especialistas en diversas esferas, juristas, criminólogos, humanistas, educadores, lingüistas, psiquiatras, así como destacados representantes de la Universidad y del Foro, han dedicado su esfuerzo, cada uno en el campo de su especialidad, a desvelar la problemática que rodea al crimen de genocidio, todo lo cual nos colma de satisfacción y nos hace presumir la depuración del tema en todo aquello que no sea estrictamente científico.

Todo este conjunto de trabajos, referenciados con menos atención de la que deben realmente merecer, aparece presidido por las palabras de V. V. Stanciu, que expone de manera precisa cuál es el espíritu que anima a este II Congreso Internacional de Profilaxis Criminal, y que nosotros podemos resumir en breves palabras: humanidad, altruismo, objetividad científica.

Por último, y en lo que se refiere al resultado concreto de las sesiones de este Congreso, nos remitimos a sus resoluciones y propuestas, entre las que cabe destacar la afirmación de que "cada grupo humano tiene derecho a una existencia normal, de acuerdo con la dignidad de las personas y las tradiciones culturales y valores morales de cada grupo", y de la necesidad de dar vida a un clima de comprensión y de crear una jurisdicción penal internacional permanente.

Como hito fundamental en el camino por recorrer en respuesta a estas preocupaciones humanas se anuncia en este Congreso la creación de un centro de observación y estudio del genocidio, que esperamos sepa triunfar una vez superadas sus dificultades iniciales.

JAVIER SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGES

ITALIA

Quaderni di criminologia clinica Abril-junio 1968

PONTI, G. L.: «Il trattamento dei criminali adulti mediante la tecnica del «Group counseling»; págs. 115 a 180.

Este largo artículo, casi una monografía, agrupa sus dieciséis capítulos en tres partes. La primera rubricada «El grupo "counseling" en criminología», comprende: los referidos a los métodos de tratamientos de la criminalidad, explicando que por este término se entiende conjunto de actividades que se han de adoptar y utilizar a los fines de la reeducación, pudiéndose identificar cuatro grupos de modalidades de él: los de carácter jurídico-normativo, el grupo de los tratamientos llamados sociales, el de los médicos y el de los psicológicos, explicando el de los tres primeros.

A los métodos de tratamiento psicológico dedica un capítulo (el 2.º), usando métodos empleados para cualquier persona o sólo para los delincuentes, y la psicoterapia de grupo, de la que ya siempre precisa hablar (cap. III); de la técnica del "counseling", que puede definirse como un servicio especial que tiende a dar apoyo y guía a las personas que deben afrontar dificultades en el grupo social o que están realizando en la vida nuevas funciones que implican un cambio en el propio papel y en la propia personalidad.

A seguido trata del fin del "counseling" en criminología (cap. IV), en el ámbito penitenciario (cap. V) y resultados del "grupo counseling" correccional, con consideración especial de sus efectos sobre el ambiente penitenciario, las modificaciones psicológicas en los reclusos y resultados correccionales (cap. VI).

En la segunda parte, "Técnica del grupo counseling para delincuentes", da unas nociones de metodología general (cap. VII), establece la diferencia entre tratamiento individual y la terapia de grupo con sus diferencias y sus ventajas, explicando la modalidad práctica del "group counseling" (cap. VIII) y la técnica a emplear, así como los temas de discusión (cap. IX), la figura del jefe de grupo (cap. X), destacando las dotes y personalidad que ha de tener y la dificultad de su elección, por no ser muchas las personas preparadas para dirigirlos, y caracteres de confidencialidad (cap. XI) que han de tener las sesiones del grupo y el número y caracteres de los componentes de él (cap. XII).

En la tercera y última parte, rubricada Experiencias personales del "group counseling", trata de las motivaciones (cap. XIII) y descripción (cap. XIV) del experimento realizado en la prisión abierta de Belaria, en la que la población interna ha sido ya seleccionada entre los mejores y el estudio de la personalidad se ha realizado en el centro de observación de Milán, dirigiendo el tratamiento de uno de los grupos el autor del trabajo. Después, observaciones críticas sobre este medio de terapia, relativas a las dificultades iniciales del tratamiento, la figura del jefe de grupo y los más comunes dinamismos psicológicos evidenciados en el uso del tratamiento y sobre la figura del jefe de grupo, y finalmente, los resultados del experimento (cap. XVI) y unas conclusiones en que resume todo lo expuesto.

VODOPIVEC, Katja: «Dalle Ricerche sulla criminalità giovanile e il disadattamento minorile in Slovenia»; págs. 181 a 210.

En el pequeño país yugoslavo de Eslovenia, en su capital, Luviana, existe un Instituto de Criminología desde 1954. El director de él es el autor de este trabajo, en que se recoge el resultado de veintidós investigaciones sobre muchachos inadaptados y menores delincuentes.

La investigación recayó, como hemos dicho, sobre veintidós individuos, pero el trabajo sólo versa sobre la realizada sobre seis de ellos y se refería al diagnóstico precoz de inadaptación en la escuela y control de la prognosis; problemas relativos a la eficacia de la colocación en familias extrañas o en instituciones para jóvenes inadaptados; evaluación de las situaciones frustrantes en los ambientes familiares de delincuentes menores de edad; comparación entre la delincuencia juvenil en Eslovenia y en Londres; evaluación de la ejecución de las medidas de protección, y determinación de las diferencias en la estructura de la personalidad de delincuentes adolescentes y jóvenes adultos.

CANEPÀ, Giacomo: «Finalità dottrinali ed operative della moderna indagine antropo-criminologica»; págs. 211 a 230.

El director del Instituto de Antropología Criminal de Génova realiza este trabajo como premisa a otro del profesor Camba sobre el bandidismo en Cerdeña, de tal actualidad que a veces aparece hasta en la prensa diaria.

En este trabajo sienta, entre otras premisas, las siguientes: la actividad meramente represiva y punitiva resulta ineficaz y a menudo contraproducente para las finalidades del tratamiento y de la persona; para poner en práctica los resultados eficaces para el tratamiento se requieren innovaciones tendientes a modificar los recursos de la ley, a favorecer los medios que permitan llevar a cabo de un modo efectivo tratamientos individualizados en la fase de ejecución penal, a coordinar todas las instituciones o entidades que directa o indirectamente tienden a la profilaxis de la antisocialidad, a partir de la puericia y de la infancia.

D. T. C.

SUIZA

Revue internationale de criminologie et de police technique

Abril-junio 1968

GRAVEN, Juan: «Il est aussi d'autres "erreurs judiciaires"»; págs. 85 a 89.

Es el editorial de este número de la revista, que, como en todos, corre a cargo de su director y tienen el nombre genérico de "Réflexion faite".

Las reflexiones recaen esta vez sobre la necesidad de que los Magistrados conozcan la miseria de las prisiones y el efecto de ellas al ingresar los autores de pequeñas infracciones, que se reflejan en los numerosos suicidios que allí se intentan o realizan en ellas por los detenidos, pudiéndose sustituir estas detenciones por una asignación a una especie de libertad vigilada y las penas cortas de privación de libertad por los arrestos de fin de semana y la creación de establecimientos con el menor carácter de prisiones. Expone las injusticias que pueden cometerse con detenciones, de las que dan noticias los periódicos, la imposición de penas cortas de privación de libertad a pequeños y primarios infractores.

SXIDA, Witold: «L'évolution moderne de la peine privative de liberté.

L'élimination de la courte peine dans le projet de code pénal polonais de 1967»; págs. 89 a 92.

El autor da cuenta de cómo el proyecto polaco de 1967 trata de eliminar las penas cortas de privación de libertad, creando una sola de éstas, de tres meses a quince años, en caso de indicaciones de peligros ínfimos al transferimiento del autor a organismos administrativos, la creación de penas *limitativas* de la libertad de duración de tres meses a dos años, en la que se tienen grandes esperanzas.

GRAVEN, Jean: «Les donnés nouvelles de la «Vie» et de la «Mort» et leurs incidences juridiques»; págs. 93 a 116.

La publicación en este Anuario de las ideas fundamentales de este ilustre autor sobre el tema hace superflua una recensión de este artículo, no obstante su extraordinario interés.

CASTIGLIONE, Theodolindo: «La criminalité des «Favelas»; págs. 117 a 118.

Este autor brasileño (de cuya obra ya nos hemos ocupado en las páginas del Anuario, 1960, F. I, 1961, F. II), empieza diciendo que "favela" es el conjunto de barracas, grotescas y miserables, construidas generalmente sobre colinas por los mismos habitantes, sin el mínimo de condiciones higiénicas, en las que los criminales son aún más numerosos que en los otros grupos humanos, con lo cual expone una situación muy parecida a la de nuestros barrios de chabolas, al chabolismo, que, no obstante estar en trance de desaparecer, hace este trabajo tan interesante para nosotros.

Difícilmente, empieza, podrá un criminólogo encontrar sitios más propicios para observar la influencia que un medio perjudicial ejerce sobre la criminalidad. En estas agrupaciones se ve que los que las habitan generalmente no son fugitivos de la miseria y del hambre; la falta de trabajo, la desadaptación, la falta de escuelas suficientes, con otros factores, minan allí las bases de la familia: en ellos la promiscuidad no tiene límites, las impulsiones criminales, que en otra parte pueden ser contrarrestadas, aquí tienen explosiones inexperadas. Los más fácilmente pervertidos son los niños y los jóvenes; són numerosos los que a los diez años han emprendido el camino del crimen y los que a los catorce han tenido ya alguna engañosa aventura amorosa.

Pero no sólo delincuentes habitan en las "favelas": una parte mayor de su población trabaja y se afana por salir de su miseria: fuera de las horas de trabajo construyen sus chabolas (lo que no hacen los malhechores, que continuamente cambian de unas a otras ya construidas), la juventud trabaja continuamente en mejorarlas, pese a los malos ejemplos; su ambición es tener un empleo fijo que haga posible la concesión de habitación por las autoridades, luchando para ello con la sugestión que sobre ellos ejercen los malhechores, en los que ven héroes, siendo muy distinta la actitud de sus habitantes ante fechorías que recaigan sobre extraños en la "favela", que los hace permanecer indiferentes, o sobre un habitante de ellas, que produce una reacción de protección de la víctima y del castigo al autor.

Aunque estos factores ambientales tienen su influencia en los habituales de la "favela", no hasta los límites que pueden suponerse por la reacción que allí, como en los demás grupos sociales, se produce ante los delitos. Esto explica que si la pequeña delincuencia, fruto en gran parte del hambre, es frecuente, la gran consecuencia de los más perversos instintos no se da aquí, como suele darse en medios de mayor desarrollo económico.

CANTINI, Claude: «Les délits sexuels dans leur rapport avec l'immigration»; págs. 129 a 152.

La mayor delincuencia de los inmigrantes ha sido estudiada en América, tanto en el Norte como en el Sur, y en Europa, que yo sepa, por autores italianos preocupados de las consecuencias del traslado masivo de italianos meridionales a las zonas industriales del norte. En Suiza, y en esta revista, también ha sido estudiado en trabajos que se citan en notas del presente con los que están relacionados, no estándolo con los por mi recordados, con los que no tienen más lazo de unión que la materia del tema y ciertas lejanas analogías.

El autor refiere su estudio sobre todo a infracciones contra las costumbres, diciendo cuáles se consideran tales en el Código suizo. Después se estudian los datos suministrados por la estadística de aquel país, que a partir de 1953: tiene en cuenta los extranjeros condenados, resultando muy superior su número, según el tanto por ciento de extranjeros allí residentes, en relación con los cometidos por los suizos, correspondiendo el mayor número a los italianos, tanto de cifras absolutas como relativas, pues no hay que olvidar que el 70 por 100 de los inmigrantes tienen dicha nacionalidad.

Después hace un estudio sobre esta delincuencia, pero circunscrito al cantón de Vaud, apoyándose en tres agrupaciones a efectos estadísticos: los cometidos por los suizos, por los italianos y por otros extranjeros, entre los que sólo hay un español en 1957 y otro en 1958: comparación realmente satisfactoria para nosotros, dado el número de nacionales allí residentes. El trabajo en este extremo llega a puntualizar la provincia de origen de los italianos.

HEPNER, Walter: «Les gants de caoutchouc peuvent laisser des traces utilisables sur les lieux d'un délit»; págs. 153 a 156.

Los delinquentes especializados usan guantes en la comisión de sus delitos para no dejar huellas que puedan identificarlos. Sin embargo, esto se ha conseguido en algunos casos, que cita, poniendo de relieve el valor que en criminalista tiene este hecho.

D. T. C.

INDICE GENERAL DEL TOMO XXI

FASCICULO III

Septiembre-diciembre MCMLXVIII

Sección Doctrinal

Páginas

<i>Nuevas aportaciones en torno al problema de la "vida" y de la "muerte" y sus incidencias jurídicas</i> , por Jean Graven	435
<i>Las Leyes Orgánicas y el Ministerio Fiscal</i> , por Víctor Fairén Guillén.	475
<i>Hacia un concepto criminológico del furtivo español</i> , por José Manuel Martínez Pereda Rodríguez	505

Sección Legislativa

<i>Orden de 11 de diciembre de 1968 por la que se dictan normas sobre comunicaciones de los reclusos</i>	521
---	-----

Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal correspondiente al tercer cuatrimestre de 1965</i> , por Francisco Bueno Arús	523
<i>Jurisprudencia procesal penal</i> (Sala 2. ^a del Tribunal Supremo). Segundo semestre de 1967, por Fernando Gisbert Calabuig	544

Crónicas extranjeras

<i>Tercera reunión plenaria de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica</i> , por José Enrique Silva	578
---	-----

Revista de libros

ARONEANU, Eugène: <i>Le crime contra l'humanité</i> , por Javier Sáenz de Pipaón y Mengs	588
BECCARIA, Cesare de: <i>De los delitos y de las penas</i> , por José Antón Oneca	589
<i>Commemoration du centenaire du Code pénal belge: Les Congrès et Colloques de l'Université de Liège</i> , por Luis Pedro Yáñez Román.	592
CHARPENTIER, Jacques, y NAUD, Albert: <i>A favor y en contra de la pena de muerte</i> , por José María Nin de Cardona	596
DURIGATO, Lauretta: <i>Sul delitto di infidele patrocinio</i> , por Horacio Oliva	598
GARCÍA BASALO, J. Carlos: <i>Introducción al estudio de la Penología</i> , por Domingo Teruel Carralero	599
HERRERO TEJEDOR, Fernando: <i>Memoria elevada al Gobierno Nacional, leída en la solemne apertura de Tribunales el 16 de septiembre de 1968, como Fiscal del Tribunal Supremo</i> , por Domingo Teruel Carralero	600

LANDROVE DÍAZ, G.: <i>El delito de usura</i> , por Francisco Muñoz Conde.	601
LÓPEZ MUÑIZ GOÑI, Miguel: <i>Procedimiento de urgencia por delitos menos graves</i> , por Domingo Teruel Carralero	603
NACIONES UNIDAS: <i>La pena capital</i> , por Domingo Teruel Carralero.	604
PAGLIARO, Antonio: <i>La responsabilità del partícipe per il reato diverso da quello voluto</i> , por Horacio Oliva	604
<i>Proceedings of the Symposium on Amnesty in Israel</i> , por Javier Sáenz de Pipaón y Mengs	606
RANIERI, Silvio: <i>Manuale di Diritto penale</i> , por Horacio Oliva	608
TRIFFTERER, Otto: <i>Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrecht seit Nürnberg</i> , por José María Rodríguez Devesa	609
DI TULLIO, Benigno: <i>Principios de Criminología clínica y Psiquiatría forense</i> , por José Antón Oneca	611

Revista de revistas

Bélgica

<i>Revue de Droit Pénal et de Criminologie</i> , junio 1968, por P. L. Yáñez Román	615
--	-----

España

<i>Revista Española de Derecho Militar</i> , julio-diciembre 1967, por Domingo Teruel Carralero	619
<i>Revista de Estudios Penitenciarios</i> , julio-diciembre 1967, por José Antón Oneca	619
<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i> , febrero 1968, por Domingo Teruel Carralero	623

Francia

<i>Revue Penitentiaire et de Droit Pénal</i> , julio-septiembre 1968, por Diego Mosquete	624
<i>Revista Etudes Internationales de Psycho-Sociologie Criminelle</i> , números 11, 12, 13, 14 y 15, 1967 y 1968, por Javier Sáenz de Pipaón y Mengs	626

Italia

<i>Quaderni di Criminologia clinica</i> , abril-junio 1968, por Domingo Teruel Carralero	628
--	-----

Suiza

<i>Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique</i> , abril-junio 1968, por Domingo Teruel Carralero	630
---	-----

Sección Legislativa

Orden de 11 de diciembre de 1968 por la que se dictan normas sobre comunicaciones de los reclusos 521

Sección de Jurisprudencia

Jurisprudencia penal correspondiente al tercer cuatrimestre de 1965, por Francisco Bueno Arús 523

Jurisprudencia procesal penal (Sala 2.^a del Tribunal Supremo), segundo semestre de 1967, por Fernando Gisbert Calabuig 544

Crónicas extranjeras

Tercera reunión plenaria de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica, por José Enrique Silva 578

Revista de Libros 588

ARONEANU, Eugène: *Le crime contre l'humanité*, por Javier Sáenz de Pipaón y Mengs.—BECCARIA, Cesare de: *De los delitos y de las penas*, por José Antón Oneca.—*Commemoration du centenaire du Code pénal belge; Les Congrès et Colloques de l'Université de Liège*, por Luis Pedro Yáñez Román.—CHARPENTIER, Jacques, y NAUD, Albert: *A favor y en contra de la pena de muerte*, por José María Nin de Cardona.—DURIGATO, Lauro: *Sul delitto di infedele patrocínio*, por Horacio Oliva.—GARCÍA BASALO, J. Carlos: *Introducción al estudio de la Penología*, por Domingo Teruel Carralero.—HERRERO TEJEDOR, Fernando: *Memoria elevada al Gobierno Nacional, leída en la solemne apertura de Tribunales el 16 de septiembre de 1968, como Fiscal del Tribunal Supremo*, por Domingo Teruel Carralero.—LANDROVE DÍAZ, G.: *El delito de usura*, por Francisco Muñoz Conde.—LÓPEZ MUÑIZ GOÑI, Miguel: *Procedimiento de urgencia por delitos menos graves*, por Domingo Teruel Carralero.—NACIONES UNIDAS: *La pena capital*, por Domingo Teruel Carralero.—PAGLIARO, Antonio: *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, por Horacio Oliva.—*Proceedings of the Symposium on Amnesty in Israel*, por Javier Sáenz de Pipaón y Mengs.—RANIERI, Silvio: *Manuale di Diritto penale*, por Horacio Oliva.—TRIFFTERER, Otto: *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrecht seit Nürnberg*, por José María Rodríguez Devesa.—DI TULLIO, Benigno: *Principios de Criminología clínica y Psiquiatría forense*, por José Antón Oneca.

Revista de Revistas 615

BÉLGICA: *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, junio 1968, por P. L. Yáñez Román.—ESPAÑA: *Revista Española de Derecho Militar*, julio-diciembre 1967, por Domingo Teruel Carralero; *Revista de Estudios Penitenciarios*, julio-diciembre 1967, por José Antón Oneca; *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, febrero 1968, por Domingo Teruel Carralero.—FRANCIA: *Revue pénitentiaire et de Droit Pénal*, julio-septiembre 1968, por Diego Mosquete; *Revista Etudes Internationales de Psycho-Sociologie Criminelle*, núms. 11, 12, 13, 14 y 15, 1967 y 1968, por Javier Sáenz de Pipaón y Mengs.—ITALIA: *Quaderni di criminologia clínica*, abril-junio 1968, por Domingo Teruel Carralero.—SUÍZA: *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, abril-junio 1968, por Domingo Teruel Carralero.

Suscripción anual: España, 300,— pesetas
Extranjero, 400,— pesetas

Numero suelto: España, 125,— pesetas
Extranjero, 150,— pesetas