

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXVII
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMLXXIV

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:

EUGENIO CUELLO CALON (†)

Directores:

JOSE ANTON ONECA
Catedrático jubilado de Derecho penal

JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA
Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense

Redactor-Jefe:

DIEGO MOSQUETE MARIN
Profesor Adjunto de Derecho penal de la Universidad Complutense

Secretario:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG
Profesor Agregado de Derecho penal de la Universidad Complutense

Vicesecretario:

PEDRO-LUIS YANEZ ROMAN
Profesor Adjunto de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid

Consejo de Redacción:

MARINO BARBERO SANTOS
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valladolid

FERNANDO DIAZ PALOS
Magistrado del Tribunal Supremo

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ
Magistrado de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo

ANTONIO FERRER SAMA
Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid

JOSE CEREZO MIR
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO
Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

MANUEL COBO
Catedrático de Derecho penal y Director del Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia

ADOLFO DE MIGUEL GARCI-LOPEZ
Presidente de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo

JUAN CORDOBA RODA
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO
Catedrático de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid

ANGEL TORIO LOPEZ
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de La Laguna

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Oviedo

INDICE

Sección Doctrinal

	<u>Páginas</u>
Heinz Mattes— <i>In memoriam</i> —, por Marino Barbero Santos	5
El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos, por Angel Torio López ...	25
La estructuración jurídica del delito culposos, problema actual de la dogmática, por Ruperto Núñez Barbero	61

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, 800 ptas. Extranjero, 950.

Precio del fascículo suelto: España, 350 ptas. Extranjero, 450 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Ultimo fascículo aparecido: Septiembre-diciembre 1973.

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 ESTUDIO JURIDICOS

SERIE 1

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 XXVII
FASCICULO I**



**ENERO-ABRIL
MCMLXXIV**

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

HEINZ MATTES

— In memoriam —

MARINO BARBERO SANTOS
Catedrático de Derecho penal en la
Universidad de Valladolid

El 19 de marzo de 1973 ha fallecido en Friburgo de Brisgovia, tras larga y penosa enfermedad, soportada con admirable entereza, Heinz Mattes, uno de los penalistas no pertenecientes a nuestro mundo cultural, mejor conocedores del derecho penal de los pueblos hispánicos. Había nacido el 23 de julio de 1923 en Hanau, ciudad que hasta los días postreros de la segunda Gran Guerra reflejaba en las oscuras aguas del ancho Meno la bella estampa urbana de su rico medioeval, pasado. Su prematura muerte, no había cumplido aún cincuenta años, ha truncado una vida científica que sus altas dotes hacían presagiar de eminente en sumo grado. La obra que deja tras de sí —a la ya publicada es de augurar se añada en breve, merced al solícito cuidado de su esposa, la primera parte de su magnífico estudio sobre las *Ordnungswidrigkeiten*— basta, sin embargo, para evidenciar la amplitud de sus saberes, su extrema finura jurídica, la profundidad de sus juicios, un extraordinario conocimiento del derecho penal alemán y del de los países de lengua española.

Al igual que acaeció a todos los de su generación, la guerra jugó un papel importante en su existencia. Llamado a filas a los diecinueve años estuvo cinco bajo las armas. Durante ellos, hubo de soportar no sólo las privaciones propias de la vida del soldado, sino también las derivadas de una larga convalecencia de seis meses en un hospital italiano —por haber sido herido en Anzio-Nettuno, no lejos de Roma, en febrero de 1944—, y las unidas, hecho prisionero en Normandía en el siguiente octubre, a un todavía más largo cautiverio de tres años en un campo de concentración, cautividad que concluiría a fines de 1947, es decir, a los dos años bien cumplidos de terminada la universal contienda.

La consecución de la libertad no significaría, empero, para Mattes el cese de las penalidades causadas por la guerra. El retorno al hogar iba a ser cruel. En una sola noche, en poco más de veinte minutos de una sola noche, la del 18 al 19 de marzo de 1945, la bella Hanau, la

vieja y la nueva (*die Alt- und Neu-Hanau*), la que fue ciudad desde 1303, merced a la concesión, por parte del rey Alberto I (1) de los mismos *Rechten und Gewohnheiten* de que gozaba la vecina ciudad de Francfort —y que se convertiría en luterana poco después de la Dieta de Worms, de 1521, por obra del conde Felipe III—, y la que construyeron alrededor de 1600, en estilo renacimiento, los flamencos, valones y franceses calvinistas, que huían por razones religiosas de su respectiva tierra, y los judíos que, aceptando la invitación del conde Felipe Luis II, vinieron a habitar en ella el año 1614, sería por entero destruida. En breves instantes desapareció una doble ciudad plena de encanto, resultado del esfuerzo creador de muchas generaciones. Durante más de dos siglos hubo, en efecto, dos ciudades distintas, ambas protestantes, cuyas relaciones se regulaban por la *Kapitulacion* de 1597 y el *Transfix* de 1604 (2). La unión de ambas no se produjo hasta 1835. Los católicos, expulsados de Hanau con la Reforma, retornaron únicamente a ella dos siglos más tarde, en el XVIII, al reconocer Federico II de Prusia a todos sus súbditos las libertades de religión y de conciencia, pero hubieron de esperar a 1850 para tener iglesia propia, que consagró el obispo de Fulda y se dedicó a la Madre de Dios y a San Bonifacio.

La vieja y la nueva Hanau sólo quedaba en el recuerdo del que volvía. Habían desaparecido las evocadoras calles de la ciudad vieja: Markt-gasse, Metzgergasse, Steingasse, Schlossgase... y las espléndidas casas renacentistas de la nueva, cada una con nombre propio: «Zum güldenen Hammer», «Zum grünen Löwen», «Zum goldenen Schwan», «Zur weissen Lilie». También se convirtió en ruinas «Zum Paradies», la primera de todas, erigida en 1597, y que ostentaba en su fachada esta inscripción:

*Das erstaebaute Haus bin ich
Zum Paradies heisst man mich
Für Brand und Nath mich Gott bewahr
Gleichwie auch meinen nechsten Nachbar*

Pero el loco dios de la guerra no la respetó tampoco.

Había que levantarse sobre tanta desolación y estrago y reanudar el camino. En febrero de 1949 Mattes termina «mit Auszeichnung» el bachillerato —tras participar en un curso especial de recuperación para los que habían sido soldados—, e iniciaba los estudios de Derecho. De familia modesta, no puede vivir en Francfort, ni, como era y es costumbre entre los estudiantes alemanes, cambiar de Universidad, por lo que diariamente recorrerá, durante ocho semestres, los 18 kiló-

(1) LÜBECKE, Fried, *Hanau, Stadt und Grafschaft*, Colonia, 1955, pág. 51.

(2) LÜBECKE, Fried, ob. cit., pág. 153.

* Soy la casa primeramente construida

Me llaman "Al Paraíso"

Dios me protege del fuego y de las calamidades

Al igual que a las casas vecinas

metros que separan Francfort de Hanau. El ferrocarril corre paralelo al río por una zona otrora aún más boscosa y exuberante, muchas veces inundada por el Meno, que nada más tiene allí un declive de 30 centímetros por kilómetro. Es la región donde se desarrollan y donde han surgido la casi totalidad de las fábulas y leyendas alemanas. Los hermanos Jakob y Wilhelm Grimm —ambos nacidos en Hanau, en la Casa del Corregimiento, de la Plaza de Armas, por ser su padre a la sazón escribano de la ciudad y del landgraviato, y a quienes Hanau ha dedicado en la Plaza del Mercado, ante la fachada principal del Ayuntamiento, un imponente monumento—, escribirían, v. gr., respecto de sus fábulas: «Alles ist, mit wenigen bemerkten Ausnahmen, fast nur in Hesen und den Main- und Kinziggegenden in der Grabschaft Hanau, wo wir her sind, nach mündlicher Überlieferung gesammelt». Siempre he pensado que los grandes conocimientos de tipo humanístico de Mattes, su afición a la literatura, su pasión por la historia, etc. —poseía una biblioteca privada de carácter literario espléndida— habían sido estimulados por su vinculación a Hanau, lugar de origen de los fundadores de la «Germanística». Al igual que el pasado —y el presente— calvinista de Hanau explicaban su escrupulosidad en materia religiosa.

En Francfort asistió principalmente a las lecciones y Seminarios de Derecho penal, impartidos por los profesores Class y Preiser, de Historia y Filosofía del Derecho, que explicaba el profesor Coing, y de Derecho comparado, y terminó en 1953 sus estudios de *Referendar* con la calificación de «gut».

En 1952 se reanudaban, por impulso del ministro federal de Justicia, Dr. Dehler —y a partir de 1953 por el de su sucesor en el cargo, Neumayer—, los trabajos para la reforma del Código penal alemán, interrumpidos por la guerra (3). Punto de partida fueron unos profundos estudios sobre algunas de las cuestiones más controvertidas a solucionar por la reforma, realizados por 17 catedráticos de Derecho penal (4); y también, al igual que en el primer impulso reformador de 1902, unas importantes investigaciones de Derecho comparado —aunque no de las pretensiones de la *Veraleichende Darstellung*— llevados a cabo, por encargo del Ministerio Federal de Justicia, por un grupo de jóvenes investigadores en el Instituto de Derecho penal extranjero e internacional de Friburgo de Brisgovia. Para redactar uno de ellos se trasladó precisamente Mattes a la hermosa capital de la Selva Negra.

El Instituto de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo había sido creado por Schoenke, con la denominación de Seminario, en 1938, justamente el mismo año en que sucedió a Kern en la cátedra de Derecho penal y procesal de la Universidad friburguesa. Nombre, el

(3) Ampliamente, sobre la reforma del Código alemán, en BARBERO SANTOS, *La reforma del codice penale germanico*, en "La Scuola Positiva", 1961, páginas 273 y ss. Versión castellana en "Estudios de Criminología y Derecho penal", Valladolid, 1972, págs. 63 y ss.

(4) Véase, *Materialien zur Strafrechtsreform*, Bonn, 1954, I, passim.

de «Seminar», que se sustituiría por el de «Institut» en 1947. Un par de años antes, a finales de 1944, cuando el «Seminario» hubo de ser mudado a un claustro vecino, como consecuencia de haber quedado la Universidad, por efecto de un bombardeo, parcialmente destruida, su biblioteca contaba ya 5.000 volúmenes (5). En 1953 su número era de 12.000 (6).

Era natural que la dirección de las investigaciones ius-comparatistas, estimadas, como es lógico, previas para la proyectada reforma a fondo del Derecho penal alemán, recayese en el penalista germánico mejor conocedor del Derecho extranjero, el profesor Schoenke (7), y que éstas hubieran de llevarse a cabo en el Instituto de Derecho penal extranjero e internacional de la Universidad de Friburgo de Brisgovia, que poseía los más ricos fondos para llevar a feliz término tal misión. El 1 de mayo de 1953, a poco de iniciados los trabajos, fallece, sin embargo, Schoenke de forma inesperada. A Lang-Hinrichsen incumbiría desde entonces, hasta su nombramiento el 1 de noviembre de 1954 como magistrado del Tribunal Supremo, la dirección de los estudios de Derecho comparado. Meses antes, el 1 de abril de 1954, Hans-Heinrich Jescheck era nombrado sucesor de Schoenke en la Cátedra de Derecho penal alemán y extranjero de la Universidad friburguesa y en la dirección del Instituto —que el 14 de junio adquiriría la forma jurídica de Fundación de Derecho público— y a partir del siguiente noviembre le competiría asimismo asumir la tarea que Lang-Hinrichsen tuviera hasta ese momento encomendada.

Mattes viene a la ciudad del Dreisam el 1 de enero de 1954 invitado por Lang-Hinrichsen (8). El objeto de su investigación es *Das Verwaltungsrecht*. Por su extensión (9) y densidad constituye indudablemente uno de los mejores trabajos realizados. En la síntesis que aparece en las «Materialien» (10) —nos referimos al volumen de la Parte especial—, el de Mattes es no sólo el trabajo más extenso, 35 páginas, sino también el que contiene mayor número de notas, 279. El de Kräsig, sobre *Wucher und Ausbeutung*, que le sigue en amplitud (33 páginas), tiene bastante menos: 147 notas. No faltan síntesis de tan sólo siete

(5) De acuerdo con Jescheck, la biblioteca del Seminario poseía al comienzo de la segunda guerra mundial unos 1.200 volúmenes y a su término algo más de 5.000 (*Das Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i. Br.*, 1938-1963, Berlín, 1963, pág. 13).

(6) JESCHECK, ob. cit., pág. 22.

(7) Cfr. LANG-HINRICHSSENS *Vorwort*, en "Materialien zur Strafrechtsreform", 2.º vol. I, Allg. T., Bonn, 1954.

(8) Agradezco ambas noticias a la gentileza de la señora Mattes.

(9) Como es sabido, en el volumen II de los *Materialien zur Strafrechtsreform* sólo se publicaron los resúmenes de las investigaciones llevadas a cabo. Pero en el Instituto friburgués y en el Ministerio Federal de Justicia se conservan copias de los trabajos originales. El de Mattes tiene una amplitud de 461 folios, a los que hay que añadir 154 que contienen la traducción al alemán de las leyes de los países estudiados relativas al tema y 71 del resumen, que impreso tendrá las 35 páginas a que nos referimos en el texto.

(10) *Materialien zur Strafrechtsreform*, Bonn, 2.º vol., II, 1955, pág. 499 y siguientes.

páginas, como la de Toebelmann, sobre *Angriffe auf die Ehe und Verletzung von Familien und Unterhaltungspflichten*, o la de Schwarz, sobre *Angriffe auf die Sittlichkeit*, con nueve notas, ninguna de ellas de carácter bibliográfico.

Este primer trabajo exterioriza ya la que estimo nota más característica del laborar de Mattes, su excepcional rigor científico. Y, por otra parte, va a determinar sus ulteriores preferencias investigadoras: la problemática del Derecho penal administrativo, la «cuestión más sobresaliente» —según Rodríguez Devesa— «que tiene hoy planteada el derecho punitivo» (11). Ciertamente, no se desarrolla en este estudio —y así lo reconoce el propio Mattes— una teoría del Derecho penal administrativo (12), pero allí están ya sus bases. De esta materia se convertiría, con el transcurso del tiempo, en uno de los máximos especialistas mundiales y, podría asegurarse, en el más agudo muy probablemente, de todos. Es, por ello, obligado, que se complete lo ya publicado, o a punto de ver la luz, con su ingente obra inédita, gran parte —varios cientos de páginas— en prensa, pero necesitada de revisión. El Instituto de Derecho penal extranjero e internacional de Friburgo —que tan en deuda está con Mattes, por haber sido tan grande la entrega de Mattes a él (13)—, podría dar cumplida cima a esta labor, ingrata, es cierto, pero inestimablemente valiosa. Con el valimiento que pueda darme, por un lado, la estrecha amistad que me unió a Mattes y el conocimiento de su obra inédita, y, por otro, mi vinculación y afecto al Instituto, ininterrumpidamente con hechos demostrado, me atrevería a sugerir a Jescheck, mi dilecto profesor friburgués, que los singulares medios que posee el Instituto se pongan al servicio de un fin que de su empleo es como pocos merecedor.

Cuando Mattes escribe *Das Verwaltungsunrecht* no conoce aún el derecho español, ni siquiera la lengua castellana. Las legislaciones que tiene en cuenta son las de Austria, Checoslovaquia, Francia, Suiza, Inglaterra, Estados Unidos y Países nórdicos. Pero tampoco conocen nuestro idioma, ni nuestro derecho, los restantes investigadores que en el Instituto laboran. Se necesitaba, empero, que uno de los colaboradores estuviese al frente de la sección de España y de América hispana del Instituto. Y Mattes acepta la plaza que Jescheck le ofrece. Con la finalidad de perfeccionar sus conocimientos de castellano y de Derecho penal español —iniciados al hacerse cargo de la sección de lengua española— Mattes viene a comienzos de 1956, el mismo año en que el Instituto se traslada de la sede central de la Universidad a la villa de la calle Günsteral, a la península. Durante varios meses de trabaja con su habitual

(11) RODRÍGUEZ DEVESA, *Prólogo* a la “Prisión preventiva”, de Mattes, traducción castellana de Gurdíel. Me es grato agradecer al profesor Rodríguez Devesa la deferencia de haberme permitido consultar el original, aún no publicado, de su enjundioso y emotivo prólogo.

(12) MATTES, *Das Verwaltungsunrecht*, en “Materialien zur Strafrechtsreform”, 2.º vol., II, 1955, pág. 499.

(13) Con ocasión de su fallecimiento, Jescheck reconoció que “in langjähriger Tätigkeit den Aufbau des Instituts (er hat) Wesentliches geleistet”.

dedicación en las Universidades de Madrid, Salamanca y Valladolid y, especialmente, en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Y anuda, favorecido por sus relevantes cualidades humanas, prontamente apreciadas, una serie de amistades con nuestros penalistas, preludio de las que le vincularán más tarde, de retorno en la ciudad de los Zähringern, con la generalidad de los que nos dedicamos en nuestro país al estudio de las ciencias penales. Antes de regresar a Alemania, Mattes pronuncia, el 15 de junio del año citado, una conferencia en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación sobre el tema *Organización y competencia de los tribunales alemanes y esquema del proceso, principalmente en materia penal*, base de dos artículos, *Organización y competencia material de los tribunales criminales en Alemania y Competencia de los tribunales alemanes, que aparecen en revistas españolas* (14).

A partir de esta estancia, el *modus hispanicus* conformará, en no pequeña medida, el ser de Mattes. Subyugado, al igual que tantos extranjeros viajeros en España durante los últimos siglos, por la idiosincrasia patria, por no pocos de nuestros hábitos —como el preferir, v. gr., la noche para la conversación, el esparcimiento o el estudio—, por unas ciudades y pueblos de humildes casas encaladas deslumbrantes de blancura, casi hirientes a la vista, bañadas por el sol, de viejos palacios de piedra ornados de escudos, de plazuelas recoletas, donde aún era dable escuchar el crotoar de las cigüeñas, dominadoras de humildes espadañas de conventos o de orgullosas torres de iglesias, etc.; porque todavía la vieja y admirable España, que tantos restos conservaba de su esplendoroso pasado —a pesar de la francesada, de las desamortizaciones y de la guerra civil del 36—, no había sido ofrendada al dios Moloc de los desafueros capitalistas, al egoísmo imperdonable de unas sociedades destructoras de nuestro pretérito artístico y de nuestras bellezas naturales llamadas inmobiliarias o empresas multinacionales. Mattes se convierte por éstas y tantas otras cosas que aquí difieren —mejor sería decir, diferían—, de las que prevalecen en el resto de Europa, en un enamorado de España, en el mejor pregonero alemán de lo hispánico, incluido naturalmente su derecho.

El tema del Derecho penal administrativo va a compartir en adelante sus preferencias con temas referentes al Derecho penal de nuestro mundo cultural. Apenas ha transcurrido un año del retorno a Friburgo, Mattes publica una excelente traducción del Código penal argentino, precedido de una estupenda *Introducción*, de más de treinta páginas, enriquecida tanto la introducción, como la versión del Código, por abundantísimas, pero imprescindibles, notas. El autor más citado es Jiménez de Asúa, de quien Mattes se convertirá en un apasionado admirador, hasta el extremo de que escribirá —cuando el eximio jurista y maestro español fallezca en Buenos Aires— el mejor estudio

(14) El primero se publicó en el "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1956 (IX), pág. 335 y ss., y el segundo en la "Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación", 1960, pág. 39 y ss.

llevado a cabo sobre su vida y sobre su obra. Pero de ello nos ocuparemos más adelante (15).

Sobre el derecho argentino vuelve en 1963, redactando un acabado *Informe* acerca del Proyecto Soler (16), pulcramente traducido al castellano por el Dr. Conrado A. Finzi (17). No cede Mattes a la fácil tentación de estudiar el proyecto argentino sobre la base del proyecto alemán, a la sazón recién publicado —aunque no excluye una cierta comparación entre ambos (18)—, sino que lo verifica teniendo en cuenta los postulados político-criminales generalmente imperantes, lo que otorga a su investigación un superior valor. Una lectura atenta del *Informe* muestra que el penalista alemán estima que el Anteproyecto de Sebastián Soler mejora en no leves aspectos el Código de 1921, aunque respecto de otros su postura es moderadamente crítica.

El mismo año en que aparece la versión alemana del Código argentino, 1957, se inicia conmigo la amplia lista de penalistas españoles que pasarán largas temporadas de investigación en Friburgo de Brisgovia. Dos factores —junto a otros, naturalmente, como el magisterio de Jescheck—, influyen en la elección: la magnífica biblioteca del Instituto —que se ha ido convirtiendo en la primera del mundo en su especialidad (19), incluida la sección española, obra de Mattes, la más completa fuera de nuestro país, superior incluso a la de alguna de nuestras Facultades—, y la propia presencia de Mattes, auténtico ayudador, cooperario y amigo de todo español que al Instituto llega.

La relación inicial invariablemente se entablaba con Mattes, y desde el primer instante se tenía clara conciencia de que con su acogimiento, gentileza y hospitalidad desaparecían no pocos de los obstáculos que presenta la adaptación a un país que jamás resulta llana para quienes proceden del mediodía europeo. Al principio y siempre, Mattes resolvería además las mil y una dificultades que suelen plantearse en Alemania a los no autóctonos y estaría permanentemente dispuesto a facilitar el discurrir por un derecho tan dispar del nuestro. Mattes cumplía gustoso estos cometidos, tanto porque una de las más admirables cualidades suyas era la generosidad o altruismo, como porque se encontraba «a sus anchas» entre los latinos, quizá porque como «hanauer» pertenecía al «Decumatenland», es decir, a una de las zonas más romanizadas de Alemania —desde Domiciano, el año 82— que se extiende entre

(15) MATTES, *Das Argentinische Strafgesetzbuch*, Berlín, 1957.

(16) MATTES, *Der argentinische Entwurf zu einem Strafgesetzbuch von 1960*, en "ZStW", 1963 (71), págs. 311 y ss.

(17) MATTES, *Informe sobre el proyecto de código penal argentino de 1960*, versión castellana de C. A. Finzi, en "Cuaderno del Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Córdoba" (Argentina), 1965 (XV), págs. 9 y ss.

(18) MATTES, ob. últim. cit., pág. 18.

(19) Para conocer la evolución del Instituto hasta el año 1963 es imprescindible el estudio de JESCHECK, ya citado, *Das Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i. Br.*, 1938-1963, Berlín, 1963, passim. Para seguir su desarrollo hasta el año 1968, véase: RIEGERT, *The Max-Planck-Institute for foreign and international criminal law*, en "The American Journal of Comparative Law", 1968 (16), pág. 247 y ss.

el Rin y el Danubio (20); y asimismo porque incontables de las grandes cualidades que poseía, e incluso alguno de sus defectos, eran parejos a los nuestros, que él tan bien conocía y, respectivamente, apreciaba o disculpaba. Una última razón pudiera hallarse en la sobresaliente calidad del grupo español, constituido por algunos de los más eminentes penalistas actuales, y, entre los más jóvenes, por un sin número de quienes puede presagiarse que llegarán a serlo. El contacto con este grupo no podía resultar indiferente a quien tan interesado estaba y tan buen conocedor era de nuestra cultura y de nuestro derecho.

El resultado del complejo de causas citado es este: que el Instituto de Derecho penal friburgués —desde el 1 de julio de 1966 Instituto Max-Planck—, se ha convertido en el centro extranjero que ha atraído hasta ahora una cantidad mayor de penalistas patrios. Se debe augurar que el fallecimiento de Mattes no menoscabe unas relaciones personales hispano-germánicas realmente fecundas en el ámbito de la disciplina que cultivamos, a cuyo desarrollo el extinto contribuyó de manera decisiva. Para evidenciar su magnitud basta reproducir el elenco de españoles —nos excusamos si omitiéramos involuntariamente algún nombre— que ha investigado hasta el 31 de diciembre de 1973 en el Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional:

Agudo, María Victoria	(Sevilla)
Bajo Fernández	(Madrid)
Barbero Santos	(Valladolid)
Beristain Ipiña	(Valladolid/San Sebastián)
Cerezo Mir	(Zaragoza)
Escrivá Gregori	(Barcelona)
García Pablos	(Madrid)
Gimbernat Ordeig	(Madrid)
Gurdiel Sierra	(Madrid)
Huerta, Susana	(Madrid)
Jorge Barreiro	(Madrid)
Landecho, Carlos María	(Deusto)
Luzón Peña	(Madrid)
Llompert, José	(Tokio)
Mir Puig	(Barcelona)
Núñez Barbero	(Salamanca)
Polaino Navarrete	(Sevilla)
Quintero Olivares	(Barcelona)
Rodríguez Devesa	(Madrid)
Rodríguez Mourullo	(Madrid)
Silva Nicolás, Ana Isabel	(Madrid)
Suárez Montes	(Oviedo)
Toledo, Octavio A.	(Madrid)
Yáñez Román	(Madrid)

(20) Debe su nombre a la "decima" que debían pagar los veteranos allí afincados al fisco romano.

Friburgo, por supuesto, ha atraído desde antiguo a los estudiosos españoles. Inclination correspondida por la atracción hacia lo español por parte de Friburgo. El primer compatriota nuestro que en aquella Universidad se doctora quizá sea Francisco Madrigal —predicador palatino más tarde del margrave de Baden—, que había sido discípulo en Ingolstadt del famoso teólogo, también español, Gregorio de Valencia, y que una vez que convalida en Friburgo en noviembre de 1585 el grado de licenciado en teología defiende su tesis sobre *De legitimis Ecclesiae pastoribus*. Su «Doktorvater», según Vincke, debió ser Jodocus Lorichius, admirador de lo español, como lo muestra su traducción al alemán de la obra de Diego de Estella *De contemnendis mundi venietatis libros tres* y el que hiciera imprimir en Munich *Speculis vitae humanae synopsis*, de Rodrigo Sánchez de Arévalo, obispo que fue de Zamora, Calahorra y Palencia (21). Entre los múltiples ejemplos posteriores de la valoración friburguesa en lo hispano desearía solamente aludir al hecho —obvias razones nos obligan a renunciar a un análisis más completo— de que en sus Estatutos de 1632 la Facultad de Teología recomendase la utilización de las obras de Francisco Suárez y de Gabriel Vázquez.

Ya en este siglo, en 1921, Wenceslao Roces inicia un camino —estudiar en Friburgo— que va a ser seguido por un conjunto numeroso y calificado de juristas españoles: Ramón Carande Thovar, José Antonio Rubio Sacristán, Manuel Torres López y Eduardo Lloréns. A él se unen poco después Antonio Luna, Román Rianza y algún otro. Y, a comienzo de los años treinta, Juan del Rosal, Jaime Masaveu, José Corts Grau y Antonio Truyol Serra (22).

Una nota fundamental distingue a este grupo del que años más tarde, a partir de 1957, se vinculará al Instituto de Derecho penal extranjero e internacional: que no todos los citados vinieron a especializarse en la misma disciplina, ni, en consecuencia, a seguir principalmente las lecciones de un mismo maestro. Unos se interesaban por la economía, otros por la historia del derecho, el derecho romano, el derecho constitucional, el derecho penal o la filosofía del derecho. Sus respectivos profesores fueron por ello distintos también: von Below, von Schwerin, Pringsheim, Erik Wolf, etc. Algo no dispar ocurre igualmente con el gran número de estudiantes o graduados en medicina, filosofía, teología, economía, etc., que a Friburgo acuden terminada la Segunda Guerra Mundial. El caso pues de las relaciones hispano-germánicas en el marco del Instituto de Derecho penal (con 24 investigadores —muchos de ellos plurirreiterantes— en diecisiete años) es no sólo único, sino prácticamente irreplicable: alemanes y españoles debemos estar por ello igualmente interesados en que no se produzcan en estas relaciones la menor

(21) Cfr. VINCKE, J., *Die Universität Freiburg im Breisgau in ihren spanischen Beziehungen*, en "Beiträge zur Freiburger Wissenschafts- und Universitätsgeschicht", Friburgo de Brisgovia, 1965 (33), pág. 3 de la separata.

(22) VINCKE, ob. cit., pág. 20.

quiebra. Porque así ocurra hemos de manifestar nuestros más fervidos votos.

Cuando Mattes da fin a *Das Verwaltungsunrecht* para los «Materien» no por ello el tema dejará de ser objeto de su preocupación científica. Cada vez le interesa más la problemática del Derecho penal administrativo, de tantas dificultades en el ámbito especulativo y de tanta trascendencia en el práctico. Elige, por ello, como título de su tesis doctoral *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, a cuya elaboración se va a dedicar durante varios años con absorbente y serena asiduidad, sólo rota por el cúmulo de sus deberes en el Instituto: asesoramiento sobre ponencias relativas a países de nuestra lengua; fomento de las relaciones científicas en el ámbito penal con estos países; elaboración de dictámenes traducciones o supervisión de las realizadas por otros colaboradores acerca de textos legales de los países de lengua castellana; despacho y representación del director en los asuntos de trámite; redacción de anteproyectos de dictámenes para el director, etc. A pesar de estas ocupaciones, que le distraían con exceso de su trabajo fundamental, Mattes multiplica su horario de trabajo y da cima, en 1959, a su tesis doctoral, que obtiene la máxima calificación de «summa cum laude». Creo que el mejor elogio que de ella puede hacerse es que supera a gran número de «Habilitationsschriften», estudios de subida calidad intelectual que, como es sabido, otorgan la «venia legendi», es decir, la facultad de enseñar en las Universidades tudescas (23).

Son los autores alemanes, sin duda, los que han escrito las mejores páginas acerca del Derecho penal administrativo. Y existe una línea que parte de Golschmidt y, a través de E. Wolf, llega con E. Schmidt a nuestros días en la que se encuentran las más descollantes aportaciones (24). Mientras que de su escaso eco en otros países, v. gr., Italia, se lamentaría el mismo Goldschmidt en el artículo *Le contravvenzioni e la teoria del diritto penale amministrativo*, publicado en «Per il cinquantenario de la Rivista penale fondata e diretta da Luigi Lucchini», con estas palabras: La teoria del diritto penale amministrativo non a trovato oltralpe la sperata risonanza (25). No faltan, empero, notables

(23) Si esta expresión quiere tener el valor de una alabanza es porque no nos referimos a los actuales escritos de habilitación, cuyo valor científico, en ocasiones, no es al que los alemanes nos habían acostumbrado. Véase al respecto la recensión de POLAINO NAVARRETE al escrito de habilitación de Winfried HASSEMER (*Theorie und Soziologie des Verbrechen*, Frankfurt del Meno, 1973) publicada en el «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1973, págs. 456 y ss. Según Polaino, el *Habilitationsschrift* se ha convertido en «poco más que un puro trámite burocrático», lo que es de lamentar.

(24) No debe olvidarse que, con anterioridad a Goldschmidt, el problema de las «*Bagatellsachen*» había sido muy controvertido. O. Mayer, von Stein, von Liszt, etc., abogaron ya por separar del Derecho penal, como nos enseña Jiménez de Asúa, los llamados «delitos de policía».

(25) GOLDSCHMIDT, J., *Le contravvenzioni e la teoria del Diritto penale amministrativo*, en «Per il cinquantenario della «Rivista penale» fondata e diretta da Luigi Lucchini», 1925, pág. 414.

contribuciones italianas; lo que ocurre es que al problema se le ha dado en el país latino solución distinta a la alemana (26).

La concepción del Derecho penal administrativo se origina en la teoría del Derecho penal de policía, que parte a su vez de la doctrina del derecho natural de la Ilustración, que diferenciaba entre delitos naturales y legales. Desde un punto de partida individualista —por entender que el ordenamiento jurídico sólo es dable concebirlo desde el individuo como tal—, delitos naturales únicamente podían ser los ataques a derechos subjetivos individuales (transgresiones o concreto peligro). Mientras que los «injustos policiacos» se creaban por el Estado sólo a causa de una a ellos inmanente peligrosidad general, o sea, con el fin de evitar «la posible» producción de daños en los derechos individuales.

De la misión originaria del Estado liberal de policía, de proteger de peligros al particular, surgió otra más amplia de cuidar de la asistencia o bienestar social (*Wohlfahrt*) de la colectividad. Pero estos fines del Estado benéfico-social seguían siendo indiferentes desde el plano de la Justicia.

El ser propio del hombre era el del individuo como tal, y sólo desde él se comprendía el ordenamiento jurídico y el concepto de la Justicia. La tarea de cuidar del buen orden en el ámbito de la vida social y de la beneficencia general incumbía específicamente al Estado. Los deberes y derechos que se refieren al particular como individuo configuran su posición dentro del ordenamiento jurídico (y su lesión constituye una infracción penal), mientras los que le afectan como ser social aluden a su posición en relación con la Administración (y su lesión constituye una infracción administrativa). Estos son los presupuestos sobre los que se constituyen las concepciones de Goldschmidt, Wolf y Schmidt que, muy brevemente, pasamos a sintetizar.

Goldschmidt contempló el dualismo individuo-Estado en el hombre mismo, que es, por una parte, individuo, y por otra, ser social (27). Los deberes y derechos que se refieren al particular como individuo configuran su posición dentro del ordenamiento jurídico, mientras los que le afectan como ser social poseen una naturaleza del segundo rango y aluden a su posición en relación con la Administración (28). Las

(26) Véase, por ejemplo, ROCCO, *Sul così detto Diritto penale amministrativo*, en "Rivista di Diritto pubblico", 1909, págs. 385 y ss. LONGHI, *Sul casi detto Diritto penale amministrativo*, en "Rivista di Diritto pubblico", 1910, pág. 354. ZANOBINI, *Sui rapporti fra il diritto amministrativo e il diritto penale*, en "Studi di senesi", 1922, pág. 200. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Nápoles, 1925. CELENTENO, *L'esistenza ed el contenuto del diritto penale amministrativo*, Nápoles, 1928, etc. Aparte de ello, del tema se ocupan en sus tratados la generalidad de los autores.

(27) De la teoría de Goldschmidt escribió Beling que uno no sabe de qué asombrarse más, si de la tesis misma o de sus consecuencias. Véase BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tubinga, 1906, pág. 34.

(28) GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, reimpresión de ed. de Berlín de 1902, Aalen, 1969, pág. 529 (*Wollendürfen und Wohlfahrt als menschliche Interessen kollidieren an sich. Sie führen einen Kampf in jedes Menschen Brust*) y 538.

normas del Derecho penal administrativo son, para Goldschmidt, creaciones positivas del Estado y no ponen de manifiesto el convencimiento ético interno de la sociedad, sino la voluntad del Estado. La antijuridicidad penal se concreta en un menoscabo de bienes jurídicos individuales (*damnum emergens*); mientras la antijuridicidad administrativa se reduce a un no favorecimiento de un fin (*lucrum cesans*) (29).

De la concepción de Goldschmidt parte Wolf quien estima que una diferencia entre el Derecho penal de Justicia y el Derecho penal administrativo consiste en que el autor de una acción criminal no observa el mínimo ético de la delimitación jurídica, en que infringe el convencimiento ético íntimo de la sociedad; mientras que el autor de una violación de bienes de asistencia o bienestar social (*Wolffahrtsgüterverletzung*) únicamente muestra carencia de celo social, no actúa antijurídicamente, sino «no correctamente» (*ungut, unwohl*) (30). La antijuridicidad material estriba en la «conmoción de la conciencia objetiva del derecho» (*Erschütterung des objektiven Rechtsbewusstseins*) (31). Y la conciencia de obrar antijurídicamente pasa a ser el elemento más importante del dolo en el Derecho penal administrativo (32).

Schmidt, también sobre los surcos trazados por Goldschmidt y Wolf, quiere separar cualitativamente también entre pena criminal (*Rechtstrafe*) y pena administrativa (*Verwaltungsstrafe*) (33). La antijuridicidad criminal toca los valores éticos fundamentales del orden jurídico, mientras las contravenciones administrativas sólo afectan al interés del Estado a la ejecución libre de trabas de sus tareas administrativas. La antijuridicidad material del delito de Justicia se muestra en el daño o peligro concreto de un bien jurídico; la del delito administrativo, por el contrario, se agota en el incumplimiento de un deber de obediencia a las autoridades administrativas. La pena administrativa se concreta, pues, en el ejercicio de una coacción por parte de la Administración como reacción de la autoridad competente a la infracción de un deber de obediencia (34).

El significado de la contribución de Mattes al tema es el siguiente: oponerse a la doctrina de su país, sostenida muy particularmente por los tres autores citados (aunque no falten en absoluto cualificados con-

(29) GOLDSCHMIDT, ob. cit., págs. 544-545.

(30) WOLF, E., *Stellung der Verwaltungdelikte im Strafrechtssystem*, en "Festgabe für R. Frank zum 70. Geburtstag", Tubinga, 1930, II, pág. 525.

(31) WOLF, ob. cit., pág. 567.

(32) WOLF, ob. cit., pág. 575 (*Das Wissen von Unrecht macht das Hauptelement des Verwaltungsstrafrechtlichen Vorsatzes aus*).

(33) Aunque Eberhard SCHMIDT (*Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, Tubinga, 1950, pág. 40) critica a Goldschmidt el no haber realizado una exposición clara de la esencia, sentido y significado funcional de la "pena administrativa", reconoce que "sie auch für ihn ein aliud gegenüber der Kriminalstrafe... ist".

(34) SCHMIDT, ob. cit., pág. 48 (*Die Geldbusse/... ist eine nüchterne Zweckmäßigkeitsmassnahme der Verwaltung, die mit ihr zur Ordnung und Gehorsampflichttruff*).

traductores) (35), que pretende distinguir ontológicamente entre un derecho penal criminal y un derecho penal administrativo.

Un análisis histórico del Derecho penal de policía, es decir, administrativo, le ha indicado —son sus palabras— que no existe una diferencia histórica entre un Derecho penal de policía y un Derecho penal de Justicia («*Verwaltungswidrigkeiten*» y «*kriminellen Unrecht*» (36), mientras un estudio de la legislación comparada le muestra que los hechos motivadores de la doctrina de las contravenciones al orden han sido conocidos en otros ordenamientos jurídicos sin haber conducido a un Derecho de contravenciones administrativas (37).

Se ocupa después de la hipotética distinción esencial entre las acciones penales y las contravenciones al orden, estimando que si se diferenciaran esencialmente las «*Ordnungswidrigkeiten*» del ilícito criminal debería ser posible encontrar caracteres materiales diversificadores que permitieran asignar cada figura particular, desde el principio, a uno u otro campo. La constatación de que no existe una tal característica material diferenciadora, niega al mismo tiempo la existencia de un derecho autónomo de contravención al orden o penal administrativo (38). Para mostrarlo, rebate la doctrina que coloca el fundamento del Derecho penal administrativo en la contraposición entre individuo y ente social. Derecho, son sus palabras, «tiene» el hombre no como individuo (para Robinson no hay derecho alguno), sino siempre únicamente dentro de una sociedad. El ser peculiar del hombre se convierte en real para el Derecho sólo mediante su reconocimiento jurídico. El hombre toma parte en el ordenamiento jurídico como ser social y mediante ello se le abre —y garantiza— realmente la posibilidad de realizar su ser individual. Con este argumento se arruina el fundamento sobre el que se apoya la tesis de Goldschmidt y de sus seguidores de un dualismo persona individual-persona social. No se puede fundamentar por ello la diferencia entre Derecho penal y Derecho de contravenciones al orden en la contraposición entre persona individual y persona social, entre deberes de la persona-ser individual frente a otros individuos y deberes de la persona-ser social frente a la sociedad (39).

(35) FRANK, BELING, BINDING, H. MAYER, etc., y, especialmente, TROPS, *Begriff und Wert eines Verwaltungsstrafrechts*, en "Strafrechtl. Abhandlungen", 1926 (208).

(36) MATTES, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, Tesis doctoral, Friburgo de Brisgovia, inédita, pág. 71.

(37) MATES, ob. últ. cit., pág. 397.

(38) Con palabras no muy diversas utilizó el mismo argumento Rodríguez Muñoz: "Es indudable, escribe, que podría formarse con gran número de estas que el Código considera como faltas ("contra el orden público" o "contra los intereses generales y régimen de las poblaciones") un propio libro, o incluso un Código de las Contravenciones, separado del Código penal. Pero esto no quiere decir en modo alguno que exista una diferencia de fondo sustancial que, «a priori», señale qué infracciones tienen verdadero carácter de delitos y cuáles otras revisten sólo naturaleza de injusto policíaco". Véase, *Notas* al "Tratado de Derecho penal", de Mezger, Madrid, 1955, I, págs. 10-11.

(39) MATTES, ob. últ. cit., pág. 423.

El pensamiento de la falta de coloración ética de las denominadas contravenciones al orden también ha sufrido el embate de su crítica: el Estado arguye, puede únicamente colocar bajo pena o «*Geldbusse*» aquellas acciones que moralmente —es decir, de acuerdo con las convicciones éticas fundamentales que rigen en una sociedad de Derecho— son desvaloradas. Los mandatos y prohibiciones legales obligan en el Derecho de las contravenciones al orden sólo si poseen un valor final reconocido éticamente; en caso contrario se trataría de una desnuda coacción carente de fuerza obligatoria. Toda figura delictiva sea del Derecho penal, sea de las contravenciones al orden, debe estar basada en la ética. Con ello no se afirma que cualquier disposición del Estado, por el hecho de su promulgación, sea éticamente buena. Esto toca otro problema, a saber, la frontera del poder de imposición jurídica estatal en general y, en particular, en el ámbito jurídico-penal (40).

Las contravenciones al orden no poseen tampoco, como se ha pretendido, el carácter de una simple desobediencia frente al Estado-Administración, ya que los mandatos estatales deben brotar siempre de una situación histórica dada y ser pedidos y estar en consonancia con el convencimiento moral de la sociedad. Han de dar ordenación (justa) a ese convencimiento. La concepción de las contravenciones al orden, como delitos de simple desobediencia, no es tampoco admisible por otros motivos: pues si hubiera delitos de desobediencia debería castigarse toda desobediencia (frente a órdenes estatales), no sólo las violaciones de determinados mandatos o prohibiciones. Por otra parte, hablar de pretensiones éticas indiferentes en relación a la obediencia es confuso, puesto que la obediencia es un concepto ético (41).

En contra de la tesis de Wolf objeta Mattes que cifrar la antijuricidad en la «conmoción de la conciencia objetiva del Derecho» es perderse en vaguedades y señalar como nota distintiva del dolo la conciencia de la antijuricidad implica renunciar fuera de las faltas a lo que hoy tiende a imponerse como un progreso importante en todo el Derecho criminal.

En conclusión, para Mattes no existe una diferencia ontológica entre acciones penales y contravenciones al orden. Más aún, para él no existen contravenciones al orden en el sentido que defiende generalmente la doctrina alemana, y la «*Geldbusse*» o infracción reglamentaria constituye en realidad una pena en el pleno sentido de la palabra. Reconoce, no obstante, que en la doctrina de las contravenciones al orden hay un objetivo justo: evitar la mácula de la pena criminal propia a los autores de delitos mínimos. Constituye una exigencia de pura política criminal para la que no es necesaria la concepción del Derecho penal administrativo. En consecuencia en el «*Bagatellstrafrecht*», o derecho penal de mínima cuantía que propone las infracciones no se distinguirían cualitativamente de las penales, sino simplemente por una diferencia de grado; los tipos estarían descritos con precisión y de sus.

(40) MATES, ob. últ. cit., págs. 473-476.

(41) MATTES, ob. últ. cit., pág. 477.

violaciones conocería un juez especial mediante un procedimiento muy simple.

La concepción expuesta, para cuya exposición nos hemos servido fundamentalmente de su Tesis doctoral, no la modifica Mattes en la reelaboración a fondo a que la somete durante un largo período de casi tres lustros. Por atención de la doctora Mattes, vamos a reproducir a continuación los resultados a los que su esposo llega —como resumen de su investigación en el ámbito histórico y ius-comparatista— en el volumen I, a que más arriba aludimos, de inminente publicación —al menos así lo auguramos— merced a su propia puesta a punto.

«Las causas —escribe Mattes— que motivaron el surgir de la doctrina de las contravenciones al orden son conocidas también en otros ordenamientos jurídicos, pero no han originado en ellos un propio derecho de las contravenciones al orden o administrativas. En síntesis, puede por ello afirmarse que no es posible evidenciar, mediante una vía empírico-comparativa, la existencia de propias contravenciones al orden o administrativas (es decir, que resulten de la naturaleza de las cosas o que se apoyen en una diferenciación material de las distintas acciones). No es posible apreciar una estructura genuina como la que parece fundamentar la doctrina de las contravenciones al orden, según sus propias ideas, ya que si existiese debería evidenciarse en la composición de los derechos positivos. Ciertamente los distintos ordenamientos jurídicos han desarrollado fórmulas con el fin de conseguir múltiples fines prácticos similares a los que aspira a lograr la teoría del Derecho penal administrativo, pero sin adoptar sus exigencias teóricas, ni romper la unidad del Derecho penal» (42).

La concepción de Mattes es la tradicionalmente sostenida por la doctrina española, siendo difícil, v. gr., superar la argumentación utilizada por Dorado Montero para rechazar la tesis que admite una diferencia esencial entre delitos y contravenciones: 1) la facultad, por parte del legislador, para trasladar al catálogo de los delitos hechos que figuran en el de las contravenciones, y viceversa; 2) el incremento constante, fácilmente observable, de la esfera de las contravenciones, a expensas de la de los delitos. A su juicio, la contravención no es otra cosa que un *delito venial* (con palabras de Pacheco). Si un hecho exterioriza que contiene elementos suficientemente peligrosos para la existencia individual o el orden social constituye un delito o un crimen; si el peligro que manifiesta es menor, constituye una contravención. No existe entre aquéllos y ésta una diferencia cualitativa, sino cuan-

(42) MATTES, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, página 353 del vol I, en prensa. De obligada consulta respecto al tema son también los siguientes estudios de MATTES, *La réforme du droit des infractions réglementaires dans la République Fédérale d'Allemagne*, en "Revue internationale de droit pénal", 1967 (38), págs. 437 y ss., y *Die Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten*, en "ZStW", 1970 (82), págs. 25 y ss.

titativa (43). Este desnivel cuantitativo, que en las zonas fronterizas es insignificante, adquiere la mayor importancia —como observa Antón Oneca— al elevarse a los puntos extremos (asesinato y atravesar un plantío, por ejemplo), y entonces las diferencias cuantitativas valen tanto o más que las cualitativas. La construcción del Derecho penal administrativo es, por consiguiente, más ideológica que dogmática y jurídica (44).

De los escritos de Mattes dedicados al Derecho español, un par lo constituyen sendas notas necrológicas sobre dos de nuestros más eminentes penalistas: Quintano Ripollés (45) y Jiménez de Asúa (46). En ambas analiza, como es habitual, su vida y su obra. Por tratarse de dos de los panalistas patrios más significativos, el examen de su contribución científica representa al mismo tiempo la exposición de una época particularmente brillante de la ciencia penal hispana: precisamente la que se inicia con Jiménez de Asúa y culmina con su propia obra y la de Antón Oneca, Rodríguez Muñoz, Jiménez Huerta, Ruiz Funes, el P. Pereda, Quintano, etc. Ambas notas están escritas con rigor científico, pero también con la prodigalidad afectiva en él natural cuando se ocupaba de las cosas de nuestro país. Más breve la de Quintano —por estar entonces absorbido en dar fin a su Tesis doctoral— justifica la relativa concisión con el elogio de que «querer someter su obra científica a una valoración crítica en el marco de las líneas que siguen constituiría una osadía intolerable aunque sólo fuese en razón de su número y de su volumen (47). A pesar de ello se arriesga, y con acierto, a exponer su opinión sobre ella; mientras desde el plano humano concreta su juicio con la expresión altamente laudatoria de la «spanischer Grandez» de su personalidad (48).

El eximio penalista español muerto en el exilio, don Luis Jiménez de Asúa, es, sin la menor posibilidad de discrepancia, el penalista no perteneciente al orbe cultural germánico a quien más debe, en los últimos decenios, la difusión de la ciencia penal alemana fuera de sus fronteras idiomáticas. A pesar de ello, de que se tratase del penalista de lengua castellana más universalmente conocido y de que hubiese colaborado con no escasa frecuencia en revistas alemanas, Mattes pudo escribir en el exordio de su estudio —lo que constituye un dolorido «*mea culpa*— «*knüpfen sich an seinen Namen (...) in der strafrechtlich interessierten Öffentlichkeit Deutschlands doch keine konkreteren Vorstellungen über Person und Werk dieses Mannes*».

(43) DORADO MONTERO, *Des contraventions. Définition, répression et procédure*, rapport, Union International de Droit Pénal, Congreso de Lisboa, 1897, páginas 264-265.

(44) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, Parte General, Madrid, 1949, páginas 9 y 10.

(45) MATTES, *Nachruf auf Antonio Quintano Ripollés*, en "ZStW", 1967 (79), págs. 869 y ss.

(46) MATTES, *Jiménez de Asúa. Leben und Werk*, en "ZStW", 1972 (84), páginas 149 y ss.

(47) MATTES, *Nachruf auf Antonio Quintano Ripollés*, cit., pág. 870.

(48) MATTES, *Nachruf auf Antonio Quintano Ripollés*, cit., pág. 873.

Para compensar este olvido, Mattes compone el más bello panegírico sobre su vida (fue fiel en todo momento a sus convicciones políticas (49); a su patria, a la que continuamente anheló volver, no obstante saber que la había abandonado para siempre; a su papel de intermediario entre los países del Nuevo Mundo y la antigua metrópoli; a su conciencia de ser por encima de todo profesor universitario español, etc.) (50), y el más exhaustivo estudio crítico sobre su ingente obra, en particular acerca de su *Tratado* que, a pesar de haber quedado inconcluso, en los siete volúmenes que comprende, con una suma de unas 8.000 páginas, es según Mattes, «das umfangsreichste systematische Werk über den Allgemeinen Teil des Strafrechts, das lie Literatur kennt» (51). Seguirle en su exposición significaría caminar junto a él en el examen de un amplia selección de las centenares de monografías que el singular penalista español escribió a lo largo de su fecunda existencia, lo que evidentemente excedería los límites de esta nota.

En 1968 el Instituto friburgués publica una edición puesta al día y ampliada de la que dirigiera Schoenke años antes acerca de «*Die strafrechtlichen Staatsschutzbestimmungen des Auslandes*». En esta ocasión la dirección corre a cargo de Jescheck y Mattes, quien se ocupa además de preparar el tema relativo a España (52), Como manifiesta Rodríguez Devesa, Mattes realiza una «perfecta y difícil versión, avalada por múltiples referencias, de los artículos relativos a la protección del Estado en el Código penal, Código de Justicia militar, Ley de masonería y comunismo y decreto de bandidaje y terrorismo (53), y a más de esto enriquece su estudio con 180 magníficas notas, seguido a larga distancia por el relativo a Italia, que contiene exactamente la mitad.

(49) MATTES, *Jiménez de Asúa. Leben und Werk*, cit., pág. 154.

(50) MATTES, obra citada en la nota anterior, pág. 153. Precisamente, Mattes y yo conocimos a Jiménez de Asúa—si la memoria no me es infiel—el mismo día, el 7 de noviembre de 1957, con ocasión de pronunciar al día siguiente en el Aula Magna de la Universidad de Friburgo la conferencia de inauguración de la X Reunión de la “*Kriminalbiologische Gesellschaft*”. El tema de su disertación era genuinamente españolista. Nada menos que “*Das spanische Rechtsdenken und sein Einfluss in Europa*” (apareció en la “*ZStW*”, 1958 (70), págs. 475 y ss.), como correspondía a su temperamento (hay una versión castellana más amplia que se publicó como libro en Buenos Aires, en 1958, bajo el título “*El pensamiento jurídico español y su influencia en Europa*”). La gigante personalidad de Jiménez de Asúa, aureolada con el nimbo de que por fidelidad a sus ideales sufriese la, para él insoportable, separación de su patria; la excelsitud que emanaba de su persona; su arrolladora simpatía y modestia en el trato en un momento en que estaba ya de vuelta de la arrogancia—por otra parte disculpable, dado su inmenso saber—de su juventud, etcétera, hacía la comunicación con él de un extraordinario atractivo. Mattes y yo anudamos entonces una amistad con Jiménez de Asúa, que ulteriores encuentros con él y una no escasa correspondencia epistolar, contribuyeron a ahondar.

(51) MATTES, *Jiménez de Asúa. Leben und Werk*, cit., pág. 174.

(52) MATTES, *Spanien*, en “*Die strafrechtlichen Staatsschutzbestimmungen des Auslandes*”, Bonn, 1968, págs. 328 y ss.

(53) Véase el *Prólogo* de Rodríguez Devesa a la versión castellana de “*La prisión preventiva*”, de Mattes, citado en la nota 11.

Si cito de nuevo este dato es porque evidencia —si necesidad de ello hubiere aún— la seriedad, el rigor, con que Mattes se ocupaba de cualquier tema objeto de su investigar. Algo raro hoy... incluso entre los científicos alemanes (54).

Pocos años más tarde, en 1971, el Instituto publica otra obra colectiva: «*Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalem Recht*». Mattes se encarga de nuevo del estudio relativo a España. Su exposición, a punto de ver la luz en nuestro idioma —como más arriba manifestamos—, constituye, la frase es de nuevo de Rodríguez Devesa, «la más completa visión de conjunto del derecho español sobre la materia» (55). El juicio es tan rotundo, y coincidente con el mío, que permite prescindir de cualquier otro que personalmente deseara expresar.

La última obra en que Mattes se ocupa de Derecho penal español —en esta ocasión de las fuentes jurídicas y bibliográficas de España— aparece póstumamente (56). Era tal su inclinación hacia el «Perfektionismus» que en su lecho de muerte a menos de veinticuatro horas de fallecer, sin posibilidad ya de escribir, dicta un par de correcciones a las pruebas de imprenta de este artículo, que su esposa le está leyendo. Su inclinación al «Perfektionismus» se concretaba en obras perfectas. En su género, también ésta es la mejor de que nuestro país dispone.

La enumeración citada no da fin a la lista de publicaciones de Mattes en el ámbito de la disciplina que cultivaba. Fue un comentarista perspicaz de sentencias jurisprudenciales (57), un divulgador puntual e informado de las modificaciones que en Alemania se producían en el ámbito penal y procesal (58), un autor sutil de recensiones o crítica de ibros (59), un experto conocedor del Derecho penal de la República Democrática Alemana (60), etc., pero estamos seguros que lo expuesto basta para justificar cumplidamente el doble juicio de que Mattes fue uno de los más finos penalistas alemanes de la postguerra, a pesar de que las parcas cortaran el hilo de su vida demasiado prematuramente,

(54) Con esto no se afirma que las obras alemanas actuales carezcan de notas —lo que en otras ocasiones, por otra parte, es cierto—, sino que bastantes veces éstas son de puro relleno.

(55) Remitimos a la nota 53.

(56) MATTES, *Spanien*, en Jescheck-Löffler, "Quellen und Schriftung des Strafrechts: Europa", Munich, 1972, I, págs. 243-269. Se trata de un volumen antedatado; en realidad no apareció hasta el verano de 1973.

(57) Véase, v. gr., MATTES, *Untreue und doppeltem Treueverhältnis-BGH* St 12, 207, en "JuS", 1961, págs. 184 y ss.

(58) JESCHECK-MATTES, *L'évolution du droit pénal et procedure pénale dans l'Allemagne* (años 1960-1961-1962-1963), en "Annuaire de législation française et étrangère".

(59) Véase, por ejemplo, las realizadas sobre los libros de Androulakis (*Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*) o Düwel (*Das Amtsgeheimnis*), en "Goldtdammer's Archiv für Strafrecht", 1968, págs. 312 y siguientes.

(60) MATTES, *Abtreibung und Schwangerschaftsunterbrechung in der sowjetisch besetzten Zone Deutschlands*, en "Abtreibung und Schwangerschaftsunterbrechung in den osteuropäischen Länder", Herrenhalb, 1962, págs. 23 y ss.

antes incluso de que pudiera acabar de tejer su obra magna acerca del Derecho penal administrativo, en cuya conclusión confiamos, y de que conoció mejor que ningún penalista no hispánico el Derecho penal de los países de nuestra lengua.

Heintz Mattes, «echte Bobbele» (61), a pesar de haber nacido en el área de Francfort, descansa desde el 22 de marzo de 1973 en el nuevo cementerio «Bergäcker» de Friburgo, a la sombra de los negros abetos de la floresta, que allí se abre en un claro de verdor. Como friburgués de elección, gustaba de las largas «caminatas» por la Selva Negra —acompañado de su esposa—, y bajo el cobijo de sus árboles y en Friburgo tenía que estar su última morada. Hoy somos otros los que tenemos que seguirle en su deambular, pero no por los intrincados caminos de los bosques que rodean la capital de la Brisgovia, sino por una vía bastante menos fácil: mantener, a la altura a que él las elevó, las conexiones, el trato, la correspondencia entre España y Alemania en el marco del Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional y en el ámbito de una ciencia necesitada hoy más que nunca de la mayor cooperación recíproca: el Derecho penal. Cumplir este deber y cooperar a que se lleve a cabo la puesta a punto de su ingente obra inédita es el mejor homenaje que se puede rendir a su memoria.

(61) “Bobbele” es el apodo afectuoso con que se conoce a los friburgueses. “Wir Bobbele” dicen ellos muchas veces de sí mismos —como escribe Franz Prinz zu SAYN-WITGENSTEIN, en su bello relato “Schwarzwald”, Munich, 1972, página 85—, “un damit eine Art selbstzufriedener Kleinbürgerlichkeit zu unterstreichen”.

«El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos»

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal en la Universidad
de La Laguna (Tenerife)

I

El pensamiento de que la infracción de un deber objetivo de cuidado es parte integrante de los elementos constitutivos del delito culposo en el Código penal ha pasado a ser una declaración esencial en la literatura y la jurisprudencia penal recientes. La punición del autor por culpa no depende sólo, según este criterio, de que la acción haya determinado la aparición del resultado típico (a) previsible y evitable para el sujeto (b), sino de una característica adicional, consistente en la infracción de un deber general de cuidado, impuesto por el ordenamiento jurídico en la realización de acciones peligrosas para determinados bienes jurídicamente protegidos (c). Mientras que los elementos aludidos sub (a) y sub (b) han sido reclamados ordinariamente por la doctrina tradicional, el requisito de la infracción de un deber objetivo de cuidado muestra lo peculiar de la nueva concepción, que siendo la tesis dominante sobre la materia en la literatura penal alemana, suiza o austríaca, ha conseguido abrirse camino también en la ciencia española, mediante el peso, siempre creciente, ejercido por los autores partidarios del denominado «nuevo sistema del Derecho penal».

El criterio indicado no supone sólo una comprensión teórica especial de los delitos de imprudencia. Predetermina, además, alguna consecuencia práctica significativa, que por incidir en un campo donde se debaten problemas de acusado relieve jurídico y político criminal lo hacen más digno de atención. En tanto que para la literatura penal tradicional, la presencia del elemento objetivo del delito culposo, consistente en la producción del resultado típico, y del elemento subjetivo, equivalente a su previsibilidad y evitabilidad individual, agotaban los presupuestos de punibilidad de esta clase de infracciones, la nueva concepción introduce en el delito de imprudencia una nota restrictiva de la responsabilidad. Sin su concurrencia, la acción causal del resultado queda al margen de la valoración negativa penal. Previa-

mente a la averiguación de que en la ejecución de la acción no aportó el sujeto la diligencia individualmente posible, es preciso acreditar, se afirma, que la acción misma vulneró el cuidado necesario en el tráfico, con la consecuencia de que si esta violación no está presente deba ser dictada sentencia absolutoria. Si el sujeto no infringió el deber objetivo de cuidado, advierte CÓRDOBA RODA, faltarán la imprudencia de los artículos 565 y 586, núm. 3.º, no pudiendo, por tanto, ser incriminada la conducta causante del resultado por ninguno de estos dos artículos del Código penal: al faltar la posibilidad de subsumir la acción en una figura penal, carecerá de sentido preguntarse si el sujeto, por sus sobresalientes facultades, hubiera podido evitar el resultado criminal (1). Estas premisas llevan a que el automovilista que, por ejemplo, produce la muerte de un transeúnte dando cumplimiento exacto al deber objetivo (general) de cuidado regulativo de la acción peligrosa en la situación concreta haya de ser absuelto, incluso si en virtud de su perspicacia personal extraordinaria, hubiera podido efectuar un esfuerzo superior de conciencia para percatarse de la posibilidad de que sobreviniese el resultado desgraciado. La falta de infracción de la diligencia objetivamente debida predeterminaría, en el ejemplo propuesto, la decisión del juez, mientras que conforme a las pautas proporcionadas por la dirección tradicional, habría que admitir la existencia de delito, pues en la hipótesis estarían presentes todos los requisitos de la culpa.

La contraposición entre deberes objetivos y subjetivos de diligencia dentro del delito culposo obtuvo consolidación en la moderna doctrina del Derecho penal desde la publicación de la célebre monografía de ENGISCH sobre el dolo y la culpa en el año 1930 (2). En ella se destaca que la doctrina clásica del Derecho penal ha venido concibiendo la culpa de forma subjetiva, situándola al lado del dolo como modalidad alternativa de la culpabilidad. ENGISCH pone de relieve que en la dogmática de finales del siglo pasado y principios del actual no faltaban referencias a la violación del cuidado externo, pero que este elemento solía ser objeto de escasa atención y estimado accesorio por los escritores, obteniéndose la impresión de estar ante una nota obvia de la culpa, extraña, sin embargo, a su esencia. Para la dogmática del período mencionado, representada ante todo por el sistema de LISZT, sólo era posible hablar de la culpa en sentido subjetivo (3).

Desde la publicación de la monografía de ENGISCH y del Tratado de HIPPEL, obras aparecidas el mismo año, pero que tenían en contribuciones previas del propio HIPPEL y de FRANK precedentes importantes, la afirmación de que el delito culposo requiere una doble infracción —la del cuidado objetivamente debido y la del subjetivamente posible— ha ido afirmándose progresivamente en la ciencia penal

(1) V. *Notas* al Tratado de MAURACH, R., t. II, Barcelona, 1962, pág. 259.

(2) V. ENGISCH, K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, reimpresión de la edición de 1930, 1964, págs. 266 y sigs.

(3) V. ENGISCH, K., *cit.*, pág. 275.

alemana, hasta encontrar consolidación definitiva en las aportaciones de la doctrina finalista. Desde ella, la nueva concepción ha discurrido a sectores adversos al finalismo, pudiéndose decir que constituye actualmente en el área germánica la teoría predominante sobre el delito culposo.

El mérito de ENGISCH es, ante todo, sistemático. En su monografía se produce la transformación sistemática del cuadro material de la infracción culposa, al declarar por primera vez que la lesión de la diligencia objetiva no pertenece a la culpabilidad, sino a la antijuricidad. ENGISCH abre camino, pues, a la concepción moderna de la imprudencia, no por concebir la infracción del deber objetivo de cuidado como elemento material y consiguiente presupuesto de punibilidad de las acciones culposas, opinión que antes habían puesto de relieve otros autores, entre los que el mismo ENGISCH menciona a HIPPEL y FRANK, sino por la atribución de un nuevo puesto a este elemento en el sistema, sustrayéndolo a la culpabilidad culposa, para proclamar su pertenencia a la antijuricidad típica. Con el fin de disponer de datos para el estudio de la cuestión en el Código penal, es oportuno recordar algunos momentos del proceso que lleva desde las formulaciones iniciales de la teoría hasta la actualidad.

Para HIPPEL y FRANK, el concepto de cuidado, que ambos entienden de forma subjetiva, no es suficiente para lograr una determinación satisfactoria de la esencia de la culpa, debiendo sustituirse por el concepto de prudencia. Existen casos, indica el primer autor, en que el sujeto obra de forma imprudente, pese al despliegue de una escrupulosa atención. El cazador imprudente que emplea sin éxito el mayor esmero para que el disparo no alcance de forma simultánea a la pieza cinegética y al compañero de montería, no obra desde luego sin atención, aunque puede censurársele no haber omitido el disparo. FRANK destaca, a su vez, que quien acepta un cometido peligroso, como el médico que sin preparación quirúrgica suficiente practica una difícil intervención, obra culposamente respecto al resultado mortal, incluso si desplegó todo el cuidado posible, pues dada su falta de competencia, no debió admitir el encargo. Lo que HIPPEL y FRANK pretenden sugerir, a juicio de ENGISCH, no es que el médico y el cazador hayan atendido de forma insuficiente a la fuente del peligro, sino que ambos, pese al reconocimiento del peligro, han hecho algo que debieron omitir, emprendiendo la ejecución de un acto en sí mismo peligroso. El cuidado experimenta así un desplazamiento desde el lado subjetivo al objetivo: la acción del sujeto no era cuidadosa porque desde la perspectiva externa no estaba orientada a evitar la realización del tipo del homicidio (4).

Según ENGISCH, las consideraciones sobre el cuidado exterior despliegan un papel no menor que las relativas a la omisión de la aten-

(4) V. ENGISCH, K., *cit.*, págs. 273 y sigs., que tiene aquí en cuenta las precedentes aportaciones de HIPPEL en la *Vergleichende Darstellung* y de FRANK en la 17.^a edición del *Kommentar*.

ción psíquica en la práctica de los delitos de imprudencia. Este hecho se manifiesta con claridad en la jurisprudencia sobre delitos de tráfico. Si se interroga sobre la causa del accidente, suele reconducirse a la velocidad excesiva; a no detenerse en el momento oportuno; a la desviación excesiva; a no mantenerse en el lado derecho de la calzada, etcétera, etc. En todos estos casos se hace mención del comportamiento en sí mismo, viéndose en él la causa del accidente como inobservancia del cuidado necesario. La distinción entre cuidado objetivo, que ENGISCH atribuye a la antijuricidad, y cuidado subjetivo, perteneciente a la culpabilidad, quedaba asegurada en la dogmática moderna de forma definitiva: el cuidado en sentido subjetivo se refiere a la actitud interna del autor y coincide con la aportación de concentración, el esfuerzo de los cinco sentidos, la tensión de las fuerzas espirituales o el empleo total del aparato psicofísico; en sentido objetivo, el cuidado se refiere a la conformación externa de la acción y equivale a la aplicación de determinados medios, es decir, de modalidades concretas de comportamiento para evitar la realización del tipo del injusto (5).

Desde un punto de vista material, la distinción entre aspecto objetivo y subjetivo dentro de la culpa, encontraba expresión en el Tratado de HIPPEL. La imprudencia contraria al deber depende, según este autor, de una doble medida. Objetivamente, es preciso determinar si se ha aplicado para la evitación del resultado la medida de cuidado, que, según un juicio prudente, correspondía a la situación concreta. A este respecto, ha de tenerse presente la pauta del artículo 276 del Código civil, del que se deduce que lo decisivo es si ha sido observado *el cuidado necesario en el tráfico*. Una pauta tan genérica adquiere perfil concreto cuando se le contrapone el caso particular, revelándose entonces como cuidado correspondiente a las reglas del pertinente ámbito del tráfico, es decir, del servicio ferroviario, de la empresa de la construcción, del tráfico automovilístico, de la práctica cinegética, de la actividad médica, etc., etc.

Respecto a la medida del cuidado objetivamente necesario, HIPPEL advierte que habrá de tenerse en cuenta que hay situaciones de peligro en las que se requiere un cuidado particular, como en la navegación durante la tormenta o cuando se trata de practicar una complicada intervención quirúrgica; sin embargo, esto es excepcional, pues en general y fundamentalmente es suficiente la aportación ordinaria o media de cuidado, es decir, aquella medida cuya inobservancia puede ser reprochada individualmente en la correspondiente situación a un hombre consciente como imprudencia contraria al tráfico, siendo preciso precaverse frente a posibles exageraciones de la exigencia en el ámbito penal, pues el juez civil estará todavía en situación de decidir en beneficio al perjudicado. Consecuencia de lo expuesto es, a juicio de HIPPEL, que cuando está ausente la imprudencia objetiva-

(5) V. ENGISCH, K., cit., pág. 271.

mente contraria al deber, es preceptiva la absolución, mientras que en la situación inversa es necesario atender todavía limitativamente a una pauta subjetiva, es decir, a si el autor por razón de sus facultades personales pudo evitar realmente el resultado, pues el reproche de culpabilidad se formula, en todo caso, frente al autor concreto (6).

En sentido semejante se pronunciaba seguidamente el Tratado de MEZGER, con conocimiento, a diferencia de HIPPEL, de las investigaciones de ENGISCH. En el juicio sobre la culpa, según MEZGER, se espera fundamentalmente del sujeto, como dice el artículo 276 del BGB, el cuidado necesario en el tráfico, pues lo determinante no son las costumbres y hábitos unilaterales de un círculo más o menos amplio de especiales interesados y participantes, sino las pretensiones que con arreglo a las exigencias del tráfico generalmente observadas cabe establecer en una conducta adecuada a la índole de la cosa; cuando existan especiales preceptos jurídicos, ordenanzas de policía, reglamentos, instrucciones, etc., etc., serán, por regla general, determinantes de la medida de cuidado exigido, regla que, sin embargo, no excluye... la licitud de una desviación en el caso concreto cuando así lo demanden las circunstancias, ni conduce tampoco... a negar en todo caso la culpa, sean cualesquiera las circunstancias, cuando se han seguido de modo formal los preceptos existentes... aunque si se ha satisfecho el deber de cuidado objetivamente exigido, habrá que negar el carácter culposo de la conducta. Mas, por encima de esto —advierte MEZGER— el deber de cuidado en la esfera del Derecho punitivo experimenta una restricción impuesta por la necesaria consideración de las circunstancias individuales subjetivas del agente, llegándose a un doble módulo de la culpa... de manera que la exigencia, que en primer término es determinada según las concepciones generales del tráfico y vida de relación y con arreglo a las circunstancias objetivas del acto, requiere, además, de modo necesario, el ulterior examen respecto a si el agente, con arreglo a sus capacidades personales y a su comprensión personal estaba obligado a seguir esta exigencia y hasta qué punto lo estaba (7).

La distinción entre diligencia objetivamente debida y personalmente posible ha logrado depuración particular mediante el debate que sobre el contenido del delito culposo ha determinado la doctrina finalista en las últimas décadas. WELZEL estima que el cuidado necesario en el tráfico es un concepto objetivo y normativo. «Para la determinación de su contenido no tiene importancia cuál sea el cuidado que haya observado o haya podido observar el autor, sino sólo cuál sea el cuidado necesario en el tráfico», no sirviendo tampoco de

(6) V. HIPPEL, R., *Deutsches Strafrecht*, 1930, págs. 361 y sigs.

(7) V. MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, traducción de J. A. Rodríguez Muñoz, sobre la 2.^a edición alemana de 1933, t. II, Madrid, 1935, páginas 163 y sigs., que estima todo el razonamiento “perfectamente aplicable a nuestro concepto legal de la culpa”.

pauta «el cuidado que se observe, de hecho, en el tráfico, sino el que sea necesario». Indica WELZEL que una conducta responde al cuidado objetivo, si considera prudentemente los efectos de la acción planeada que sean cognoscibles en un juicio inteligente, es decir, si coincide con la conducta que seguiría un hombre inteligente y prudente en la situación del autor (8). La regla constituye el criterio decisivo para establecer si se ha cumplido, o por el contrario, se ha vulnerado el cuidado objetivamente debido, pues la verdad es que la conducta correcta, es decir, conforme con dicha pauta normativa no puede determinarse nunca en el caso concreto por medio de los principios de experiencia ni de la ordenación reglamentaria eventualmente existente sino sólo a través del principio metodológico de la acción que realizaría un hombre inteligente y prudente en dicha situación (9).

Lo expuesto revela, en líneas generales, el sentido material de la exigencia de este elemento en la responsabilidad por culpa. Un aspecto distinto del problema es la determinación del puesto sistemático de la diligencia generalmente debida en el delito culposo. Procede referirse a las diversas posiciones existentes en la dogmática como trámite previo al estudio del problema en nuestro Derecho (10).

En este sentido cabe decir, siguiendo a MAURACH, que mientras la doble medida del juicio imprudencia es admitida ordinariamente en la actualidad como requisito del delito culposo, no está aclarado suficientemente, por el contrario, el problema del lugar sistemático de esta doble infracción del deber, habiéndose producido en este

(8) WELZEL, H., *El nuevo sistema del Derecho penal*. traducción y notas de Cerezo Mir, J., Barcelona, 1964, pág. 71.

(9) WELZEL, H., *cit.*, pág. 73.

(10) Sobre este problema, V. MAURACH, t. II, *cit.*, pág. 228, con exposición detallada de los distintos puntos de vista dogmáticos y fundamentación de que el riesgo permitido excluye la responsabilidad por el hecho, criterio que sigue en Suiza REHBERG, J., *Zur Lehre vom "Erlaubten Risiko"*, Zürich, 1962, pero que no es tenido en cuenta en este trabajo; SUÁREZ MONTES, R. F., *Consideraciones críticas a la doctrina de la antijuricidad en el finalismo*, Madrid, 1963, págs. 57 y sigs.; BERISTAIN, A., S. J., *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1963; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad* (prólogo de Quintano Ripollés, A.). Madrid, 1966, páginas 46 y sigs. y 99 y sigs., que prefiere para su posición la denominación de *reprochabilidad objetiva*, consistente en "un juicio de desvalor que recae porque se ejecuta una acción que el hombre prudente (ideal) no habría cometido" (pág. 102), estimando que... "la diligencia debida es un elemento del injusto", siendo ello así "no porque las acciones diligentes que condicionen el resultado no lo causen, sino porque carecen de los presupuestos necesarios para ser calificadas de típicamente antijurídicas" (pág. 104). Para GIMBERNAT ORDEIG la tipicidad del delito culposo está, por lo tanto, en función de la violación de la diligencia objetivamente debida. Y como, por otra parte, este autor ha declarado recientemente que el dolo es elemento constitutivo de la tipicidad de los delitos dolosos—véase al respecto *El sistema del Derecho penal en la actualidad*, separata del Anuario de Ciencia Jurídica, 1-1-971-2, parece haber llegado, sin reconocer el concepto final de acción, que ha merecido su repulsa en diversos trabajos, a conclusiones en la doctrina de la tipicidad que coinciden con las de la dogmática finalista.

campo un notable cambio de opiniones. El curso del problema conduce desde la inserción de la lesión de cuidado objetivo y subjetivo en la culpabilidad a formulaciones que desplazan el primero a la antijuricidad, con la subdistinción posterior de considerar como elemento de tipo de lo injusto la infracción del deber, o como causa de justificación su observancia o cumplimiento.

La solución monista de que tanto la infracción de la diligencia objetiva como de la subjetiva forma parte de la culpabilidad, defendida en su día por HIPPEL y MEZGER y confirmada en la doctrina española por RODRÍGUEZ MUÑOZ (11), presupone que la acción es típica y antijurídica por el hecho de ser causa del resultado desfavorable para el bien jurídico, sin que la observancia del deber objetivo de cuidado despliegue más efecto que el de negar la culpabilidad. Consecuencia implícita de esta decisión sistemática es que la acción típica y antijurídica, no culpable, podrá ser enjuiciada según las normas de otras ramas del Derecho, principalmente del Derecho civil. Que el conductor del automóvil haya producido la muerte del peatón mediante una acción que, desde la perspectiva del cuidado necesario en el tráfico, es inobjetable, suprimirá únicamente la culpabilidad jurídico penal. La antijuricidad del comportamiento estará presente en virtud de la causación del resultado típico desfavorable para el bien jurídico. Lo ventajoso de la tesis radica en que la valoración penal no prejuzga, interceptándola u ocluyéndola, la posible acción de otras ramas del Derecho, lo que con relación al ámbito del Derecho civil del tráfico automovilístico se ha de estimar como consecuencia ventajosa.

La teoría finalista del delito culposo, desarrollada principalmente por WELZEL, facilita también desde este punto de vista, el mismo resultado práctico. Para dicho autor, los delitos culposos son tipos abiertos: la acción típica no está definida en la ley y el juez ha de proceder a complementar el tipo en el caso concreto conforme a un criterio general que se halla descrito en el parágrafo 276 del Código civil, cuando declara que «actúa culposamente el que no observa el cuidado necesario en el tráfico». La infracción de este cuidado no es, como sostiene la dirección anterior, elemento de la culpabilidad culposa, sino nota de la tipicidad de la acción. El que con violación del riesgo permitido causa la aparición del resultado actúa típicamente: crea u origina un indicio de la antijuricidad, que sólo puede desvirtuar la mediación de una causa de justificación (estado de necesidad, consentimiento, etc.). La violación de la diligencia o cuidado subjetivamente posible da lugar, por su parte, a la reprochabilidad personal o culpabilidad. El examen de las consecuencias a que lleva esta construcción muestra que si falta la infracción del cuidado objetivamente debido sólo está ausente la tipicidad del comportamiento, pese a que la acción haya condicionado la aparición del resultado. No es típica, advierte WELZEL, la acción que corresponde al cuidado ne-

(11) V. *Tratado, cit.*, II, pág. 163.

cesario en el tráfico...; con la observancia del cuidado necesario en el tráfico desaparece el desvalor de la acción..., si se produce la lesión de un bien jurídico como consecuencia de una acción de este tipo, se tratará de una desgracia, no de un injusto (12). Lo que fracasa cuando la acción no desborda el riesgo permitido no es, por tanto, la antijuricidad, sino la relevancia penal o tipicidad de una acción posiblemente antijurídica con arreglo al ordenamiento jurídico general. De conformidad con esto, el automovilista del ejemplo no actúa típicamente. Que haya actuado o no antijurídicamente es algo que se ha de decidir conforme a la totalidad del orden jurídico. A la vista del ejemplo, queda imprejuizado si la acción del sujeto y su resultado, es presupuesto bastante para las reacciones patrimoniales propias del Derecho civil, permaneciendo abierta la posibilidad de una declaración del derecho a la indemnización en favor de los perjudicados por el hecho. La diferencia en los presupuestos que media entre la doctrina que adscribe la violación del deber general de cuidado a la culpabilidad y el finalismo, atribuyéndolo a la tipicidad, no conduce, por tanto, a consecuencias prácticas divergentes. En virtud de diverso fundamento, ambas direcciones llevan a sostener la falta de responsabilidad penal del sujeto que, pese a cumplir el deber objetivo de cuidado, determinó la aparición del resultado, siendo coincidentes también, por otra parte, en no prejuzgar las decisiones de otras ramas jurídicas inspiradas en principios y necesidades diversos de los del Derecho penal.

Tales ventajas no pueden ser atribuidas, por el contrario, a la concepción del deber objetivo de cuidado como causa de justificación. Para este punto de vista el tipo debe ser entendido de forma fundamentalmente causal: es típica la acción si lesiona o pone en peligro el bien jurídico protegido, sin necesidad de que posea propiedades determinadas. El indicio de antijuricidad originado por la causación del resultado puede quedar, sin embargo, neutralizado por la observancia del cuidado necesario en el tráfico. Es evidente entonces que, al no existir una antijuricidad penal específica —el concepto de antijuricidad es común para la totalidad del ordenamiento jurídico—, la tesis de quienes, como BAUMANN conciben el riesgo permitido como causa de justificación, obliga a entender que la causación del resultado es un acontecimiento conforme a Derecho (13). La posibilidad de un enjuiciamiento posterior del suceso de acuerdo con el ordenamiento jurídico civil está interceptada o excluida por este criterio, que sin diferir en los presupuestos del que adscribe el cuidado necesario a la culpabilidad, lleva a conclusiones jurídicas diametralmente opuestas.

La exposición precedente permite ver que la problemática del deber objetivo de cuidado posee mayor significado que el que le atribuyen algunos autores y puede deducirse de ciertas sentencias recientes. No se está

(12) V. *Loc. cit.*, pág. 74.

(13) V. BAUMANN, J., *Strafrecht*, Allg. Teil, 5.^a ed., 1968, pág. 441.

aquí ante una de aquellas cuestiones carentes de significado para la práctica del Derecho, sino ante un problema jurídico material que posee elevada importancia en el actual momento histórico, donde la lucha contra la criminalidad culposa y la protección de las víctimas que desencadena, se encuentran en el primer plano de las preocupaciones de los juristas. Su significado real radica en que circunscribe, con independencia de la cuestión de su destino sistemático, el ámbito de la responsabilidad penal, mientras que su atribución sistemática a uno u otro elemento de la teoría del delito no deja de expresar también, de forma implícita, una actitud sobre el tratamiento jurídico de las acciones simplemente causales portadoras de ataques para los bienes jurídicos protegidos. La sola utilización de los conceptos propios del Derecho penal no debe llevar, en todo caso, a la liquidación del problema de si a pesar de no estar presente una acción humana digna de castigo por haber sido observada la diligencia objetivamente procedente, el ordenamiento jurídico reacciona, sin embargo, frente al autor de esa acción mediante sanciones diversas de la pena, entre las cuales la indemnización del daño padecido por el perjudicado ocupa un puesto principal. La concepción que atribuye carácter de causa de justificación a la diligencia objetiva tropieza ya, previamente a la demostración de su incompatibilidad con el Código penal, con el inconveniente de prejuzgar la solución de esta cuestión. Las indicaciones anteriores permiten pasar seguidamente al estudio del Derecho positivo.

II

La teoría finalista y la dogmática tradicional se distinguen esencialmente en la concepción del Derecho y, correlativamente, de la antijuricidad (14). Esta es entendida por la dogmática clásica como valoración negativa de determinados acontecimientos y estados, reconducibles a una acción humana concebida de forma causal. El Derecho estatuye un deber ser impersonal que pretende validez con independencia del contenido de voluntad y de las propiedades personales del sujeto. La cualidad de antijurídica de una acción se decide sin atender a que sea dolosa, culposa o fortuita y de que su autor posea madurez mental y salud psíquica, o sea, contrariamente, menor de edad o enajenado, es decir, inimputable (15).

La teoría finalista parte, por el contrario, de diversos puntos de vista. Entiende que el Derecho, de conformidad con la célebre expresión de MERKEL (16), es un poder espiritual configurador de la vida del pueblo, que reclama de los destinatarios aportaciones específicas,

(14) V. SUÁREZ MONTES, *Loc. cit.*, págs. 59 y sigs.

(15) V. MEZGER, E., *Tratado, cit.*, t. I, págs. 281 y sigs.

(16) V. OEHLER, D., *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, 1959, págs. 16 y sigs.

es decir, la inejecución o realización de determinadas acciones. Las normas jurídicas están dirigidas al hombre como ser capaz de dominar la causalidad mediante la finalidad, y sólo pueden ser infringidas mediante acciones determinadas, es decir, mediante una acción dirigida a la infracción de la norma prohibitiva de causar un resultado desfavorable para el bien jurídico, o mediante una acción que no observa la diligencia preceptuada con carácter objetivo-general para evitarlo. La constitución de lo injusto, a diferencia de lo que sucede con la doctrina tradicional, tiene lugar únicamente cuando la lesión o peligro para el bien jurídico (desvalor del resultado) procede de una conducta humana dolosa o que vulnera el cuidado necesario en el tráfico (desvalor de acción). Frente al criterio tradicional, no es posible entonces hablar de un injusto fortuito, que debe estimarse como azar o desgracia, situado fuera del ámbito del Derecho.

Conforme a este punto de partida, la concepción finalista verá facilitada su viabilidad en los ordenamientos que contienen una distinción clara entre delitos dolosos y culposos, susceptible de ser interpretada como expresión del distinto contenido de injusto existente entre ellos. Por el contrario, tropezará con dificultades cuando el sistema o código de que se trate dé base para apreciar que la forma y especie del comportamiento, tanto en lo relativo a su contenido interno como a su conformación externa—dolo e infracción del cuidado necesario en el tráfico— resultan indiferentes, por principio, para los fines propios del juicio sobre lo injusto, es decir, para decidir qué fundamento lleva a establecer que una conducta humana es objeto de desaprobación por la comunidad, con independencia de aquellas características (imputabilidad, potencial conocimiento de lo injusto), adscribibles según doctrina constante a la reprochabilidad personal o culpabilidad. En consecuencia, cuando el postulado finalista más esencial de que la distinción entre delito doloso y culposo se cumple ya en el ámbito del tipo, no sea coherente con el derecho positivo, habrá que llegar a la conclusión de que esta dirección jurídico-penal carece de viabilidad, por mucha que sea la exactitud y precisión que en la interpretación de otros ordenamientos jurídicos y en la solución de determinados problemas penales haya podido lograr mediante sus declaraciones. La apreciación del valor del finalismo depende así, primariamente, de su compatibilidad con cada sistema penal concreto.

Procede, pues, hacer abstracción de los supuestos filosóficos e histórico-culturales que han llevado crecientemente en Alemania desde la concepción objetivo valorativa, a la concepción de lo injusto propia de la doctrina finalista (17), para poner ante todo de relieve que sobre

(17) Entre la doctrina de los imperativos, según sus formulaciones originarias—vid., al respecto, en lengua española, MEZGER, E., *Tratado*, cit. I, páginas 284 y sigs.— y la concepción de lo injusto del finalismo no existe, como los autores finalistas han puesto frecuentemente de manifiesto, una relación efectiva o necesaria. El finalismo logra distinguir entre injusto y culpabilidad, superando así una de las carencias más significativas de la doctrina imperativista del Derecho en su proyección penal. Debe de verse sobre estos problemas:

los problemas de que tratamos es decisivo, por su carácter dogmático, cada derecho positivo. En efecto, nada obliga a decidir *a priori* si un sistema jurídico enlaza el juicio valorativo negativo de la antijuricidad a la lesión o el peligro del bien jurídico que provenga de cualquier conducta humana, sin atender a su contenido de voluntad—por ejemplo, tanto al homicidio doloso o culposo como al fortuito—, o si, inversamente, tal ordenamiento hace preciso considerar el dolo o la culpa en un estadio previo de la teoría del delito, es decir, en la doctrina del tipo. El objeto de la dogmática es cada ordenamiento jurídico con sus peculiaridades positivas, culturales e históricas, y su actividad cognoscitiva, algo que difiere de la simple deducción lógico formal de proposiciones jurídicas sucesivas a partir de una premisa fundamental. La determinación del contenido de los tipos, en lo que se refiere a la exigencia, dentro de ellos, de un particular desvalor de acción, no puede efectuarse de forma deductiva sobre la base de la concepción ontológico final de la acción, pues aun reconociéndose la estructura finalista de la conducta humana, no hay inconveniente teórico para entender el tipo de forma causal, reservando para el dolo el puesto que tradicionalmente ha ocupado en la teoría de la culpabilidad. Hay autores, en efecto, que pese a haber contribuido en gran medida a la difusión del finalismo en nuestro país, han reconocido que de la circunstancia de que las normas sólo pueden tener por objeto la conducta finalista... no se desprende la *necesidad* de que el dolo haya de ser elemento de lo injusto de los delitos dolosos..., pues el juicio desvalorativo de la antijuricidad *puede* recaer exclusivamente, en principio, sobre el lado objetivo (18). Una relación lógica y materialmente necesaria entre estructura final de la acción y estructura final del tipo sólo se reconoce aisladamente en la doctrina española. En ella es posible observar una gama amplia de posiciones sobre el problema examinado. Para CEREZO MIR la pertenencia del dolo al tipo es una cuestión que hay que resolver en sentido afirmativo porque a ello conducen varios argumentos dogmáticos, es decir, la interpretación del contenido del derecho positivo, no la concepción prejurídica del acto (19). GIMBERNAT ORDEIG ha manifestado recientemente que en

el estudio de CEREZO MIR, J., *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del Derecho penal española*, separata de Nuevo Pensamiento Penal, año 1, núm. 2, págs. 217 y sigs. La discrepancia en las conclusiones a que se llega aquí sobre los problemas concernientes al contenido del tipo, obligan más especialmente a poner de manifiesto este trabajo, donde el autor realiza también una síntesis de sus diversos escritos sobre los problemas fundamentales de la dogmática finalista. Dado el influjo que adquiere el pensamiento de JESCHECK, no es inoportuno poner de manifiesto que las indicaciones existentes en *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, 1969, pág. 162, en las que se acepta la doctrina de los imperativos, no son todo lo claras que sería de desear en lo concerniente a la vinculación de los inimputables por las normas.

(18) V. CEREZO MIR, J., *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista...*, cit., pág. 233.

(19) V. *Loc. cit.*, págs. 235 y sigs.

el tipo ha de estimarse comprendido el dolo del hecho, a pesar de no profesar un concepto final de acción, es decir, con base en la concepción general-preventiva de la pena, que hace obligatorio, a su juicio, dicho punto de vista (20). RODRÍGUEZ MOURULLO se pronuncia también, por otra parte, en favor de la compatibilidad de la noción de acción propuesta por WELZEL con la atribución del dolo a la culpabilidad, pues a lo que obliga únicamente dicha noción es a no prescindir de la voluntad final en la construcción del delito (21).

La consideración de que aquí nos hallamos ante un problema dogmático ha de extenderse también al problema paralelo de si el delito culposo reclama ya en el ámbito del tipo un desvalor de acción específico, constituido por la infracción del deber objetivo de cuidado. Es el derecho positivo el que, en última instancia, decide sobre ello, tanto en lo relativo a su necesidad como presupuesto material de la punibilidad, como a su destino sistemático dentro de la infracción por imprudencia.

Previas estas apreciaciones, cabe decir que las bases que proporciona el Código penal para una decisión correcta del problema no son coincidentes con las de otros ordenamientos. Es un saber común que el sistema de tipificación de los delitos culposos del Código penal alemán de 1871 y del proyecto oficial de 1962, correlativo al de otros códigos europeos, carece de disposición semejante a la del artículo 565. Como indicaban en su día ALVAREZ y VIZMANOS, la legislación española ha seguido en la configuración de los delitos culposos un criterio en todo peculiar (22), que le distingue netamente de los demás ordenamientos penales, donde el legislador suele proceder a determinar individualizadamente cada figura de delito culposo, como el homicidio, las lesiones y las figuras culposas específicas contenidas en abundancia en la legislación penal especial.

Las diferencias entre ambos sistemas se evidencian también, por otro lado, en el extremo de que el ordenamiento español no posee una norma como la del parágrafo 276 del Código civil alemán, firme punto de apoyo, según enseñan las obras mencionadas de HIPPEL, FRANK, MEZGER o WELZEL, para la inclusión de la infracción del deber objetivo de cuidado en el delito de imprudencia con base en la doctrina de la unidad del orden jurídico. Una norma paralela no existe en nuestro Derecho, pues el artículo 1.104 del Código civil se refiere, en principio, a la responsabilidad contractual, y su mención de la diligencia correspondiente a las «circunstancias de las personas» parece ha de entenderse en sentido personal o subjetivo, lo que le priva de cumplir función correlativa a la que atribuye la dogmática

(20) V. *El Sistema del Derecho Penal en la actualidad*, separata del Anuario de Ciencia Jurídica, 1-1-971-2, págs. 276 y sigs.

(21) V. *El teleologismo valorativo de Bettiol y el finalismo de Welzel*, en "Boletín de la Universidad Compostelana", Santiago de Compostela, 1965, páginas 207 y sigs.

(22) V. ALVAREZ, C. y VIZMANOS, T. M., *Comentarios al Código Penal*, v. II, 1848, págs. 525 y sigs.

alemana el parágrafo 276 del BGB, en el que se entiende la culpa, en sentido objetivo-general, como violación del cuidado necesario en el tráfico. En la doctrina del Derecho privado faltan, por último, investigaciones concluyentes sobre si nuestro Derecho positivo puede proporcionar alguna base que favorezca la transposición a un ordenamiento jurídico que difiere en numerosos extremos del alemán, del sistema finalista sobre la culpa, que ha contado en favor suyo con la disposición citada del BGB, siempre invocada cuando se trata de poner de relieve la escala general-impersonal, reconocida en tal disposición, y subjetivo-personal del juicio sobre la culpa.

La regulación de la responsabilidad extracontractual en el Código civil—artículos 1.902 y siguientes— tampoco proporciona base para estimar la infracción del deber objetivo de cuidado como presupuesto de la indemnización del daño causado. La orientación originaria del Código es subjetiva, como revela la correlación entre «culpa» y «negligencia»: ésta ha de entenderse como desatención individual, como una situación interna valorizada normativamente, no como propiedad externa de la acción. Las fluctuaciones interpretativas de la doctrina y la jurisprudencia sobre el artículo 1.902 del C. c. discurren históricamente desde la confirmación del sentido subjetivo originario del Código, al reclamar un coeficiente psíquico subjetivo como presupuesto del deber de indemnizar, hasta la concepción que estima bastante, a este fin, el nexo causal, pero sin que se exija en ningún caso expresamente que la acción determinante del daño necesite poseer propiedades concretas o conformación defectuosa, distanciándose con ello de la acción ideal coincidente con el cuidado necesario (23).

La posibilidad de disponer de un punto de apoyo semejante al del parágrafo 276 del BGB en el Código civil español está, pues, desprovista de fundamento. El Derecho civil de tráfico parece caminar también en sentido contrario a tal posibilidad. La responsabilidad civil patrimonial, en materia de accidentes automovilísticos—según muestran los artículos 1 y concordantes del Decreto de 21 de marzo de 1968, aprobatorio del texto refundido de la Ley de 24 de diciembre de 1962— no está subordinada a que el resultado perjudicial para la vida o la integridad corporal sea efecto de una acción que quede por debajo del deber objetivo de cuidado; por el contrario, es suficiente la acción misma de conducir sin necesidad de que sobrepase el riesgo ordinario inmanente en ella, ni de que posea propiedades particulares. La exoneración del causante del daño puede sobrevenir sólo cuando el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo. La responsabilidad surge, pues, en este sector en virtud de la causalidad entre acción, incluso coincidente con el riesgo permitido, y daño indemnizable. El hecho de que el ocupante del vehículo esté protegido frente a los daños y perjuicios di-

(23) V. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., *Los daños y la responsabilidad objetiva en el derecho positivo español*, Madrid, 1972.

manantes de la circulación, aunque el accidente sobrevenga sin que medie ninguna acción objetivamente reprochable del conductor confirma este punto de vista.

La observación unitaria del ordenamiento jurídico no favorece, pues, la construcción del injusto en sentido diverso del tradicional. Ocurre más bien lo contrario. El sector del Derecho de tráfico automovilístico, en el que se desenvuelven en la actualidad problemas prácticos y teóricos esenciales del delito culposo (24) obliga a entender que el juicio general negativo de la antijuricidad alcanza ya a la simple causación de un menoscabo para los intereses protegidos por el Derecho. El ordenamiento jurídico privado no obliga al intérprete a conceder relevancia a la infracción del cuidado objetivo como elemento permanente del juicio sobre la ilicitud. Esto determina que los problemas atinentes al deber objetivo de cuidado sean privativos de la dogmática penal. En ella aparecen controvertidos tanto la necesidad como la inserción de la diligencia debida en la teoría del delito. Una parte de los variados puntos de vista que presenta la doctrina extranjera ha encontrado en la nuestra repercusión (25). Existen sugerencias sobre la procedencia de atribuir al deber objetivo naturaleza de causa de justificación. En general suele estimarse, sin embargo, que su infracción es elemento del tipo de lo injusto de la culpa. La tesis defendida en el Tratado de MEZGER, que RODRÍGUEZ MUÑOZ declaró en todo aplicable al Código penal y que, como se verá, comparte sustancialmente ANTÓN ONECA, no ha encontrado posteriormente seguidores. Finalmente, entiende otra dirección que tal característica no es compatible con el Código. En lo que sigue, se examinan estos variados criterios y se toma posición, finalmente, sobre el problema.

III

La estimación de la diligencia objetiva como causa de justificación presupone una visión causal del tipo, cuya realización tiene lugar mediante la lesión del bien jurídico protegido. La tipicidad origina un indicio de la antijuricidad, que, sin embargo, puede ser desvirtuado por la mediación de una causa de justificación. El cumplimiento del deber objetivo de diligencia tendría, según algunos, esta naturaleza.

La viabilidad de la construcción está subordinada, dado el sistema

(24) La atención dispensada en la doctrina actual a los delitos de tráfico tiene su antecedente más importante en el estudio de WELZEL, H., *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, 1961. Véase en francés, *L'imprudence et les délits de la circulation*, en "Revue Internationale de Droit Pénal", 1961, págs. 985 y siguientes. El ejemplo de los dos automovilistas que chocan en curva cerrada se halla también en *El nuevo sistema...*, cit., págs. 34 y sigs.

(25) V. MAURACH, R., *Tratado*, cit., t. II, págs. 215 y sigs., cuya posición expuesta en págs. 237 y sigs., no seguida en este trabajo, de que la observancia del riesgo permitido no es elemento del tipo ni excluye la antijuricidad, sino que forma parte de los problemas de la responsabilidad por el hecho dentro de la doctrina de la atribuibilidad, no ha hallado seguidores en la dogmática española.

de concreción de las causas de justificación en el Código, a una de estas tres posibilidades. En primer lugar, a que haya coincidencia entre alguna causa de justificación expresamente reconocida y el deber objetivo de cuidado. En caso negativo, a que éste pueda ser reconducido a una causa de justificación de mayor amplitud. De fracasar estos expedientes, queda todavía la posibilidad de una comprensión del cumplimiento del cuidado necesario como causa de justificación por analogía, supuesto que su *ratio legis* y estructura posean la relación de semejanza requerida con una de las reconocidas por el Derecho positivo.

En lo que se refiere a la primera alternativa, existen en la literatura indicaciones sobre la posible identificación entre caso fortuito y deber objetivo de diligencia (26). La disposición del núm. 8. del artículo 8 alude, según la autorizada opinión de RODRÍGUEZ MUÑOZ, al riesgo lícito, es decir, al riesgo permitido como motivo de justificación de acciones peligrosas, permitidas por el ordenamiento, de las que dimana por azar una lesión para los bienes jurídicos (27). En general, no ha encontrado este criterio seguidores en la doctrina. Esta se limita a reconocer que la idea pone las bases para una exégesis correcta, llamando la atención sobre la importancia del riesgo permitido, aunque no autoriza la conclusión de entender el caso fortuito como causa de justificación (28). Se ha dicho también que el Código cierra las puertas de esta visión del *casus* desde el momento en que obliga al intérprete a valorar como antijurídico el resultado que sobreviene por mero accidente, cuya causación se estima solamente como inculpable (29). De conformidad, pues, con el criterio dominante y la situación positiva básica, la problemática del caso fortuito ha de ser examinada en la culpabilidad. Es en este área de la teoría del delito donde se han desplegado, por lo demás, los diversos esfuerzos interpretativos de la doctrina reciente para reducir la expansión del principio *versanti in re illicita tenetur etiam pro casu*, que, estimado incompatible con la aspiración a la vigencia creciente del postulado «no hay pena sin culpabilidad», hallaría en el artículo 8, eximente 8, la puerta de penetración en el sistema (30).

Desechada, pues, esta posibilidad, la segunda hipótesis es que la acción que corresponde con el cuidado necesario en el tráfico esté amparada por una causa de justificación de mayor amplitud de las reco-

(26) V. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., pág. 87.

(27) V. *Notas al Tratado de MEZGER*, cit., t. II, de la 3.^a ed. española adicionada por Quintano Ripollés, A., 1957, pág. 39.

(28) V. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Derecho penal español*, parte general, 1973, pág. 539.

(29) V. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en *Comentarios al Código penal*, de CORDOBA RODA, J. y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., Barcelona, 1972, pág. 319.

(30) RODRÍGUEZ DEVESA, *loc. cit.*, pág. 539; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios*, cit., pág. 318 y sigs.; CEREZO MIR, J., *El versari in re illicita y el párrafo tercero del artículo 340 bis a) del Código penal español*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1970, págs. 287 y sigs.

nocidas en el artículo 8. En este sentido, es el ejercicio legítimo de un derecho el que puede venir en consideración, por contemplar situaciones aparentemente correlativas a las que cubre la doctrina de la diligencia debida. En uno y otra parece tratarse de acciones cuya ejecución está autorizada por el ordenamiento jurídico, determinantes del resultado típico sobrevenido. La construcción del riesgo permitido como causa de justificación, advierte REHBERG, se basa en la unidad del ordenamiento jurídico y, paralelamente, de la antijuricidad. En un sector del ordenamiento no se puede valorar como injusta la acción que otro estima como Derecho. La conducta no puede ser antijurídica si en su conformación concreta se halla permitida por el ordenamiento jurídico extrapenal (31). El argumento es paralelo a los utilizados en la doctrina italiana para comprender la eximente del ejercicio del Derecho que, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, se halla expresamente tipificada en el Código penal (32).

La solución del problema reclama algunas aclaraciones previas. El ejercicio legítimo de un derecho sólo justifica a quien está facultado para realizar los elementos del tipo, o sea, la totalidad de características positivas que lo constituyen. La determinación de qué elementos son éstos es, sin embargo, un tema polémico en la dogmática de los años últimos. Se estima aquí, como se ha indicado en anteriores pasajes, que para actuar típicamente es bastante cualquier conducta humana que haya sido causa de la lesión o el peligro del bien jurídico protegido. La naturaleza de la acción es metodológicamente indiferente para la constitución de lo injusto. Toda conducta humana que haya objetivamente determinado la muerte de una persona es, por ejemplo, típica en el sentido del artículo 407. Es verdad que «estadísticamente» la gran mayoría de los tipos de la parte especial del Código y de la legislación penal especial sólo pueden cumplirse mediante acciones determinadas, por ejemplo, mediante engaño, violencia o intimidación, tal como pone de relieve el ejemplo de los delitos patrimoniales. La originación de un menoscabo patrimonial, por grande que sea su magnitud, sin que medie un desvalor específico de acción, como puede suceder en el simple incumplimiento de un contrato, carece de relevancia penal, mientras que la lesión patrimonial insignificante que procede de una sustracción, de una conducta engañosa, de una acción violenta, etc., está comprendida en los tipos del hurto, la estafa, el robo, etc., etc. Esa visión cuantitativa o estadística del problema nada dice, sin embargo, contra la solución axiológica y dogmática de que la lesión o peligro para el bien protegido es bastante para la fundamentación de la antijuricidad (típica) del comporta-

(31) V. REHBERG, J., *Zur Lehre vom "Erlaubten Risiko"*, cit., pág. 150.

(32) V. CARACCIOLI, I., *L'esercizio del diritto*, 1965, pág. 197, quien entiende que el ejercicio de un derecho es una aplicación específica del principio de no contradicción.

miento, que sólo puede ser eliminada por la mediación excepcional de una causa de justificación.

Desde esta perspectiva, hay que tener además en cuenta que la diligencia objetivamente debida se reclama ordinariamente en atención a bienes que, como la vida humana, integridad y salud o patrimonio, son afectados por las numerosas fuentes de peligro que la técnica ha puesto modernamente al servicio del hombre. La exigencia de la acción objetivamente diligente está orientada primordialmente, por lo tanto, a la indemnidad de tales bienes, sin que a pesar de ello pueda decirse que quien en la ejecución de la acción peligrosa observa las reglas generales de diligencia, está autorizado simultáneamente para causar una lesión de la vida, la integridad o salud, etc., etc. Si el sujeto mata o lesiona a la víctima, el indicio de antijuricidad originado por el resultado, no puede eliminarse más que mediante una norma jurídica permisiva, cuyo sentido específico sea, precisamente, el de autorizar a matar, lesionar, etc. Prescindiendo de los matices jurídico positivos que suscita la ejecución de la pena capital, la muerte del enemigo en la guerra, etc., el principio de la intangibilidad de la vida humana no sufre excepción ninguna por medio de las eximentes alternativamente reconocidas —en especial mediante el uso de armas por la autoridad— en el artículo 8, regla 11, del Código. De acuerdo con esto, la reconducción hipotética de la acción coincidente con el cuidado necesario en el tráfico al ejercicio de un derecho, no podría llevar nunca a declarar justificados o autorizados los resultados que, principalmente en las esferas ordinariamente afectadas por los riesgos de la técnica, pudieran producirse en la ejecución de acciones objetivamente no censurables.

Rehusados, pues, ambos expedientes, quedaría únicamente la posibilidad de estimar que las acciones que satisfacen el deber objetivo de cuidado están incluidas en una causa de justificación por analogía. El problema de si la *analogía in bonam partem* debe resolverse en sentido positivo en el Código, ha encontrado en la doctrina penal actual, frente a la jurisprudencia, solución afirmativa (33). Admitido que el contenido del artículo 2 del Código no excluye la *analogía en favor del autor*, pues el cuadro legal de disposiciones que concretan el principio de legalidad de los delitos y de las penas, pretende establecer únicamente una garantía de la persona humana frente al empleo arbitrario del *ius puniendi*, sin impedir el recurso al método analógico cuando tal garantía resulta salvaguardada, procede indicar, sin embargo, que no existe en el artículo 8 causa de justificación alguna, cuya *ratio legis* sea homogénea con el contenido de la diligencia objetivamente debida, autorizando la causación del resultado con tal de que la acción conducente a su producción esté permitida por el Derecho. Ni el caso fortuito, ni el ejercicio de un derecho, poseen, según ha sido dicho, este fundamento. Las demás causas de justificación no pueden entrar siquiera en consideración a estos fines, pues carecen

(33) V. RODRÍGUEZ DEVESA, cit., pág. 202.

de la relación de semejanza necesaria, siendo imposible, por ello, hacer aplicación de la regla, básica en el procedimiento analógico, *ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*.

Lo anterior conduce a rehusar aquellas posiciones que consideran la observancia del deber de cuidado como causa de justificación. En virtud del criterio de la unidad del ordenamiento jurídico, BAUMANN ha sostenido en Alemania que la acción en correspondencia con las disposiciones del Derecho de tráfico no puede ser antijurídica en Derecho penal, pues lo decisivo para su valoración es cómo hubiera debido proceder el conductor en el momento del hecho. Si ha conducido el vehículo como debía, no puede haber obrado antijurídicamente, pues el cuidado objetivo es, en realidad, la concreción del orden jurídico en la situación particular, o sea, el precepto concreto o específico del comportamiento (34). La objeción posible de que en el conflicto entre prohibición de matar y autorización de la acción por una norma del reglamento de tráfico, tiene que predominar siempre la primera por ser más importante, de manera que el resultado penalmente desaprobado imprime carácter antijurídico al comportamiento del autor aunque haya dado cumplimiento a las disposiciones del ordenamiento jurídico de tráfico, es contestada por BAUMANN, advirtiendo que tal objeción pasa por alto que las disposiciones reglamentarias son concreción de las prohibiciones de matar o lesionar en el ámbito de la circulación. En ella peligran los bienes jurídicos de tal forma, que una prohibición general de matar no daría, en realidad, ninguna indicación practicable para la conducta de cada participante. El que sigue la indicación reglamentaria cumple también, por lo tanto, la prohibición de matar. Únicamente en situaciones especiales cabrá decir que la prohibición, valorativamente más elevada, de matar, puede ser cumplida mediante la infracción del precepto reglamentario; en ellas, la función de la norma reglamentaria queda en suspenso. A juicio de BAUMANN, por último, la conducta conforme con el deber objetivo de diligencia no sólo excusa o disculpa al autor, sino que justifica la realización de la conducta típica (35).

En contra de esta tesis no hablan sólo en el Código los argumentos antes expuestos. Mediante ellos se evidencia sólo que es imposible admitir que la acción reglamentariamente correcta, o más ampliamente, coincidente con el riesgo permitido, esté amparada por causas de justificación reconocidas expresamente o deducidas analógicamente a través del Derecho positivo. Lo que verdaderamente hace inviable la tesis es que la prohibición de matar, cuyo mejor rango valorativo BAUMAN reconoce, no puede ceder ante el hecho de que el autor se haya mantenido, por ejemplo, dentro de los límites jurídicamente impuestos a la acción de conducir un vehículo de motor de forma prudente y diligente. Lo contrario supondría, como indica ROEDER, una verdadera equiparación entre acción conforme con las reglas del tráfi-

(34) V. *Strafrecht*, cit., 249 y sigs.

(35) V. *loc. cit.*, pág. 250.

co y acción conforme a Derecho, calificada de «simplicación terrible», que perjudicaría gravemente a la víctima desde la perspectiva de la responsabilidad civil (36). En el ordenamiento jurídico español no es éste, sin duda, el punto de vista del Derecho civil de tráfico, reflejado en la esencial disposición del artículo 1 del texto refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre de 1962, mediante Decreto de 21 de marzo de 1968. ROEDER añade argumentalmente también que si la acción coincidente con el deber objetivo de cuidado es conforme a Derecho, ha de ser tolerada por el titular del bien jurídico, puesto por ella en peligro inminente, con la consecuencia de impedírsele la legítima defensa. En tal caso la reacción defensiva sería, por el contrario, antijurídica (37).

IV

En la moderna doctrina española de inspiración finalista se ha entendido ordinariamente que la infracción del cuidado necesario es elemento no escrito, tácito, de los delitos culposos. CÓRDOBA RODA estima, por el contrario, que el Código penal contiene en el artículo 565 referencias expresas —imprudencia, impericia— a esta característica, que deben ser entendidas, no como menciones propias de la culpabilidad, según viene aceptando tradicionalmente la doctrina, sino de la tipicidad de esta clase de delitos.

La teoría tradicional, afirma este autor, ha visto en la culpa una forma de culpabilidad al lado del dolo. De acuerdo con el sentido de la ley española, la culpa no posee, sin embargo, dicha naturaleza, pues los conceptos «imprudencia» o «negligencia» son puros juicios de antijuricidad. La culpa se halla en función, en primer término, de la lesión del cuidado necesario en el tráfico; en segundo, del poder individual del autor para observar el cuidado debido. Se distinguen en el Código, además, la imprudencia temeraria de la imprudencia simple, siendo el criterio para delimitar ambas modalidades de carácter normativo. Lo que confiere a la imprudencia carácter de temeraria o simple es la especie de la norma de cuidado vulnerada. La imprudencia será temeraria si se han infringido deberes de cuidado muy elementales; simple, por el contrario, cuando se han violado deberes de rango menor. Junto a estas variedades de la culpa, conoce el Código penal una modalidad agravada, la imprudencia o negligencia profesional, equivalente a la lesión de la norma de cuidado que la persona competente debe observar en el ejercicio de la actividad profesional (38).

La valoración crítica de esta importante contribución, en la que se revela un esfuerzo considerable para modernizar el tratamiento del deli-

(36) V. ROEDER, H., *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, 1969, págs. 82 y sigs.

(37) V. *loc. cit.*, pág. 85.

(38) CÓRDOBA RODA, J., *Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht*, en "Z. St. W.", 1969, págs. 432 y sigs.

to culposo en el código, enlazando el contenido del art. 565 con la dogmática extranjera, debe comenzar poniendo de relieve que la concepción clásica hace descansar los predicados «imprudencia temeraria» y «simple» en la actitud espiritual del autor frente al resultado típico sobreenvenido, de acuerdo con perspectivas valorativas coincidentes, en lo esencial, con el contenido de la teoría normativa de la culpabilidad. Lo que decide la valoración negativa correspondiente no es, según este criterio, la índole externa de la acción, sino el contenido personal subjetivo reprochable al autor. Esto tiene importancia especial en el tratamiento de las situaciones en que la acción externa, reveladora de una infracción grave del cuidado objetivo, no sea, sin embargo, expresión de una culpabilidad igualmente grave, susceptible de caracterizarse como «imprudencia temeraria». En los supuestos donde aparezca esta discordancia axiológica entre acción objetiva y actitud personal subjetiva, la teoría tradicional permite hacer recaer el acento sobre ésta, es decir, sobre la culpabilidad, posibilitando la apreciación de que pese a las graves propiedades de la acción externa, por razones de culpabilidad la condena procedente ha de ser por simple imprudencia o negligencia. Al permitir llegar a este resultado, la teoría tradicional pone de relieve una concepción de la culpa que no es discordante con la de la dogmática neoclásica del delito, expresiva de la penetración del pensamiento valorativo en la culpabilidad penal.

La teoría objeto de examen, con su atribución de las nociones «temeridad» e «imprudencia simple» a la antijuricidad (típica) del delito culposo, no está en condiciones, por el contrario, de llegar a resultados semejantes. De acuerdo con ella, la temeridad está presente si la acción externa viola una norma de cuidado de elevado rango; la simple imprudencia, cuando vulnera una norma de rango menor. La presencia del predicado negativo correspondiente depende sólo de las propiedades exteriores de la acción, sin que momentos valorativos posteriores puedan ejercer ninguna función correctiva de dicho predicado. La consecuencia de ello es que el juicio «temeridad», determinante de un marco penal que indica una alta reprobación legislativa en el párrafo primero del art. 565, continúa desplegando sus efectos de forma definitiva, pues al haber sido desalojados de la culpabilidad los momentos temeridad, negligencia, etc., la corrección pertinente no puede conseguirse más que mediante los elementos propios del juicio de culpabilidad, especialmente mediante la conciencia de la antijuricidad.

Los problemas concernientes a la conciencia de la antijuricidad no han logrado en el delito culposo tratamiento y elucidación correlativa a los que se han conseguido en el delito doloso. Prescindiendo de que aquí no es posible estudiar la cuestión de forma detallada, cabe decir que también la culpa presupone, de la misma forma que el dolo, la conciencia de la antijuricidad, o en su caso, la evitabilidad del error de

prohibición (39). La doctrina de que nos ocupamos cuenta con el expediente complementario, para satisfacer esta exigencia, de la noción de «voluntad contraria a la norma». El código penal, a juicio del profesor CÓRDOBA RODA, no apunta con el concepto «voluntarias» del art. 1 a ninguno de los sentidos a que ha solido referirse la doctrina desde GROIZARD y PACHECO, es decir, a la espontaneidad de la acción u omisión, o al dolo como elemento del delito, sino al problema del conocimiento de la prohibición. La voluntariedad tiene, de esta forma, sentido distinto del que suele atribuirle la doctrina. Es un género en el que se comprenden dos especies de referencias a la exigencia de la conciencia de la prohibición como elemento del delito. En los delitos dolosos, la de que la voluntad ha de estar dirigida a la infracción de la norma prohibitiva de la causación del resultado antijurídico. En los delitos culposos, la referencia de que la voluntad ha de estar orientada a la infracción de la norma de cuidado predispuesta para la evitación del resultado que venga en consideración (40).

El concepto *voluntad contraria a la norma*, en relación con el delito culposo, posee importancia considerable, pues ha constituido la primera llamada de atención sobre un problema que, a salvo error nuestro, no era conocido en la doctrina penal española, abriendo camino para

(39) V. RUDOLPHI, H. H., *Unrechtsbewusstseins, Verbotsirrtum un Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, 1969, págs. 173 y sigs.; JESCHECK, H. H., *Lehrbuch*, cit., págs. 393 y sigs.

(40) V. CÓRDOBA RODA, J., en *Comentarios*, cit., pág. 25; el mismo, *Zum Verbricchensbegriff im spanischem Strafrecht*, en *Festschrift für Reinhardt Maurach zum 70. Geburtstag*, 1972, págs. 637 y sigs.

Esta construcción ha sido sostenida también por CÓRDOBA RODA, J., en *Notas al Tratado de MAURACH*, cit., II, págs. 146 y sigs., en *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, 1962, págs. 64 y sigs. y en *Una nueva concepción del delito (la teoría finalista)*, págs. 87 y sigs. El autor declara en *Notas*, pág. 146, que en el conocimiento potencial de la antijuricidad del resultado delictivo está implicado un conocimiento actual de la norma de cuidado, y “puesto que no existe voluntad sin conocimiento será necesario... para el querer contrario al ordenamiento jurídico que el sujeto se haya representado la norma infringida, ya la prohibitiva del resultado o hecho típico en las conductas dolosas... ya la del deber de cuidado en las culposas” (*Comentarios*, pág. 25). “El acto es voluntariamente contrario a la norma, tanto en el comportamiento doloso (A mata a B sabiendo que su conducta viola la norma ¡no matarás!) como en el culposo (A, conduciendo peligrosamente su automóvil, produce la muerte a B; A se ha representado la contrariedad en que encuentra su conducta con la norma de cuidado)”. (*El conocimiento de la antijuricidad*, pág. 69).

De acuerdo con esto, el problema de la conciencia de la antijuricidad se plantea en el delito culposo en doble dirección: a) necesidad de representación actual y voluntad contraria a la norma de cuidado; b) potencial conocimiento de la contradicción del comportamiento con la norma prohibitiva del resultado delictivo. Si la anterior hipótesis se modifica en el sentido de que el sujeto conduce sin obtener por descuido representación actual de la norma de cuidado —por ejemplo, no se percató de una señal de detención en un cruce muy peligroso— habrá de ser absuelto, al no existir voluntad contraria a la norma, pues sólo puede ser querido lo que previamente ha sido objeto de representación. La teoría de la “voluntad contraria a la norma” es incompatible con la punición de los delitos de olvido.

una comprensión más perfecta y progresiva de la doctrina de la culpa. Pese a esto, entendemos que la aspiración sustancial a que responde ha pretendido encauzarse dentro del código por una vía que no es precisamente la adecuada, al menos mientras no se proporcionen otros argumentos para que pueda encontrar acogida. Por de pronto, debe destacarse que el concepto «voluntad contraria a la norma» no podría ser entendido en sentido rígido o estricto, es decir, como voluntad antinormativa en que el sujeto obtiene representación actual de la existencia de la norma, admitiendo volitivamente su violación. La atribución al concepto de este contenido lo privaría casi totalmente de función práctica, pues terminaría por conducir a la absolucón en todos los casos en que el resultado se produce mediante culpa inconsciente. Como estos supuestos se definen por no obtener el agente representación adicional ninguna sobre el incremento del peligro, norma de cuidado correspondiente y potencial producción del resultado típico, habría que llegar a la conclusión de que en ellos está ausente un elemento de la definición de delito proporcionada por el art. 1 del código, con el efecto de que la acción no se halle «penada por la ley». Los inconvenientes de esta interpretación, a la vista de los cometidos del derecho penal en el campo de la culpa sin representación, y su contraste con la teoría y la práctica de los delitos culposos, no necesitan ser puestos, en mayor medida, de relieve.

De conformidad con ello, la teoría de la voluntad de la norma estaría necesitada, por de pronto, de ensanchar su campo de aplicación. Para ello serían posibles, sin duda, diversos expedientes. La atención que merece esta construcción del sistema de los delitos culposos, permite intuir una solución relativa y provisional entendiendo la voluntariedad como *referibilidad volitiva*, es decir, en el sentido de que «voluntad contraria a la norma» equivale solamente a posibilidad de que la infracción de la norma de cuidado pueda haber sido querida por el sujeto. No una volición concreta, por tanto, como contenido psicológico antinormativo actual, sino la posibilidad de que el autor hubiera podido representarse el deber de cuidado y querer su infracción, o sea, no la voluntad antinormativa en el plano real c del ser (psíquico), sino en el plano del poder (normativo) permitiría corregir lo que, en principio, parece una carencia originaria de tal punto de vista.

Sin embargo, existen razones diversas que impiden que la doctrina de la «voluntad contraria a la norma», con uno u otro matiz, pueda desenvolverse sobre las bases en que ha pretendido encontrar apoyo jurídico positivo. Son distintos la aspiración de que la conciencia de la antijuricidad informe permanentemente la imposición de la pena criminal y el hecho de que el código penal proporcione puntos de apoyo precisos para dicho desenvolvimiento. Dejando aparte, dado el objeto de este estudio, que el reconocimiento ineludible de la conciencia de la antijuricidad no tiene por qué depender de la interpretación de pasajes concretos, características lingüísticas, etc., etc, del código penal, sino que es bastante a este fin una jurisprudencia espiritual y progresiva que se

haga cargo del problema como exigencia ético jurídica indeclinable—no se puede castigar a quien ni siquiera pudo representarse que realizaba algo prohibido—, hay que decir que su reconducción al concepto «voluntarias» del artículo primero del código obligaría a entender, en virtud de lo dispuesto en su párrafo segundo, que tal exigencia del delito es objeto de presunción por el ordenamiento. En la práctica, una presunción de este carácter llevaría a que el requisito del conocimiento de la prohibición se convirtiera en una declaración retórica que carecería ordinariamente de mayor virtualidad. Frente a la indicación de que esta interpretación permite hacer más tolerable la presunción de voluntariedad del artículo primero, párrafo segundo, del Código (41), cabe decir, por el contrario, que la situación del autor resulta más empeorada si la presunción incide sobre el último momento del delito —la culpabilidad y, dentro de ella, la conciencia de la antijuricidad—, que si se proyecta sobre características lógicas y materialmente precedentes, es decir, sobre la voluntariedad o la espontaneidad de la acción o el dolo del hecho. La razón es que, dada la articulación y la jerarquía entre los diversos elementos del delito, cada uno de ellos presupone los precedentes. La presunción de que el autor quiso la infracción de la norma prohibitiva de la causación del resultado—en los delitos dolosos— o la infracción de la norma de cuidado—en los delitos culposos— aporta, en consecuencia, un perjuicio menos provisional para él que si el objeto de la presunción afecta únicamente a la voluntariedad entendida como «suitas» o espontaneidad, al dolo natural o del hecho o a la previsibilidad de la producción del resultado. Por lo demás, la presunción de voluntariedad ha de coincidir, dados los supuestos técnicos de que se nutre, con lo que acontece normalmente—*id quod plerumque accidit*— y ser interpretada a la vista de su correspondencia con la realidad. Esta conexión con la realidad, social e individual, no la logra evidentemente su proyección sobre el conocimiento de la antijuricidad. En especial, dentro del Derecho penal administrativo (o político), es decir, en las zonas extrañas al propio Derecho penal criminal, lo que la realidad hace patente no es el conocimiento individual de la prohibición, sino su desconocimiento, de conformidad con el carácter artificial que confiere peculiaridad a este sector. Mientras que en él se tiende a reclamar la aplicación de la teoría del dolo—el autor debe tener conocimiento actual de que infringe el Derecho para merecer la pena del dolo— (42), la presunción de tal conocimiento implicaría un sacrificio sensible del postulado «no hay pena sin culpabilidad», que presupone que el juicio de reproche no sea portador de presunciones contra el sujeto. Aunque la interpretación de la voluntariedad como atribuibilidad, espontaneidad o «suidad» no deja de prestarse a reparos lógicos, es la única que muestra

(41) V. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en *Comentarios*, cit., pág. 35.

(42) V. KAUFMANN, A., *Das Schuldprinzip (Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung)*, 1961, pág. 130. y sigs.; LANGE, R., *Das Rätsel Kriminalität*, 1970, pág. 50 y sigs.

un contenido en coincidencia con el dato de que la conducta humana es, generalmente, espontánea, y sólo excepcionalmente está mediada por movimientos reflejos, fuerza irresistible, etc., etc. (43)

Lo que pueda dicho no constituye solamente una digresión del tema principal de nuestro estudio, sino un análisis de una cuestión que forma parte del tratamiento sistemático de la culpa por parte de la dirección de que nos ocupamos. Desplazadas a la antijuricidad las notas «temeridad», «imprudencia simple», etc., la culpabilidad del delito culposo gravitaría sustancialmente sobre la noción de «voluntad contraria a la norma» en el sentido mencionado. Ha quedado dicho que, aunque la teoría ha abierto camino a la conciencia de la antijuricidad como nota del delito culposo, al pretender basarse sobre el citado pasaje del Código, no deja de originar perplexidades e inconvenientes. Todo lo indicado permite concluir que el entendimiento de los conceptos «imprudencia temeraria», «simple imprudencia», como notas de la antijuricidad típica, produce un vaciamiento de la culpabilidad culposa, apoyada esencialmente en un elemento —la voluntad contraria a la norma—, que aun entendido de forma valorativa, como poder del sujeto para querer la violación de la norma de cuidado, no logra mitigar las consecuencias dimanantes del juicio de antijuricidad. Especialmente cuando las propiedades externas de la acción no coinciden con la actitud espiritual del sujeto, es decir, cuando la acción haya de recibir la valoración negativa «temeridad», la doctrina de referencia no puede rectificar ulteriormente esa valoración, en razón a una posible disposición espiritual del autor merecedora de más tenue juicio de reproche. El sujeto que con culpabilidad mitigada realiza una acción externa grave deberá ser castigado siempre por el párrafo primero del artículo 565. Al menos hasta ahora, la doctrina de la voluntad contraria a la norma no proporciona contestación sobre el papel que puede cumplir ante hipótesis de tal naturaleza. De esta forma, la consideración de esta brillante contribución pone de relieve que, en el fondo, acaba por cooperar a la objetivación del tratamiento de la culpa, pues la infracción formal de la norma de cuidado decide la subsunción de la conducta en uno de los párrafos del artículo 565, prefijando de manera definitiva el marco penal correspondiente. Ni con una culpabilidad leve puede hacerse desaparecer el juicio objetivo general «imprudencia temeraria», ni con una culpabilidad grave puede ser eliminado el juicio típico «simple imprudencia o negligencia». El nivel de reprochabilidad del acto antijurídico frente al autor concreto, determinable por la previsibilidad, previsión y evitabilidad del resultado y cognoscibilidad o conocimiento de lo injusto, no juega ningún papel en la aplicación del párrafo primero o segundo del artículo 565. La penetración de estos momentos de culpabilidad en la valoración definitiva de la culpa sólo cuenta con

(43) V. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro en el código penal*, 1966, págs. 45 y sigs.; TORIO, A., *Breve schema del Diritto penale spagnolo*, en *Bolletino Informativo del Istituto Giuridico Spagnolo in Roma*, 14-15, página 6.

el apoyo del concepto de voluntariedad del artículo primero del Código, pues lo que constituían notas por las que el juicio de valor «temeridad» o «simple imprudencia» había de canalizarse, han pasado a desempeñar un papel en la antijuricidad típica (44). La doctrina de la voluntad contraria a la norma puede llevar a la absolución por falta de esta característica del delito, pero no puede influir en la previamente decidida aplicación del párrafo primero o segundo del artículo 565.

V

Para otro sector doctrinal, la infracción del cuidado necesario es elemento tácito, no escrito, del delito culposo. Los argumentos en que se basa esta dirección coinciden en esencia con los propuestos en Alemania por el finalismo, que —se dice— habría pasado a inspirar la jurisprudencia desde las decisiones del Tribunal Supremo de 11 y 16 de junio de 1964. La doctrina de lo injusto desarrollada por la teoría finalista se ha convertido en la opinión dominante en nuestro país, afirma CEREZO MIR, siendo varios los autores que distinguen entre desvalor de acción —inobservancia del cuidado necesario en el tráfico— y desvalor del resultado —lesión o peligro del bien jurídico protegido— dentro del delito culposo (45). GIMBERNAT ORDEIG manifiesta que las acciones peligrosas realizadas observando las normas de diligencia no pueden ser antijurídicas aunque condicionen un resultado típico, pues la antijuricidad de una acción se decide tomando como criterio el hombre prudente, y lo que precisamente hace este hombre cuando ejecuta una acción peligrosa es seguir las normas de diligencia (46). Según SUÁREZ MONTES, el finalismo ofrece ventajas no permitidas a la concepción causal de la acción, especialmente en la apertura de una perspectiva que permite concebir la antijuricidad de forma acorde con la sensibilidad jurídica de nuestra época (47).

En las bases de la dirección examinada se encuentra la concepción del Derecho como poder espiritual conformador de la vida colectiva,

(44) Fuera del presente estudio queda el problema de si la noción de imprudencia, en sus diversas variantes permite alguna renovación superadora de la situación teórica existente. En este sentido habría que atender a las investigaciones que sobre la noción de *Leichtfertigkeit* se cumplen en la literatura alemana. El proyecto de 1962 se refería a este concepto. En él suele verse una particular ligereza o irreflexión, coincidente, según JESCHEK, H. H., *Lehrbuch*, cit., pág. 378, con la *culpa lata (grobe Fahrlässigkeit)* del Derecho civil. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal, (La culpabilidad)* T. V., 2.^a ed., 1963, págs. 1118 y sigs., afirma que la traducción correcta de *Leichtfertigkeit* no es "ligereza", sino "imprudencia temeraria". La determinación de si se está ante igual concepto o ante nociones que sólo se aproximan reclamaría un estudio particular.

(45) V. *La polémica en torno a la acción finalista*, cit., págs. 239 y sigs.

(46) V. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., págs. 99 y sigs.

(47) V. *Consideraciones críticas a la doctrina de la antijuricidad en el finalismo*, cit., pág. 76 (en nota).

que aspira a lograr de los destinatarios la ejecución u omisión de determinadas acciones. La acción real coincidente con la hipotética o ideal permitida no puede estimarse contraria a Derecho, cualesquiera que sean los desgraciados resultados a que de lugar su ejecución. El desvalor del acto es, según esto, elemento permanente de lo injusto. Los tipos penales no se cumplen con la lesión o el peligro del bien jurídico. Estos efectos han de ser consecuencias de acciones dolosas o que infrinjan el cuidado objetivamente debido para que la tipicidad esté fundamentada.

Esta concepción apriorista del ordenamiento y, correlativamente, de la antijuricidad ha sido objeto, ciertamente, de comprobación frente al Derecho positivo penal. El quehacer dogmático se ha dirigido esencialmente, sin embargo, a verificar la procedencia de la inclusión del dolo en el tipo, mientras que la atención dispensada al problema de la compatibilidad de la doctrina finalista con el sistema de la culpa acogido en el artículo 565 no ha sido, sin duda, correlativa. En lo concerniente al delito culposo, se ha tratado, en general, de una transposición, salvo declaraciones particulares, de tesis elaboradas para explicar un ordenamiento jurídico diferente.

En un trabajo anterior he procurado razonar que la concepción de lo injusto del finalismo es incompatible con el Código penal, donde la distinción entre delitos dolosos y culposos dentro del tipo daría lugar a problemas irresolubles en la interpretación del contenido del artículo 565. Para no reproducir argumentos ya desarrollados, bastarán aquí pocas indicaciones.

La compatibilidad del sistema finalista con el Código sólo puede fundarse en que el desvalor de acción sea en éste elemento constante del concepto del delito. La célebre declaración de NIESE de que para ser finalista ha de incluirse el dolo en el tipo es complementaria con la de que el tipo de los delitos culposos lo cumple únicamente quien infringe el cuidado necesario en el tráfico, ya que dentro de un sistema jurídico no puede decirse, por ejemplo, que la muerte de un hombre sólo es típica si es efecto de una acción determinada y, simultáneamente, que es ya típica, aunque sea consecuencia de cualquier acción. Ahora bien, la decisión de estos problemas exige comprobar qué efectos despliega la declaración de que en el dolo está presente un elemento subjetivo de los tipos, revelador del desvalor de acción propio de los delitos dolosos, no una de las dos formas de culpabilidad reconocidas por el Código penal. Para solucionar estas cuestiones, no es suficiente acudir a puntos de apoyo fragmentarios, examinando el sentido de ciertas características entendidas lingüísticamente —por ejemplo, «voluntarias», «intención», «malicia», etc.—, sino que es preciso atender a la repercusión que la solución admitida produce en el sistema de la teoría del delito y al beneficio, o al perjuicio, que origina en la práctica del Derecho. Esta actitud ante el problema está, además, aconsejada a la vista de un Código penal, que no procede a la precisión formal y agotadora de las figuras delictivas susceptibles de

ejecución culposa, sino que remite a la interpretación jurídica el asunto de los delitos que admiten esta ejecución.

Y en este sentido, hay que decir que quien entiende que el dolo es elemento permanente del tipo, no podrá nunca dejar de reconocer que la culpa no puede ser conectada a un tipo así concebido. Si la determinación dolosa de la muerte es lo que comprende en realidad el tipo del artículo 407 del Código, la producción imprudente del homicidio no estará incluida, de ningún modo, en dicha disposición. Y como, naturalmente el homicidio culposo ha de ser comportamiento delictivo, la sola posibilidad reservada al finalismo para evitar que la provisional atipicidad se transforme en impunidad definitiva, sería entender que en el artículo 565 están contenidos todos sus elementos de injusto y de culpabilidad y que la ejecución por culpa del resto de delitos del Libro II del Código, salvo las figuras culposas especiales, revela la misma situación. El artículo 565 queda así referido, en principio, a todos los «hechos», es decir, al tipo objetivo de todos los delitos de la parte especial. La selección de los delitos que no pueden cometerse culposamente—selección que los autores finalistas no dejan de practicar con arreglo a las indicaciones de la dogmática española neoclásica existentes en las contribuciones de JIMÉNEZ DE ASÚA, RODRÍGUEZ MUÑOZ, ANTÓN ONECA, etc., etc.—no se sabe con arreglo a qué criterios podría ser practicada, en términos acordes con la seguridad jurídica, por esta dirección. El criterio de verificar si la figura delictiva contiene referencias expresas—de propósito, a sabiendas, etc.—o implícitas al dolo—como los especiales elementos subjetivos de lo injusto—, está inevitablemente prohibido al finalismo por la razón de que para él es el dolo el elemento típico subjetivo por excelencia.

De conformidad con esta construcción el artículo 565 queda transformado en un verdadero *crimen culpae*, en un *delictum sui generis*, autónomo o independiente. La aclaración de cómo podrían evitarse las negativas implicaciones de esta situación—indeterminación cuantitativa de los delitos culposos; expansión de la ejecución por culpa en el sistema; imprecisión de los presupuestos de punición en el sector; desvirtuación de la repulsa, acreditada por la evolución histórico-dogmática, del *crimen culpae*: contradicción con el criterio dominante, no impugnado por el finalismo, de que el Código adopta un sistema de *crimina culposa*, etc., etc.—tendrían que ser corregidas o eliminadas mediante las aclaraciones oportunas antes de que la tesis finalista primordial de la pertenencia del dolo al tipo encontrara viabilidad científica. Paralelamente, el argumento posible de que la pertenencia del dolo al «tipo del sistema» exigiría atribuir igual posición a la infracción del cuidado necesario en el tráfico en el delito culposo, a fin de respetar el desvalor de acción como nota constitutiva permanente del delito, no pasaría de ser un reflejo de la proclividad hacia la corrección lógico-formal de las proposiciones jurídicas, en no peque-

ño contraste con las exigencias sustanciales a que ha de entender la ciencia del Derecho (48).

VI

Contra la admisión de la violación del deber objetivo de cuidado se ha pronunciado RODRÍGUEZ DEVESA, para quien ni la inobservancia de la diligencia generalmente exigida ni su cumplimiento despliegan función alguna en los delitos imprudentes. En estas infracciones, la punibilidad depende de la causación del resultado y de que el autor pudiera prever y evitar el suceso antijurídico. El criterio del profesor de Madrid coincide así con la doctrina clásica española, discrepando de las tesis finalistas en sus diversas formulaciones (49).

Esta posición negativa tiene como base la observación de los inconvenientes que, a su juicio, dimanarían de la inclusión del cuidado necesario en el delito culposo. En primer lugar, éste se vería transformado en un tipo abierto, es decir, en un tipo que hallándose destinado, por definición, a circunscribir y delimitar con exactitud el comportamiento prohibido, no lo lograría plenamente al requerir ser integrado por el Juez mediante el examen del cuidado necesario u objetivamente debido en el intercambio social. En segundo término, la apreciación de que quien cumple los Reglamentos expresivos del deber objetivo de diligencia, realiza algo permitido, equivaldría, según dicho autor, a otorgar al sujeto un derecho a matar, lesionar, etc., etc.

La realidad es que la primera observación sólo puede alcanzar en principio a la inclusión de la infracción del deber objetivo en el tipo, no a quienes, por ejemplo, en línea semejante a la de la dogmática neoclásica, confirmada en España por la autoridad científica de RODRÍGUEZ MUÑOZ y ANTÓN ONECA, atendido lo sustancial de su pensamiento, estimen que dicho elemento no pertenece a la tipicidad ni a la antijuricidad, sino que presuponiendo la acción típica y antijurídica, ha de ser atribuido al juicio de culpabilidad, de forma que si el sujeto cumplió con el cuidado generalmente debido, se traza un límite al examen de si, en virtud de sus cualidades excepcionales, pudo prever y evitar personalmente el resultado. En todo caso, es posible decir también que en la doctrina alemana se ha estimado ordinariamente que la atribución de la violación del cuidado debido al tipo, no constituye una lesión sustancial del principio «nullum crimen sine lege» reconocido por el artículo 103 de la Constitución. Mientras que en la punición de la comisión por omisión, se estimó en los trabajos de reforma que existía una mácula para su vigencia, los autores que han mostrado mayor sensibilidad para el postulado de la definición y precisión legal del comportamiento punible, no han encontrado repa-

(48) V. TORIO, A., *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES. 1972. págs. 53 y sigs.

(49) V. *Derecho penal español*, cit., págs. 400 y sigs.

ros semejantes para admitir la moderna doctrina sobre la culpa (50).

En cuanto a la segunda observación, puede ser dirigida solamente a quienes aprecien en el cumplimiento del deber objetivo una causa de justificación. La reserva no alcanza, pues, a la inclusión de la inobservancia del deber en la culpabilidad. Finalmente, cabe añadir también que la simple, formal, observancia del Reglamento regulativo de la acción, no tiene por qué llevar aparejada la absolucón, siendo las exposiciones de MEZGER, HIPPEL o WELZEL indicativas de la improcedencia de esta posibilidad. El cumplimiento del Reglamento y del deber objetivo de cuidado no tienen, en principio, idéntico alcance o dimensión. El último sólo se colma por la acción que, en la situación concreta, hubiese emprendido un hombre prudente y diligente.

VII

La aporía del deber objetivo de cuidado pone de manifiesto que se está aquí ante una de aquellas cuestiones jurídicas en que el aspecto sistemático, con lo que ha podido designarse como peregrinación del concepto a través de la teoría jurídica del delito, ha de ceder paso a un planteamiento metodológico que podría comenzar por el aprovechamiento, pero no por la simple transposición, de los niveles científicos conseguidos en la dogmática extranjera. En segundo lugar, por tener en cuenta que la aspiración a la coherencia sistemática entre los distintos estadios o momentos de la doctrina del delito es, en buena medida, una utopía, pues el Derecho sirve a necesidades prácticas que imponen con frecuencia desviaciones a la lógica de los principios. Todo esto indica ya la improcedencia de una consideración lógico formal o axiomática, pues la fecundidad de toda declaración jurídica tiene como punto de referencia la realidad unitaria del Derecho, en que la dogmática traza límites conceptuales, que, sin embargo, no pueden llevar a una visión compartimentada o aislada de cada disciplina. En cada problema jurídico hay una convergencia de perspectivas, reveladoras de la tensión entre las distintas instancias y valores de que se nutre. Esto indica que el razonamiento jurídico no se despliega de manera lógico-formal desde un principio elegido como premisa —por ejemplo, el concepto final u ontológico de acción— hasta sus últimas ramificaciones. La expansión incesante del sistema favorece la visión mecánica de las cuestiones jurídicas y debe concluir donde la decisión sistemática se halle en contradicción con el Derecho positivo o lesione los valores jurídicos, bien por perturbar la seguridad jurídica —haciendo perder a los tipos penales en una u otra medida la función de de-

(50) V. MAYER, H., *Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände*, en *Materialien für Strafrechtsreform*, Bd. 1, 1954, pág. 239; el mismo, *Strafrecht, Allg. Teil*, 1967, pág. 129; JESCHECK, H. H., *Lehrbuch*, cit., pág. 375, afirma que el tipo de los delitos culposos ha de ser completado, más allá de su tenor, mediante la correspondiente valoración judicial..., pero que esto no supone ninguna violación del principio de precisión de los tipos.

limitar la conducta prohibida—; bien por desconocer necesidades sociales evidentes—por ejemplo, llevando indirectamente a la impunidad dentro de un sector dotado de efectiva protección jurídico-penal—; bien porque la solución acogida suponga una violación de la justicia material, haciendo, por ejemplo, una realidad secundaria del principio de culpabilidad. Un método que atienda conscientemente a esta variedad de perspectivas, sin desconocer el valor científico del sistema, tendrá, más que carácter axiomático, naturaleza argumentativa. En lo que se refiere a las cuestiones de que se trata aquí llevará a aconsejar la solución que, atendiendo en alta medida a las exigencias existentes, no prejuzgue las tareas del ordenamiento jurídico-civil y facilite un tratamiento de la culpa científicamente sostenible.

Estas finalidades las cumple, mejor que otras doctrinas, la que adscribe la infracción del cuidado necesario a la culpabilidad. En la actualidad no es ya posible prescindir de este concepto en la teoría del delito, no sólo porque su reconocimiento en la dogmática y jurisprudencia alemana y española corresponde a un progreso jurídico indudable, sino porque en la valoración judicial de comportamientos culposos, la observación de las propiedades objetivas de la acción, como puso ENGISCH de manifiesto, resulta imprescindible. Abstracción hecha del problema sistemático, el valor práctico de la inclusión de este momento objetivo en la culpa radica, entre otras razones, a juicio de JESCHECK, en que produce un contrapeso a la precivilidad de la jurisprudencia hacia la simple responsabilidad por el resultado, al requerirse determinadas propiedades de la acción como presupuesto de la punibilidad y en el establecimiento de un límite máximo a la responsabilidad penal, que acaba por contribuir al juego del principio de igualdad (51). La consecuencia esencial—y ésta es la coincidencia de fondo entre esta posición y la de los autores examinados—es que la pena criminal no puede alcanzar a la acción que muestra una aportación de la prudencia generalmente debida.

Procediendo así no queda decidido, sin embargo, si la infracción del deber objetivo de cuidado es característica fundadora o simplemente limitativa de la culpabilidad culposa. Dado el carácter individualizador del juicio de culpabilidad, la preferencia la merece *ab initio* la comprensión del cumplimiento del deber objetivo de cuidado como *límite* de la culpabilidad penal. El cumplimiento del deber general de diligencia expresa que el autor elevó la norma de cuidado a motivo del comportamiento. La acción exterior no revela entonces una actitud personal jurídicamente censurable. De esta forma queda trazado el límite de la culpabilidad personal, aunque de ninguna manera se la fundamenta.

La fundamentación de la culpabilidad depende, por el contrario,

(51) V. JESCHECK, H. H., *Lehrbuch*, cit., págs. 375 y sigs. El argumento de las medidas de seguridad está a favor del finalismo y del sistema de MAURACH o REHBURG. Sin embargo, es más penoso aceptar la conversión del artículo 565 en un *crimen culpaee*.

de que el sujeto no haya observado la prudencia, diligencia o pericia que le era personalmente posible. Es decir, de un juicio valorativo sobre la actitud espiritual del autor y el poder personal para evitar la producción del resultado. Se trata, pues, de una concepción que coincide, en la esencial, con el punto de vista de la teoría normativa de la culpabilidad propia de la doctrina neoclásica del delito. La atribución de la doble medida del deber a un momento del delito que no es ni la tipicidad ni la antijuricidad se acepta actualmente por algunos escritores. Según MAURACH, la infracción del riesgo permitido afecta a la atribuibilidad del acto (52). ROEDER declara que el autor que mediante una acción correcta causa el resultado típico yerra en la admisión de una situación no peligrosa, análogamente a quien en el caso de la legítima defensa putativa admite erróneamente la existencia de la situación de peligro (53). En cualquier caso, no parece que esté justificada frente a la posición acogida, la censura de que la introducción en el juicio de culpabilidad de la infracción del cuidado necesario en el tráfico, a decidir con arreglo a pautas objetivo-generales, contradiría su verdadera esencia, pues esta infracción establece únicamente el marco en que ha de desenvolverse el juicio individualizador sobre la reprochabilidad. La inobservancia del deber objetivo de cuidado abre sólo la posibilidad de un pronunciamiento acerca de la culpabilidad personal que, sin embargo, puede faltar realmente en la situación concreta, ya que no siempre coinciden las censurables propiedades exteriores de la acción con una actitud personal del autor también defectuosa. Al contrario, puede ocurrir que la acción objetivamente correcta tenga lugar pese a que la prestación subjetiva sea incorrecta e, inversamente, que el comportamiento externamente reprochable no guarde relación con una actitud interna merecedora de reproche, al haberse realizado por el autor la prestación de prudencia, diligencia o pericia que estaba personalmente a su alcance. Que en uno y otro caso proceda la absolucón, obedece, sin embargo, a distinto fundamento. En el primer caso, el Derecho reconoce la existencia de un límite a la investigación de la culpabilidad. En el segundo, la culpabilidad no puede fundamentarse (54).

(52) V. *Tratado*, cit., II, págs. 273 y sigs.

(53) V. *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, cit., pág. 93.

(54) Expresiones como "la culpabilidad no puede fundamentarse" y otras correlativas utilizadas en el texto no deberían contribuir al equívoco que aparece a veces en la doctrina y la práctica española de que la culpabilidad se fundamenta por el Juez y que hasta que la culpabilidad "no se le reprocha al autor en la sentencia" no adquiere dimensión jurídica verdadera, un equívoco que no debe ser pasado por alto puesto que impide la comprensión exacta de la teoría normativa y, con ello, de los esfuerzos efectuados a lo largo del presente siglo para ofrecer una construcción de la culpabilidad como juicio de valor. El célebre argumento de la "cabeza ajena" ignora al juez como personificación del ordenamiento jurídico, como advierte WELZEL. La utilización de expresiones como las mencionadas al comienzo de la nota —muy frecuentes, por otra parte, en los escritores—, no tiene entonces por qué producir confusión. Sobre todo esto, pueden consultarse los *Tratados* de JIMÉNEZ DE ASÚA, MEZGER, MAURACH, ANTÓN ONECA, RODRÍGUEZ DEvesa y

Si la conformación exterior de la acción cumple la función de establecer un límite al juicio de culpabilidad, al proporcionar información de que el sujeto se motivó de acuerdo con la norma, habrá de renunciarse a investigar, una vez establecida la falta de violación del cuidado necesario, si en la situación concreta pudo, en virtud de sus sobresalientes cualidades, efectuar una prestación personal de prudencia, diligencia o pericia por encima de lo exigido al hombre prudente y diligente. Respecto a esto sería oportuno recordar que la espada afilada en demasía se mella con facilidad (55). El argumento de que el sujeto —por ej., el cirujano— puede entonces conformarse con aportar el nivel de pericia que corresponde a la *lex artis* —lo que llevaría a su absolución— sin que se le pueda imputar aquella acción de que es capaz por sus excepcionales cualidades, aparte de presentar el carácter de una hipótesis jurídica de laboratorio, ha de ser contemplado en su verdadera peculiaridad. La cuestión de la responsabilidad por el fallecimiento del enfermo, pese a la aportación objetivamente irreprochable de la técnica quirúrgica científicamente aprobada que hubiese empleado «el médico prudente y diligente», dependería de diversas apreciaciones (por ej., de si el autor fue elegido por sus cualidades excepcionales o sobresalientes y en atención a sus capacidades específicas; de si se conformó con la prestación de lo técnicamente preceptuado, omitiendo voluntariamente la prestación de que sólo él era capaz, supuesto en que el problema se complica con el posible concurso entre las regulaciones del homicidio culposo y la omisión del deber de socorrer; dependerá también, en fin, de si la omisión de «la» acción hipotética que hubiese salvado la vida del enfermo con la probabilidad rayana en la certidumbre reclamada por los delitos de comisión por omisión, fue efectuada de forma simplemente culposa).

En la literatura penal, el tratamiento de este supuesto se orienta con pautas variadas. WELZEL entiende que el concepto del cuidado necesario obliga a considerar las capacidades del sujeto (56). Otros autores exigen también que la capacidad personal sea valorada en el juicio sobre la antijuricidad típica (57). El problema merece un estudio independiente. En todo caso, cabe decir que la hipótesis del autor que

DEL ROSAL y la monografía de WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, cit.; CÓRDOBA RODA, J., *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, 1963; SAINZ CANTERO, J. A., *El desenvolvimiento histórico dogmático del principio de no exigibilidad*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1960; el mismo, *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal*, Granada, 1965 (donde está recogida la bibliografía española hasta la fecha de su publicación); DÍAZ PALOS, F., *Culpabilidad jurídico-penal*, Barcelona, 1954; NAVARRETE URIETA, J. M.^a, *El encubrimiento entre parientes*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1960, págs. 229 y sigs. y la traducción de la conferencia de su maestro MEZGER, E., *La culpabilidad en el moderno Derecho penal*, Valladolid, 1956.

(55) Como dice MEZGER, E., *Tratado*, cit., I, pá. 229, con referencia al problema diverso de los elementos subjetivos de lo injusto.

(56) V. *El nuevo sistema del Derecho penal*, cit., pág. 73.

(57) V. STRATENWERTH, G., *Strafrecht, Allg. Teil (Die Straftat)*, 1971, número 1.167; JAKOBS, G., *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pág. 50 y siguientes.

realiza la acción que observa mediocrementemente el cuidado necesario o generalmente debido, pero omitiendo aquélla de que era capaz en virtud de su prudencia, atención, perspicacia, o pericia sobresalientes, es un caso irregular en la teoría del delito culposo, que no debe justificar la transformación de su estructura general. La opinión contraria invierte, a nuestro juicio, el método propio de la ciencia del Derecho: deja de considerar la realidad jurídica según sus manifestaciones típicas, a las que debe atender con prioridad, y a fin de que la regla jurídica general pueda abarcar una hipótesis excepcional, termina por originar una transformación de su contenido. Dado que la hipótesis es excepcional, su tratamiento dependerá de su conformación concreta, que ordinariamente no diferirá de las variantes indicadas o presentará una combinación de ellas.

Establecido, pues, que la observancia del deber objetivo de cuidado es *elemento limitativo* del juicio sobre la culpabilidad individual, no cabe aceptar las objeciones de REHBERG a esta forma de resolver el problema. Este autor afirma que la introducción de la infracción del cuidado necesario en el tráfico en el juicio de culpabilidad olvida que esta infracción se define conforme a módulos generales, mientras que dicho juicio ha de ser eminentemente individualizador (58). Prescindiendo de que no puede negarse la posibilidad de que en el juicio de culpabilidad encuentren lugar momentos objetivos cuyo sentido es, sin embargo, subjetivo-personal, la objeción sería exacta si con la inobservancia del cuidado necesario, la culpabilidad resultase fundamentada. Sin embargo, esto no es realmente así. Establecido que el cuidado objetivo ha sido infringido, ha de ponderarse si las defectuosas propiedades del comportamiento externo están correspondidas por la defectuosa actitud interna del sujeto. La infracción del deber objetivo de cuidado no produce, todavía, ningún perjuicio para el autor. El juicio de culpabilidad exige, previa la comprobación de que quedó lesionado el cuidado necesario en el tráfico, establecer valorativamente dentro del marco trazado por éste, que la actitud del autor es reprochable como imprudencia, negligencia o impericia.

La necesidad de esta doble medida de la culpa está en consonancia con su naturaleza normativa. La delimitación entre imprudencia temeraria y simple no es mero reflejo de la *comprobación* de la situación externa, sino consecuencia de la ponderación valorativa del poder personal del autor para prever y evitar el resultado y conocer lo injusto de su obrar. Sólo mediante este juicio individualizador quedan atendidas en el delito culposo las exigencias propias del principio «no hay pena sin culpabilidad».

Es justo, de acuerdo con esto, poner de relieve, antes de finalizar el presente estudio, el acierto de ANTÓN ONECA al afirmar, en la línea de la dogmática neoclásica, que «el juicio valorativo que nos conduce a la afirmación de la responsabilidad culposa exige una comparación entre la conducta del reo y la que hubiera observado, según nos:

(58) V. Zur Lehre vom "Erlaubten Risiko", cit., págs. 167 y sigs.

enseña la experiencia, el hombre cooperador a los fines de la vida colectiva». Es ésta una condición necesaria, pero no suficiente, para la estimación del delito culposo, pues «la conocida y apaciguadora fórmula de la diligencia media..., pretende medir "un hombre de carne y hueso con un fantasma", olvidando que "la vida sólo con la vida puede medirse"», por lo que «será preciso tener en cuenta la capacidad del sujeto, sus defectos corporales y mentales, su cultura, la situación anímica en el momento de obrar, tanto la motivada internamente como la que es producto de estados externos de coacción y urgencia» (59).

La concepción expuesta, abierta a inevitables precisiones y aclaraciones, no da lugar a reparos comparables a lo que presentan otras direcciones. La inclusión del cuidado debido en la culpabilidad, impide que el tipo sea recargado con elementos no conciliables con el derecho positivo, sin que el cumplimiento del deber objetivo de diligencia haga surgir recelos sobre la concesión de un derecho a la realización del resultado. La posición acogida logra también distinguir, como ha sido reiterado, entre «cuidado formal reglamentario» y «cuidado materialmente debido».

En lo que concierne a la situación de la jurisprudencia respecto a los problemas de este estudio, hay que decir, que tras declaraciones como las de 11 y 16 de junio de 1964, que pueden ser invocadas, sin duda, en favor de las tesis finalistas, las decisiones de los años recientes no implican una confirmación de este punto de partida. En la actualidad, la infracción del deber objetivo de cuidado es reclamada frecuentemente como nota del delito culposo en la jurisprudencia, lo que tiene que estimarse como un mérito en el enjuiciamiento de esta clase de infracciones (60). Sin embargo, la Sala Segunda no prejuzga con ello el

(59) V. ANTON ONECA, J., *Derecho penal*, parte general, 1949, pág. 219.

(60) En la abundante jurisprudencia reciente sobre la culpa existen declaraciones muy variadas. La atención que se dispensa a los problemas del delito culposo permite observar una depuración progresiva en este área. Referencias al deber objetivo de cuidado las presentan sentencias como las de 4-XI-1971 (es indispensable que exista la oportuna relación causal entre conducta infractora del deber objetivo de cuidado y el resultado acaecido); 20-XII-1971 (imprudencia temeraria por omisión de las cautelas más elementales del deber objetivo de cuidado); 4-II-1972 (siendo el concepto de la imprudencia temeraria... esencialmente cualitativo porque se da en el agente una radical ausencia del deber objetivo de cuidado); 22-V-1972 (imprudencia leve—art. 586-3.º—, ... infringiendo un deber de cuidado no esencial); 16-V-1972 (el delito de imprudencia simple antirreglamentaria precisa... la omisión de un deber objetivo de cuidado); 7-IV-1973 (resultado reprochable que se eludiría de utilizar el cuidado objetivo impuesto por las normas de cultura...); 16-V-1973 (imprudencia temeraria por dejar de prever lo que era notoriamente previsible y de omitir elementales deberes objetivos de cuidado impuestos por tales normas varias). Dentro de la unidad de la jurisprudencia, se percibe que el acento recae a veces en otro sentido. Así, en las referencias a la distinción entre módulos psicológicos y normativos. Sentencias de 3-XI-1971 (imprudencia temeraria tanto desde el ángulo psicológico del poder o saber, como del normativo del deber); 10-IV-1973 (el caso fortuito ... niega la culpa en su elemento psicológico, dando lugar a la imprevisibilidad... y en su elemento normativo por haber obrado el agente conforme al deber de cuidado, factores ambos que se encuentran recogidos en el párrafo 8 del artículo 8 del Código penal...). El contenido de las decisiones

problema, preponderantemente teórico, de su inserción sistemática en la doctrina de los elementos del delito. Al proceder así, contribuye al perfeccionamiento de la aplicación del Derecho, y no participa en polémicas que, aun siendo fuente para el conocimiento jurídico, son competencia de la literatura penal. Es de esperar que la acogida dispensada a las aportaciones de la moderna doctrina española sobre el «cuidado necesario en el tráfico» lleve correlativamente a una realización creciente del principio «no hay pena sin culpabilidad» en los delitos culposos (61).

debe entenderse con flexibilidad, sin pretender encontrar en pasajes aislados o momentos lingüísticos particulares un punto de apoyo para la propia concepción de los problemas.

(61) En las páginas precedentes ha sido mantenida una terminología que, siendo usual sobre estas cuestiones, está necesitada de depuración. Las expresiones “cuidado necesario en el tráfico” o “deber objetivo de cuidado” se prestan a reparos, pues puede procederse con sumo cuidado y la acción ser muy imprudente, como ponen de relieve las indicaciones de HIPPEL y de FRANK. El término “tráfico” es poco correcto; además, la carta de naturaleza adquirida por la locución “tráfico automovilístico” da base para tomar la parte por el todo. En la traducción de WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, parte general, 11.^a ed., Editorial Jurídica de Chile, 1970, BUSTOS RAMÍREZ y YÁÑEZ PÉREZ hablan de “cuidado requerido en la vida de relación”, págs. 187 y sigs. La rectificación del lenguaje debe estar precedida por un examen de la conexión posible entre los conceptos del Código penal relativos a la culpa (imprudencia, negligencia, abandono, ignorancia, etc.), con las actuales concepciones del delito culposo. No se ha utilizado la expresión *reprochabilidad objetiva*, propuesta por GIMBERNAT ORDEIG, porque al igual que la complementaria—*reprochabilidad subjetiva* o culpabilidad—, excede a las cuestiones específicas del delito culposo.

La estructuración jurídica del delito culposo, problema actual de la dogmática

RUPERTO NUÑEZ BARBERO

Doctor en Derecho

Profesor numerario de Derecho penal de la Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. *Desenvolvimiento actual de los delitos culposos.*—II. *La culpa: concepto y antecedentes. Conclusión.*—III. *Fundamento de la punición de la culpa. Consideraciones finales.*—IV. *Clases: culpa consciente y culpa inconsciente. Culpa consciente y dolo eventual. Otros criterios de clasificación.*—V. *Elementos; la concepción tradicional; crítica: riesgo y resultado en el delito culposo. Peligro abstracto y peligro concreto. Problemática actual.*—VI. *La estructuración actual del delito culposo en la moderna doctrina penal (Alemania, Suiza, Austria). Consideraciones político-criminales.*—VII. *Injusto y culpabilidad. La antijuricidad; infracción del deber de cuidado y resultado lesivo; problemática de la conexión causal. La culpabilidad.*—VIII. *Culpa y finalidad. La tesis de Welzel.*—IX. *Crítica de la teoría finalista de la acción en relación a los delitos culposos. Consideraciones finales.*

I

Hasta una época relativamente reciente los delitos culposos eran tan insignificantes en relación a los dolosos que el legislador podía permitirse tratarlos de forma un tanto superficial y fragmentaria. En el Derecho penal moderno los delitos culposos han venido desenvolviéndose junto a los dolosos en un segundo plano (1). En 1930. Engisch, en su famosa monografía sobre la intención y la prudencia, podía hablar todavía de la relativa rareza de los delitos de imprudencia (2). Desde entonces la situación se ha transformado radicalmente. El progreso científico y el desenvolvimiento técnico han puesto a disposición del hombre complejos mecanismos cuyo manejo es fuente de peligro, tanto para quien los utiliza, como para los demás. Esta

(1) JESCHECK, *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht*, Freiburg im Breisgau, 1965, pág. 5. Análogamente WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, Allg. Teil, 11 Aufl., Berlín, 1969, pág. 127.

(2) ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlín, 1930, pág. 476. reeditado en 1964, «Scientia Verlag Aaler».

transformación de las condiciones de vida, han provocado la multiplicación de los delitos cometidos por imprudencia a un ritmo que crece sin cesar (3). En el curso de los últimos años el crecimiento de la circulación automovilística ha transformado considerablemente las perspectivas. La imprudencia y la negligencia circulatorias, generadoras cada año de miles de víctimas, han alcanzado rápidamente proporciones de catástrofe social, junto a lo cual, los homicidios, asesinatos, violencias y delitos intencionales de todo tipo, no podrían siquiera compararse en un plano estadístico (4). Paralelamente los accidentes ocasionados por la fabricación, manipulación o utilización de ingenios o productos peligrosos, se multiplican de manera alarmante. En el Discurso de apertura, pronunciado en la Universidad de Friburgo, en 1965, Jeschek, con referencia a las estadísticas de 1962 en la República Federal de Alemania, ponía ya de manifiesto, cómo el conjunto de los delitos de circulación (la mayoría de ellos cometidos culposamente) constituían el 46 por 100 de las condenas por delitos en general (*Verbrechens und Vergehens*). Por lo que a nuestro país se refiere, y según se desprende de las cifras consignadas en la Memoria elevada al Gobierno por el Fiscal del Tribunal Supremo, más de la tercera parte de las infracciones penales constatadas judicialmente en 1971, concretamente el 34,2 por 100, corresponde a los denominados genéricamente delitos de tráfico y en los que las conductas realizadas por imprudencia con vehículos de motor, constituyen más del 90 por 100 del total (5). Pero, además, no es sólo la realización de hechos delictivos, lo que en materia de delitos de imprudencia ha aumentado considerablemente sino que la punición de los comportamientos imprudentes ha manifestado también una particular tendencia a la elevación (6). Ahora bien, no es menos cierto

(3) ROKOFYLLOS, *Le concept de lésion et la répression de la délinquance par imprudence*, París, 1967, pág. 1.

(4) Según datos constatados por la Jefatura Central de Tráfico el número de accidentes de tráfico ocurridos durante el año 1971 en nuestro país asciende a 84.581, con un total de 4.247 muertos (Vid. *Memoria elevada al Gobierno Nacional en la Apertura de los Tribunales por el Fiscal del Tribunal Supremo*, Madrid, Reus, 1972, págs. 44-45). Datos estadísticos facilitados igualmente por la Jefatura de Tráfico señalan, para los meses de febrero a septiembre de 1971, las siguientes cifras de accidentes y víctimas: Accidentes, 39.779; muertos, 2.788; heridos, 57.999 (Vid. RDCir, núm. 6, noviembre-diciembre 1971, pág. 632).

(5) *Memoria*, cit., págs. 42-43. En 1970 constituía ya este tipo de infracciones el segundo en importancia cuantitativa con un total de 66.050 actuaciones judiciales por hechos de esta naturaleza, lo que significaba un 32,8 % del total de las infracciones penales, correspondiendo a las conductas calificadas como imprudencia el 88,6 % de las cometidas con vehículos de motor. Téngase en cuenta, además, que los delitos culposos clasificados como de «imprudencia punible» no cometidos como consecuencia del tráfico rodado arrojan la cifra de 2.638 (Cf. J. CALVILLO, *El «Dedecho de la circulación» en las Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo, Memoria de 1971*, en RDCirc., núm. 1, enero-febrero, 1972, páginas 98-99).

(6) Cf. WEZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, Karlsruhe, 1961, página 2. La versión francesa con el título de *L'imprudence et les délits de*

que el dispositivo penal tradicional debe ser revisado, y por ello, en los últimos años, criminólogos y juristas, han acordado conceder una mayor atención al problema de la prevención y represión de las infracciones cometidas por imprudencia. Numerosos congresos internacionales han elegido este tema como base de estudio. Particularmente importantes fueron los de 1961, en Lisboa y 1966, en Lille (7). Todos los trabajos se han dirigido a considerar, en relación a la evolución de los hechos, dos cuestiones esenciales: el problema de la definición de la culpa generadora de responsabilidad penal, y el problema de la punición de los delitos culposos (8).

La conducta imprudente venía siendo únicamente penada, en la gran mayoría de los casos, cuando el comportamiento del autor había originado, por su falta de diligencia, una consecuencia lesiva no deseada por el mismo. Ello explica que para la dogmática que pudiéramos llamar clásica, el elemento más importante del hecho culposo era el resultado lesivo (9). Pero en la hora actual ciertos delitos, hasta hace poco tiempo, prácticamente casi desconocidos, reclaman cada día más la atención del legislador. Son los delitos culposos de peligro. La llamada «puesta en peligro» basta en la actualidad, y cada vez más frecuentemente, para la punición. En la vida social estos nuevos elementos materiales han extendido considerablemente la punición uniéndose a los comportamientos imprudentes (10).

Cada vez que la delincuencia aumenta, la Criminología se manifiesta habitualmente con sus diferentes ramas. Pero por muy importantes que sea estas investigaciones no podrán nunca reemplazar el estudio dogmático de los elementos del delito y de sus relaciones internas. Esta labor dogmática no puede ciertamente, al menos de una manera directa, frenar el recrudecimiento de los delitos de imprudencia, pero sí puede —como indica Welzel— poner de relieve las bases para una mejor apreciación de la estructura de los delitos culposos, tan uniforme y equitativa como sea posible, y que suministre a un tiempo al legislador los medios para establecer normas jurídicas adecuadas. Tal contribución, siquiera sea indirecta, no puede ser reemplazada por ninguna otra (11).

la circulation se publicó en «Rev. inter. de droit pén.», 1961, 2 págs. 985 y siguientes. El citado trabajo de WELZEL figuró como *rapport* presentado al VIII^o Congrès de l'Association internationale de droit pénal, celebrado en Lisboa del 21 al 27 de septiembre de 1961.

(7) Además de los citados, VIII^o Congrès de l'Association internationale de droit pénal de Lisboa, y VII^o Congrès français de criminologie de Lille, fueron también especialmente importantes el *Colloque du XXV^e anniversaire de la «Revue de science criminelle et de droit pénal comparé»* (París, 1961) y las las VII^{es} Journées juridiques franco-yugoslavas (Toulouse-Bordeaux-Paris, 1963). Vid., además, recientemente, Congreso de Criminología, celebrado en Bruselas (1972), en «Rev. de droit pénal et de Crim.», 1972-73 (núms. 2-3), por lo que a los delitos de imprudencia se refiere.

(8) Cf. MERLE-VITU, *Traité de droit criminel*, París, 1967, pág. 449.

(9) MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, Allg. Teil, 14 Aufl., München, 1970, página 223.

(10) WELZEL, *ob. y rev. cits.*, págs. 985-86.

(11) Cf. WELZEL, *ob. y rev. cits.*, pág. 987.

La particular dificultad de la problemática de la culpa fue puesta ya de relieve a partir de Feuerbach (12). Y clásicas son las palabras de Binding: «La teoría del dolo es una tarea relativamente fácil frente a la teoría de la culpa (13). Ya en 1927, manifestaba Roux: «Il n'est peut être, en droit pénal de théorie encore plus remplie d'obscurités que celle du délit par imprudence» (14). Con razón llega Eberhard Schmidt, en su magistral exposición histórica, a la conclusión de que el problema de la culpa es uno de los particulares cometidos del derecho penal del presente (15).

Pero también el tratamiento del delincuente por imprudencia es un cometido de política criminal de los más complicados, porque el hecho punible culposo puede reflejar todos los matices de la vida psíquica, desde la pura actitud criminal a la simple falta de concentración y al más leve error, pasando por todas las variedades posibles de la psicopatías, como indica Göppinger (16).

Si como problema teórico la estructura jurídica de la culpa ha hecho progresos considerables en el plano científico, por el contrario, el tratamiento de los delinquentes por imprudencia, como problema de política criminal, está todavía en los albores (17).

II

Cuando se examina la voz «culpa» desde un punto de vista etimológico no se encuentra unidad de pareceres. De estas incertidumbres etimológicas surgen las vacilaciones al emplear el término latino *culpa*, que, tras la evolución que tuvo en el derecho civil de Roma y en los glosadores, adquirió un contenido terminante de imprudencia, negligencia, cuasi-delito, etc. (18). Ferri llamó a estos delitos *invo-*

(12) FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 13 Aufl., Giessen, 1840, págs. 92 y ss.

(13) BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Band IV, reedición de 1965, Scientia Verlag Aalen, págs. 336-37, «Die Vorsatzlehre ist relativ leichte Arbeit gegenüber der Lehre von der Fahrlässigkeit».

(14) ROUX, *Note Sirey*, 1927, I, pág. 33.

(15) Eberhard SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3 Aufl. Göttingen, 1965, pág. 455.

(16) Cf. GÖPPINGER, *Der Verkehrssünder als krimineller Typus*, «Kriminal biologische Gegenwartsfragen», Heft 4, Stuttgart, 1960, págs. 78 y ss.; MEYER-JACOBI-STIEFEL, *Typische Unfallsachen im deutschen Strassenverkehr*, III, Hamburg, 1961, págs. 36 y ss.

(17) JESCHECK, *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit...*, cit., pág. 7.

(18) Históricamente la culpa surge con posterioridad al dolo. Representa, por tanto, un más alto grado de espiritualidad del derecho. Ello supone un paso más en la elevación del Derecho penal, puesto que la separación entre lo intencional y lo no intencional, aunque culpable, exige una mayor precisión de conceptos, lo que evidencia un gran progreso en la técnica jurídica (Vid. QUINTANO, *Curso de Derecho penal*, I, Madrid, 1963, pág. 289; EL MISMO, *Derecho penal de la culpa*, Barcelona, 1958, páginas 75-76; idem. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Band IV, reedic. 1965, Scientia Verlag Aalen, pág. 61). Es al Derecho romano («Culpan esse quod cum a diligenti providere potuerit non esset provisum»,

Juntarios (19), y así se denominan en el artículo 319, del Código penal. Tal denominación no es exacta, en absoluto, puesto que, aunque las consecuencias dañosas puedan considerarse involuntarias, se ol-

Fig. 9, 2. 31; vid. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, reed. 1965, pág. 89), posteriormente al Derecho canónico (Vid. SCHIAPPOLI, *Diritto penale canonico*, Enc. *Diritto penale*, Pessina, I, Roma, Milano, Napoli, 1905, págs. 681 y ss.) y, sobre todo, a los juristas italianos de la edad media (Vid. ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren*, Leipzig, 1895), a quienes corresponde, en alto porcentaje, los méritos en orden a la elaboración de su concepto. En el ámbito penal, sin embargo, no parece que el Derecho romano, al menos en la época clásica, suministre otra noción de la culpabilidad que la del dolo (Vid. MOMMSEN, *ob. cit.*, pág. 89. Cf., además, MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, 4.^a ed., Torino, 1961, vol. I, puesto al día por G. D. Pisapia, pág. 749, n. 1). De otro lado la culpa es limitada por un lado al *casus*, por otro al dolo (MOMMSEN, *ob. cit.*, páginas 89-90, n. 1), concepto este último que viene a asumir las funciones de la culpa, dado que en los *crimina* y en los *delicta*, en los cuales concurre el dolo, la culpa —usada no ya en un sentido, pudiéramos decir, de «imputabilidad», sino más técnico, de defecto o falta de prudencia, cuidado, pericia, etc.—, es llamada *casus* (Cf. Giuliano GRIFFO, *Illicito (Diritto romano)*, en *Novissimo Digesto italiano* UTET, VII, 1957, pág. 172). La expresión «culpa lata» es equiparada en las fuentes al dolo: «culpa dolo proxima dolum repraesentat (Dig. 47, 41, 2); «magna culpa dolus est» (Dig 50, 16, 226). Vid.; además MOMMSEN, *ob. cit.*, pág. 89; ídem. BINDING: *Dig Normen*, cit., Band IV, pág. 57 n. 18. Contrariamente FERRINI: *Esposizione storica e doctrinale del Diritto penale romano*, Enc. *del Diritto penale ital.* Pessina, I, Milano, 1905, pág. 55, estima que si bien «en materia de Derecho privado la culpa lata se reprime cuando se reprime el dolo en el cumplimiento de una obligación preexistente, es notorio que esto nada tiene que ver con el Derecho penal».

Se ha dicho que el «acta de nacimiento» del delito culposo se encuentra en la *lex Aquilia de damno* (CELLHI: *Il delitto colporo*, Sta. María Capua-Vetere, Schiano ed., 1950, pág. 122) a través de la interpretación del término *iniuria*, pues la acción que surge de esta ley, a diferencia de otras acciones penales, no presupone el dolo en el demandado, sino la necesidad de responder de ciertos actos de negligencia que causaban daños a otra persona. Para designar este tipo de conducta negligente se acudió al término «culpa», que posteriormente habría de utilizarse en la problemática de la responsabilidad contractual. Así pues, el *damnum iniuria datum*, tal y como aparece en la *Lex Aquilia* —donde se encuentra la distinción entre culpa *lata*, *levis* y *levissima*— vendría a ser el origen y prototipo del delito culposo, esto es, no doloso, en el Derecho romano. Mas también podría decirse que de la distinción citada no se deduce que la *Lex Aquilia* se refiera al Derecho penal, sino al civil, pues el propio Cecchi reconoce que para los romanos la culpa no generaba *delictum*, sino *quasi-delictum*, que daba derecho a la acción civil de resarcimiento (Vid. CECCHI, *ob.* y páginas cit., pág. 123, n. 180). Cf., además, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, V, 1956, pág. 686. Sin embargo, y aun cuando —como corrobora MANZINI, *Trattato*, cit., pág. y nota cits.— en el Derecho romano no pareció existir una noción propiamente penal de la culpa, que no representó una forma particular de culpabilidad, el delito culposo, aun no siendo equiparado al doloso, se castigaba en algunos casos admitidos por la ley (homicidio e incendio) con penas especiales más leves que las ordinarias (HEUSLER, *De ratione in puniendis delictis culpa commissis apud Romanos servata*, Tubinga, 1829, pág. 68).

La distinción entre «culpa» y «casus» comienza ya a delimitarse en las fuentes eclesiásticas (Vid. SCHIAPPOLI, *Diritto penale canonico*, cit., pág. 695; ídem. MANZINI, *Trattato*, pág. cit. Vid., además, ALIMENA, *Principii di diritto*

vida que la voluntad del agente es, por el contrario, manifiesta en la realización del acto generador del daño (20).

El término «faute», usado en las legislaciones de lengua francesa, unas veces con referencia a la culpabilidad y otras con relación a la culpa *strictu sensu*, es equívoco (21). Para describir la «faute» el legislador francés utiliza las expresiones *maladresse, imprudence, negligence, inattention*. En realidad lo que se incrimina en la infracciones de este tipo es la imprudencia o la negligencia. Considerada bajo este punto de vista, la «faute» consiste —como afirma Roger Merle— en no prever las consecuencias dañosas del acto realizado—o en no creer que pudieran producirse— por no tomar las precauciones necesarias para impedir su producción (22).

La doctrina dominante en Alemania deriva la palabra culpa de *Fahren lassen*. De acuerdo con esta raíz podrían darse a la culpa varios significados: dejar fuera de cuidado, descuidar o actuar sin

penale, I, Napoli, 1910, pág. 333). Los postglosadores primero y los prácticos después, adaptaron hábilmente las construcciones de los privatistas romanos en orden a la culpa (Vid. ENGELMANN, *Die Schuldlehre*, cit., páginas 188 y 197), que es concebida como una conducta voluntaria en desacuerdo con el deber de prevenir las consecuencias previsibles del propio acto, pero sin que pueda encontrarse todavía una noción única de la culpa, y menos aún que ésta pueda representar ya una especial forma de culpabilidad. Es preciso llegar al siglo XVII para encontrar una mejor sistematización de la doctrina de la culpa y en la que los prácticos intentan superar el casuismo para elevarse a principios más generales. Así, v. g., en PRIORI, *Practica criminale secondo il rito delle legi de la S.R. di Venetia*, Venetia, 1678, pág. 137, para quien se llama homicidio culposo «aquel que se comete sin dolo e inadvertidamente, en ningún caso por delito doloso, y donde no hay dolo se pune con pena corporal solamente en cuanto hubiese culpa lata, que está próxima al dolo, la cual existe cuando uno no entienda: o no haga aquello que todos entienden, o bien hacen. Esta se denomina culpa lata; culpa leve, por consiguiente, es una negligencia, un descuido que se da en las cosas dudosas, y en aquellas en que no se pueda discernir si hay peligro o no, y en las que es lícito dudar...»

Ciertamente que las enseñanzas de la historia en materia de culpa ponen de manifiesto como se trata aquí de uno de los más visibles progresos de la cultura, pero el Derecho comparado y la dogmática evidencian, sin embargo, como queda todavía un largo camino por recorrer (Vid. QUINTANO, *Derecho penal de la culpa*, Barcelona, 1958, pág. 76) e incluso en el momento actual el delito culposo se encuentra, en cierto modo, como a la sombra de los hechos punibles dolosos (Cf. MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, II, Trad. de Córdoba Roda, Barcelona, 1962, pág. 216).

(19) FERRI, *Principios de Derecho criminal*, trad. R. Muñoz, Madrid, Reus, 1953, pág. 588.

(20) Cf. MERLE et VITU, *Traité de droit criminel*, París, Cujas, 1967, pág. 450. J. B. HERZOG, *La prévention des infractions involontaires*, en «*La prévention des infractions contre la vie humaines et l'intégrité de la personne*», París, Cujas, 1956, I, pág. 217, va aún más allá, llegando a afirmar que «si el agente podía y debía prever las consecuencias de su acto y no lo ha hecho, es porque no lo ha querido».

(21) Esto lo hemos puesto de manifiesto detalladamente en nuestras anotaciones al trabajo de J. GRAVEN, *La punición de la negligencia en el Derecho suizo*, ADPCP, 1968, págs. 246 a 249, en Nota del Trad.

(22) MERLE et VITU, *Traité*, cit., pág. cit.

atención (23), actuar sin dolo (24) o dejar las cosas al azar (25). Una segunda raíz sería *warlose*, en cuyo caso, la expresión «Ware», tendría la acepción de observación, atención, cuidado o vigilancia (25).

Cualquiera que sea la raíz que, desde un punto de vista etimológico, quiera darse a la culpa, siempre habrá omisión de algo, atención, cuidado, vigilancia, etc. (26). Mezger-Blei pone de relieve, en su definición de la culpa, la desatención del deber de precaución (27). Por consiguiente, desde este punto de vista podría decirse que el significado de la «Fahrlässigkeit», y que podría traducirse por «imprudencia» (28), consiste en no hacer algo de lo debido, a saber, no cumplir con el deber de precaución mediante cuya observancia se habría evitado el hecho y las consecuencias del mismo. Máxime teniendo en cuenta el párrafo 276 del BGB (ya que el StGB no define la culpa), y que especifica que «obra imprudentemente quien deja de observar el cuidado exigible en el tráfico» (29).

Una definición legal de la imprudencia es la dada por el Código penal suizo, en su artículo 18, párrafo 3.º, según el cual, «comete crimen o delito por negligencia quien por una imprevisión culpable obra sin darse cuenta o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto. La imprevisión es culpable cuando el autor del acto no ha em-

(23) Cf. KLUGE, *Etymologische Wörterbuch der deutschen Sprachen*, 16. Aufl., pág. 180. Vid., además, Rudolf GROSSMANN, *Wörterbuch der Spanischen und deutschen Sprache*, 4.ª Aufl., 1953, págs. 328-29; ídem. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Problèmes modernes de la culpa (fautes)*, en «Rev. intern. de droit pénal», 1961, II, pág. 856, n. 1.

(24) Vid. BINDING, *Die Normen*, cit., IV, pág. 27.

(25) Cf. Ferdinand KADECKA, *Zur Etymologie des Wortes Fahrlässigkeit*, ZStW, LIII, 1933, págs. 135 y ss.

(26) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Problèmes*, cit., loc. cit.; ídem. BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa y finalidad*, Ed. jur. de Chile, 1967, pág. 12.

(27) «Obra culposamente —dijo MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, cit., I, 11. Aufl., 1965, pág. 198— aquel a quien se reprocha haber desatendido el deber de cuidado que le correspondía personalmente y, por tanto, no ha evitado el hecho y sus consecuencias» (*Fahrlässig handelt derjenige, den der Vorwurf trifft, dass er eine ihm persönlich obliegende Sorgfaltspflicht missachtet und deshalb die Tat und ihre Folgen nicht vermieden hat*).

(28) Vid. QUINTANO-HEIPERN, *Diccionario de Derecho comparado*, Madrid, 1951, pág. 11. Vid., también, aunque en sentido amplio, incluyendo la negligencia, BECH, *Wörterbuch der Rechts und Wirtschaftssprache*, Teil I, C. Beck, München, 1971, págs. 511 y 611; C. ANTOLÍNEZ, *Juristisches Wörterbuch*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlín, Bonn, München, 1970, pág. 119; GROSSMANN, *Wörterbuch*, cit., pág. 329; DAUM, HAENSCH y MORAL, *Rechtssprache (Spanisch und deutsch)*, M. H. Verlag, München, 1970, pág. 181. Traduce la voz *Fahrlässigkeit* por *negligencia*, de modo exclusivo JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., V, pág. 676. Aun cuando parece aportar argumentos de cierto peso, la cuestión es discutida y discutible, dependiendo, además, del punto de vista que se adopte en torno a los conceptos de imprudencia y negligencia, y si bien se distinguen doctrinalmente, por lo que se refiere a nuestro derecho, el TS emplea ambos términos de manera sinónima (Vid. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, Madrid, 1949, pág. 222). Vid., sin embargo, QUINTANO, *Derecho penal de la culpa*, cit., pág. 748, n. 2.

(29) «*Fahrlässigkeit handelt wer die Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht lässt*».

pleado las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal» (30). Hay que observar que si bien el Código suizo habla de «negligencia» se trata en este caso de una noción general que comporta todas las formas, es decir, tanto la negligencia en su sentido propio, como la imprudencia o la imprevisión, la ligereza, la falta de atención y demás matices, procedentes de las fórmulas cantonales, con la condición de que alcancen el grado en que se les pueda reconocer el carácter de culpabilidad, en el sentido de la definición del Código (31).

En el derecho italiano la «culpa», es definida —como dice Pannain— a través de la indicación de la noción del delito culposo en el artículo 43 CP (32), considerándose que existe éste, llamado también «contra intención, cuando el evento, aún habiendo sido previsto, no es requerido por el agente y se realiza a causa de negligencia, imprudencia o impericia, o bien por inobservancia de las leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas». En esta definición —precisa Antolisei— se requiere la existencia de una acción atribuible al querer del sujeto y la falta de aquella condición del resultado que caracteriza al dolo (34). La doctrina dominante en Italia, considera que también en el delito culposo es necesario que la conducta criminal sea consciente y voluntaria (35). La acción —aduce Pisapia— es siempre voluntaria. Involuntario es, por el contrario, el resultado, ya se entienda éste como resultado material de la conducta (resultado en sentido «natural»), ya se entienda como ofensa, esto es, como lesión o puesta en peligro del bien tutelado (resultado en sentido jurídico) (36). En relación a los términos *imprudencia, negligenza e imperizia*, aludidos

(30) Los dos problemas a resolver, en torno a la citada noción, son, a juicio de J. GRAVEN, *ob. y rev. cits.*, pág. 254, fundamentalmente, los siguientes: averiguar las condiciones de la negligencia y esclarecer cuándo se debe considerar al sujeto culpable de aquella y, en consecuencia, punible en los casos que el legislador ha previsto expresamente en razón a la importancia social del bien a proteger, ya que la sola imprudencia o negligencia no son, en sí, suficientes, aunque se prueben.

(31) Cf. J. GRAVEN, *ob.*, rev. y págs. cits.

(32) PANNAIN, *Manuale di Diritto penale*, I, UTET, Torino, 1967, página 446.

(33) Más que *contra l'intenzione* —como hace observar PISAPIA, *Istituzioni di Diritto penale*, Padova, CEDAM, 1970, pág. 82—, podría decirse mejor *senza l'intenzione* del agente, sin que esto signifique, por supuesto, que el delito culposo pueda considerarse como involuntario.

(34) «En el delito culposo —estima ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, 6.ª ed., a cargo de L. Conti, Milano, 1969, pág. 283— el agente, si bien ha realizado el hecho previsto en la ley como delito con una conducta que procede de su voluntad ('propia' de él), no lo ha querido ni directa ni indirectamente y, aunque se ha propuesto un objetivo (que no se verifica siempre), no ha tenido como fin, y ni siquiera lo ha aceptado, el hecho realizado».

(35) Cf. PANNAIN, *Manuale*, cit., págs. 295 y 446; ídem. PIOLETTI, *Manuale di Diritto penale*, P. G., 2.ª ed., Napoli, 1969, pág. 164.

(36) Cf. PISAPIA, *ob.* y págs. cits. Entiende el resultado en este último sentido, es decir, como ofensa a los intereses tutelados por la norma, GALLO: *Colpa penale*, en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960, pág. 626; ídem. BETTIOL, *Diritto penale*, 7.ª ed., Padova, 1969, pág. 417.

en el citado artículo 43 CPI es opinión común en la doctrina que la primera expresa la ligereza del sujeto, la segunda el descuido o la falta de atención, refiriéndose la última, más bien, a la falta de preparación o a la ineptitud del sujeto (37). En realidad, en el derecho italiano, el concepto de culpa, ya se trate de negligencia, imprudencia o impericia, se traduce siempre, como afirma Gallo, en la inobservancia de una regla de conducta tendente a prevenir la verificación de un daño del tipo de aquél que la regla misma tiende a prevenir (38).

En la doctrina española suele aunarse la previsibilidad con el deber de diligencia, de matiz normativista. Así, v. g., Cuello estima que existe culpa cuando obrando sin intención y sin la diligencia debida, se causa un resultado dañoso previsible y penado por la ley (39); y Antón Oneca define la culpa como «voluntaria omisión de la diligencia debida para evitar un resultado antijurídico previsible» (40). También Del Rosal aúna ambos aspectos al matizar la culpa, como la producción de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió evitarse si se hubiera prestado la diligencia debida. Se trata, pues, más que de una definición, como él mismo dice, de una descripción de la esencia (41).

Un criterio normativista se aprecia claramente, en la noción de culpa dada por Asúa (42). Quintano (43) y, sobre todo, por Rodríguez

(37) Cf. PISAPIA, *ob. cit.*, pág. 84. Para PANNAIN, *Manuale*, cit., página 460, la imprudencia es una forma de *culpa in agendo*, puesto que atañe a la acción; la negligencia y la inobservancia de leyes, etc., atañen prevalentemente a la forma omisiva, refiriéndose la impericia a ambas formas, ya que se puede manifestar igualmente *in omittendo* o *in agendo*. El citado autor distingue, aunque no muy claramente, la negligencia de la imprudencia. La primera comprende en sí la falta de cuidado, la desatención: es la falta de uso de aquellos poderes activos por los cuales un individuo, aun pudiendo desarrollar una actividad, por pereza psíquica, la omite. La segunda implicaría una actividad positiva: el obrar sin aquella cautela que la común experiencia de la vida enseña ha de adoptarse en el cumplimiento de algunos actos y en el uso de ciertas cosas, la irreflexión, el obrar en contradicción con las normas de prudencia. Tal distinción, aparte de prestarse al equívoco, nos parece discutible. Más precisa parece la noción que el citado autor ofrece de la impericia. Consiste ésta «en la insuficiente aptitud para el ejercicio de un arte o profesión, en el defecto de aquella habilidad que determinadas funciones requieren». La relatividad de tales conceptos es puesta de manifiesto por GALLO, *ob. y rev. cit.*, pág. 641. Vid., además, *infra*, pág. 18.

(38) Cf. GALLO, *ob. y rev. cit.*, pág. cit.

(39) CUELLO, *Derecho penal*, T. I, P. G., 16ª ed., rev. por Camargo Hernández, Barcelona, 1971, pág. 444.

(40) ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., pág. 217.

(41) DEL ROSAL, *Derecho penal español, Lecciones*, 3.ª ed., 1960, página 418.

(42) JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, 4.ª ed., 1963, pág. 371, considera que «existe culpa cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo». Vid., además, EL MISMO, *Problèmes modernes*, cit., pág. 857.

(43) QUINTANO, *Curso de Derecho penal*, Madrid, 1963, I, pág. 291.

Devesa, quién, sintéticamente, afirma que actúa culposamente el que omite la diligencia debida (44).

Después de este somero análisis comparativo, de las distintas nociones de la culpa, y tratando de precisar, siquiera sea en forma provisional, una noción de la misma, podría afirmarse, en consecuencia, que actúa culposamente quien causa un resultado típicamente antijurídico, por no haber tomado las precauciones debidas y previsibles como consecuencia de un descuido por él evitable (45).

Realmente el problema esencial, en la culpa, deberá plantearse sobre la base de la determinación del deber de cuidado infringido por el autor, en tanto en cuanto éste, de comportarse en la forma debida, habría evitado la realización del tipo de injusto, habida cuenta, además, y a los efectos de su culpabilidad, de la posibilidad por parte del mismo de haber obrado de manera distinta a como lo hizo (46). Por consiguiente, tanto la posibilidad por parte del autor, de conocer el injusto de su obrar, como la posibilidad de evitar el resultado producido a consecuencia de la infracción del deber de cuidado, de acuerdo con sus propias cualidades personales, son los dos factores que deberán ser especialmente considerados a la hora de la calificación del delito imprudente (47).

Por último, en el concepto de culpa ha de entrar el resultado producido. He aquí otra diferencia con los delitos dolosos, pues, mientras en éstos basta con la voluntad dirigida al resultado y cuando este no se logra se castigan como tentativa, el delito culposo no es, en la actual dogmática, posible sin la realización del resultado (48).

III

Si se reconoce en el delito culposo un elemento voluntario, podría ser éste castigado dentro de la dogmática clásica que fundamenta el derecho penal en la retribución y en la voluntad, pero, al considerarse que en este caso lo voluntario es más lejano y borroso se ha

(44) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, P. G., 2.^a ed., Madrid, 1971, pág. 386.

(45) Vid. MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, II, trad. Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962, pág. 215.

(46) Sobre la cuestión Cf. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, cit., páginas 389-91.

(47) Cf. JESCHECK, *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit*, cit., página 9, Vid., además, CÓRDOBA RODA, *Notas al Tratado de Derecho penal*, de MAURACH, II, pág. 257, n. 10.

(48) Vid. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., pág. 219. «La exigencia de que la lesión del bien jurídico —dice CEREZO, *Notas al «Nuevo sistema de Derecho penal»*, de WELZEL, Barcelona, 1964, pág. 18, n. 4— sea consecuencia de la inobservancia de la norma, no sólo justifica la inclusión del resultado en el tipo de lo injusto, sino que es... una prueba de que sólo cuando se añade el desvalor de la acción el desvalor del resultado queda plenamente *constituido* lo injusto de los delitos culposos». Vid., además, SUÁREZ MONTES, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuricidad en el finalismo*, 1963, pág. 75.

credo aquí encontrar uno de los más importantes fallos de aquella teoría (49). El resultado en estos delitos no sería entonces imputable a la voluntad del agente, sino, más bien, a un defecto de la inteligencia o a una inercia de la voluntad, razón, por la cual, se ha llamado también a estos delitos «delitos involuntarios». Si bien tal expresión es hoy vivamente criticada, porque —como afirma Roger Merle— deja a la sombra todo lo que puede haber de voluntario en estos delitos, si no en la producción de los efectos del acto, en el acto mismo. Cuando un automovilista ocasiona la muerte de otro, como consecuencia de un adelantamiento indebido no ha querido ciertamente producirla, pero ha querido el adelantamiento. No se puede hacer un total abstracción de esa manifestación positiva de voluntad (50).

Para la antigua teoría de la voluntad la culpabilidad se explica a través de una determinada conexión psicológica del autor con el resultado típico (51). Más sobre la base de este criterio, tal relación podría apreciarse en el dolo y, si acaso, aún cuando sólo a través de manifiestas dificultades, en la culpa consciente —en cuanto la representación implica una cierta relación psicológica con el resultado—, pero ahora evidentemente con la dificultad insalvable de la culpa inconsciente, caracterizada por la ausencia de toda relación psíquica actual entre el autor y resultado (52). Fue precisamente en ésta donde se estrellaron todos los argumentos que trataron de fundamentar la culpa sobre la base de la teoría de la voluntad. En efecto si toda culpabilidad era «culpabilidad de voluntad» y el autor culposo actúa sin querer no podía encuadrarse dentro de la culpabilidad (53).

Varias tentativas se realizaron para llegar a una solución armónica, a mi juicio, sin éxito. De un lado y sobre la base de las premisas anteriores, se llega a considerar la culpa como una especie de dolo de peligro. Así, v. g., en Stübel (54). Y Feuerbach (55) e incluso Binding (56) trataron de encontrar en el delito culposo un momento del dolo. Tal tentativa no deja de encontrarse también en Radbruch, pero este mismo autor reconoce que en la culpa inconsciente, para

(49) Sobre este punto, en sentido crítico, vid. DORADO, *El derecho protector de los criminales*, Madrid, 1915, pág. 430.

(50) MERLE et VITU, *Traité*, cit., pág. 450.

(51) Cf. RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlín, 1904, pág. 130.

(52) Vid. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito (La doctrina finalista)*, Ariel, Barcelona, 1963, pág. 28.

(53) Vid. EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, Leipzig und Wien, 1910, pág. 45; ídem. ENGISCH, *Untersuchungen...*, cit., pág. 41.

(54) STÜBEL, *System des allgemeinen Peinlichen Rechts*, II, pág. 63.

(55) FEUERBACH, *Revisión der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 2.^a pr., Chemnit, 1800, pf. 50 y ss.

(56) BINDING, *Die Normen*, cit., IV, parece creer encontrarlo en un momento precedente, en una falta de atención querida por el sujeto antes del momento de la realización de la acción; la «voluntad antijurídica inconsciente» (pág. 366). Vd., además, EL MISMO, *Die Schuld in deutschen Strafrecht*, Leipzig, 1919, pág. 127.

que el resultado pueda ser atribuido al sujeto, ha de constatarse que éste debería haber podido actuar de modo distinto (57). Con ello, sin embargo, parece abandonada prácticamente la relación psíquica con el resultado como única y decisiva característica de la culpabilidad (58).

De otro lado, y procediendo de manera inversa, se llega a excluir la culpa del derecho penal. Así, v. g., Köhlerausch, en su afán de mantener la idea de la culpabilidad como proceso psicológico, niega plenamente a la culpa inconsciente el carácter de culpabilidad, con la cual deberá permanecer fuera de tal carácter del delito (59). De modo análogo procedieron, entre otros, Germann (60), Busch (61) y, más recientemente, Arthur Kaufmann, para quien la culpa inconsciente no tiene, desde un punto de vista material, el carácter de culpabilidad. Una verdadera «culpabilidad de voluntad» podría hallarse tan sólo en la culpa consciente, la cual, vendría a ser una forma de dolo, una especie de dolo de peligro (62). En estas erróneas conclusiones se puso de manifiesto que la concepción psicológica de la culpabilidad era insostenible (63). La ciencia jurídica no podía menos de rechazar tales propuestas que, de otro modo, habrían puesto en duda la indispensable punición de los delitos culposos (64).

Desde Frank, se impone la opinión de que la culpabilidad es un juicio de reproche. No se agota ya en el simple nexos psicológico entre autor y resultado. Culpabilidad es reprochabilidad del injusto típico. Con ello, sin embargo, no puede decirse que se diera un giro copernicano en orden a la sistemática del delito, ni concretamente, en cuanto a la esencia de la culpa; dolo y culpa continúan adscribiéndose dentro del heterogéneo contenido de la culpabilidad, tal y como ésta se configura en la llamada concepción causal de la acción (65).

(57) RADBRUCH, *Über den Schuldbegriffe*, ZStW, 24, pág. 348.

(58) Cf. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allg. Teil, Karlsruhe, 3.ª Aufl., pág. 302. Vid., además, CÓRDOBA RODA, *ob. y págs. cit.*

(59) KOHLRAUSCH, *Reform des Strafrechts*, I, Berlín, 1910, págs. 194.

(60) GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, Zürich, 1942, páginas 88 y ss.

(61) BUSCH, *Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre*, Tübingen, 1949, pág. 34, n. 56.

(62) Cf. Arthur KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, Heidelberg, 1961, páginas 153 y 156 y ss. También BOCKELMANN, *Verkehrsrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1967, págs. 213 y 221, n. 14.

(63) Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11, Aufl., 1969, págs. 139 y 140.

(64) Cf. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allg., Teil, 3.ª Aufl., Karlsruhe, 1965.

(65) Las ideas de FRANK, expuestas principalmente en su *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, de 1907, fueron desarrolladas posteriormente por GOLDSCHMIDT (*Der Notstand, ein Schuldproblem*, en «Osterreichische Zeitschrift für Strafrecht», IV, Viena, 1913, págs. 129 y ss.), quien encontró en la esencia del reproche en la infracción de la *norma del deber* a la cual el autor debe ajustar su conducta interna, y por FREUDENTHAL (*Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, 1922, págs. 8 y ss.), quien trata de fundamentarla en la «exigibilidad». Pero solamente hasta que DOHNA (*Aufbau der Verbrechenlehre*, Bonn, 1936) distinguió nítidamente entre

El propio Mezger afirmaba que «para que el delito culposo sea también culpabilidad, necesita llevar en sí un momento del *querer consciente contrario al deber*» (66). La teoría de la voluntad retrotrae, en definitiva, la culpa inconsciente a un acto concreto de lesión consciente del deber, esto es, generalmente a un instante anterior a la acción que provoca la lesión (67). Lo que realmente se reprocha al autor es el causar el efecto lesivo «por no haber prestado antes, cuando aún estaba presente en él el deber de cuidado, la atención suficiente para no «olvidar» las atenciones» que debía tener con la víctima (68). Objeta, sin embargo, Welzel, con razón, cómo este punto de vista no resuelve el problema para el caso de que el autor sea tan temerariamente imprudente que no piense siquiera en las posibles consecuencias posteriores (69). Exner pretendió, no obstante, dar una solución para aquellos casos de imprudencia, en los que no siendo posible comprobar la existencia de un acto de lesión consciente del deber, antes o durante la realización productora de la lesión, hay algo más que un defecto de voluntad, y acude a la orientación defectuosa del carácter. Exner, ofreció una nueva base de sustentación de la culpabilidad a través de lo que denomina culpabilidad del sentimiento (*Gefüldschuld*). Para la teoría de la voluntad, la acción culpable surge en razón de un defecto de voluntad, pero Exner pone de relieve que si bien la atención depende de la voluntad no ocurre lo mismo con los sentimientos y asociaciones. Un defecto de voluntad no supone, sin más, ausencia de representación. «Se puede naturalmente, querer ser atento —aduce Exner— pero no porque falte este querer se es necesariamente desatento» (70). Consecuentemente lo decisivo no es la falta de voluntad, sino de sentimiento. El autor de un delito imprudente, pone de manifiesto que no valora el interés jurídico protegido como era su deber (71). Tal posición se presta, sin embargo, a diversas objeciones. Welzel, v. g., ha señalado cómo la «orientación defectuosa del carácter» a que se refiere Exner no es una simple falta de sentimiento, pues, una falta

reprochabilidad como «valoración» y «dolo» como «objeto de la valoración», y limitó el reproche de culpabilidad a la valoración del objeto.

(66) MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, II, Madrid, 1957, trad. R. Muñoz, pág. 192.

(67) Cf., por todos, MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, I, Allg. Teil, Ein Stud., 14 Aufl., pág. 222.

(69) WELZEL, *El nuevo sistema de Derecho penal*, trad. J. Cerezo, Barcelona, 1964, pág. 98, pone el ejemplo de la mujer que se olvida de guardar un recipiente con líquido corrosivo después de haberlo utilizado y, como consecuencia de ello, su hijo se causa unas heridas. La teoría de la voluntad le reprocha «que antes, cuando tenía todavía presente el deber asistencia, no hubiera hecho un esfuerzo de atención suficiente para no olvidar la protección debida». La culpabilidad —dice WELZEL— puede consistir, en efecto, en eso. Pero se pregunta: «¿Qué sucede, sin embargo, si la mujer era tan imprudente, que incluso al colocar el recipiente no pensó en las posibles consecuencias ulteriores?»

(70) EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, Leipzig und Wien, 1910. página 159.

(71) EXNER, *ob. cit.*, pág. 170.

de sentimiento, en cuanto tal, no es todavía culpabilidad (72). Y Engich, aunque en análoga línea de pensamiento que Exner, pone en duda que los sentimientos puedan ser objeto de valoración jurídica, y los refiere a la falta de interés para evitar la lesión de un bien jurídico, interés que supone un «estar en tensión consciente o inconsciente del peligro de lesiones jurídicas» (73). Tal posición, al igual que la de Exner, evidencia, en todo caso, que el simple defecto de voluntad no puede, sin más, servir de fundamento a la culpa, pero, aunque aclare, en cierto modo, el problema del descuido, no resuelve el relativo al reproche de culpabilidad en razón de una falta de sentimiento o interés, que, en ningún caso, puede considerarse suficiente (74).

Se ha tratado de fundamentar la culpa en un defecto de inteligencia, en un llamamiento al recuerdo, en un «haz memoria». El autor y los restantes ciudadanos comprenderán así que no deben comportarse de ese modo en el fuero (75). Afirma, sin embargo, Manzini que esta posición (76) contrasta con la realidad de los hechos, puesto que si bien en ciertos casos el defecto de la facultad intelectual puede admitirse, en muchos otros queda excluido, en cuanto que la conducta culposa puede ser determinada de manera distinta, v. g., en el descuido o abandono de un deber específico con vistas a un mayor lucro, a una mayor comodidad, etc. (77). Manzini se pregunta «¿Con qué sentido jurídico se puede reprochar a una persona aquello que no depende de su voluntad, como el defecto de la facultad intelectual?». El hombre no puede hacerse más inteligente de lo que es». Tal vez no deba negarse, que, en ciertos casos, el delito culposo proviene de la esfera intelectual, pero, incluso en esta hipótesis, opera la voluntad (78). De todos modos la doctrina del vicio de la inteligencia conduce también a la impunidad de los delitos culposos, como sostuvo, entre otros, Kohlrausch (79).

La teoría de la previsibilidad podría encuadrarse, quizá, dentro de las muchas de la voluntad, puesto que en ésta se basa para la mayoría de los autores (80). En Carrara aparece patente que la razón de la criminalidad de la culpa tiene su raíz en un vicio de la voluntad, puesto que se ha omitido voluntariamente la diligencia que debía pre-

(72) WELZEL, *Das Strafrecht*, cit., pág. 151; ídem. en «*El nuevo sistema*», cit., pág. 98.

(73) ENGICH, *ob. cit.*, págs. 462-475.

(74) Cf. WELZEL, *ob. y pág. cit.*

(75) LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts*, 1895, pág. 9.

(76) Mantenido en Italia por TOSTI, *La colpa penale: studio sociologico-giuridico*, Torino, 1908, pág. 95.

(77) MANZINI, *Trattato*, cit., pág. 753, estima, además, que si el «defecto de inteligencia se refiere no a la conducta causal, sino al evento consiguiente, se recae en la falaz teoría de la previsibilidad».

(78) MANZINI, *ob. cit.*, pág. 754.

(79) KOHLRAUSCH, *ob. cit.*, págs. 194 y ss. Cf., además, JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, 4.^a ed., Buenos Aires, 1963, pág. 372.

(80) Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., V, pág. 752.

ver lo previsible (81). En el sentido de que la esencia de la culpa radica en la previsibilidad se pronunciaron en Alemania, entre otros, Berner (82), Frank (83), Hippel (84), Dohna (85), y en cierto modo Exner (86), Engisch (87) y Mezger (88). Mas la previsibilidad es también el elemento intelectual de la culpa, pues, como explica Pannain, para esta teoría «si el agente, que se encontraba en las condiciones morales y físicas necesarias para un normal uso de la facultad de atención hubiese, como era su deber, reflexionado sobre las posibles consecuencias de la acción misma, habría previsto —por ser previsible— lo que no previó». Es decir, la culpa sería a un mismo tiempo vicio del intelecto y de la voluntad (89).

Se ha objetado, por una parte, que si la culpabilidad descansa en lo voluntario, la previsibilidad, siendo un fenómeno intelectual y no volitivo, no puede considerarse como base de la culpa (90). De otro lado hay una forma de culpa caracterizada porque el agente ha previsto el resultado, aunque no lo ha querido (91). Una distinta concepción, dentro de la teoría de la previsibilidad, fue formulada por Rocco, quien trata de encontrar la esencia de la culpa en la existencia de un «juicio social de peligro», esto es, sobre la posibilidad de un daño, contenida en la acción; en definitiva, de la capacidad para producir un resultado (92). Sin embargo, el ordenamiento jurídico autoriza, como es lógico, en un gran número de casos, actividades arriesgadas (93).

La teoría de la previsibilidad fue integrada por Brusa, son el cri-

(81) «La volontaria omissione di diligenza nel calcolare le conseguenze possibili e prevedibili del proprio fatto» (*Programma*, 7.^a ed., 80, pág. 123).

(82) BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 17 Aufl., Leipzig, 1895, págs. 119 y ss.

(83) FRANK, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 1931, pág. 196.

(84) HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, cit., II, pág. 361.

(85) DOHNA, *Aufbau*, cit., pág. 54.

(86) EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, cit., pág. 165, aunque con criterio más confuso y complicado.

(87) ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., págs. 373 y ss.

(88) MEZGER-BLEI, *Strafrecht, Ein Stud.*, I, 11 Aufl., 1965, págs. 199 y 200, considera que la previsibilidad, cuestión muy importante en el caso particular, debe referirse al resultado, a la relación causal y a la antijuricidad de la conducta.

(89) PANNAIN, *Manuale*, cit., pág. 456.

(90) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, cit., pág. 393, quien, al parecer, se hace eco de las consideraciones hechas por MEZGER, *Tratado*, cit., págs. 187-88, respecto de la teoría de Löffler, a que hemos hecho alusión *ut supra*.

(91) Si se considera que la culpa «consciente» se caracteriza por el hecho de que el autor ha previsto el resultado, aunque no lo haya querido, resulta difícil —como indica ANTOLISEI, *Manuale*, cit., pág. 286, explicar que el criterio de la «previsibilidad» sea, precisamente, el más idóneo para fundamentar la punición. Análogamente, PANNAIN, *ob.*, cit., pág. 453.

(92) ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913, pág. 330, n. 114.

(93) Vid. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., pág. cit.; vid., además, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., cit., pág. 132; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 16 Aufl., München, 1972, 59, pág. 532.

terio de la «prevenibilidad», que coincide con el de la «evitabilidad», de particular interés en el derecho privado (94). No obstante, parece que la «prevención» debería exigirse de aquello que se prevé, y no ya de lo que pueda ser previsto (95).

Al parificarse la previsibilidad a la «cognoscibilidad» se plantea el problema de cual será el criterio adecuado a seguir en relación al sujeto al que aquella habrá de referirse necesariamente (96). La doctrina dominante parece pronunciarse en favor del criterio del hombre medio (97), considerando que el juicio valorativo que conduce a la afirmación de la responsabilidad culposa, exige una comparación entre la conducta del autor y la que habría observado, según enseña la experiencia, el hombre cooperador normal a los fines de la vida colectiva (98). Observa, sin embargo, Pannain cómo el criterio del hombre medio objetiviza el concepto de previsibilidad y le da un carácter, en cierto modo, independiente, en contraste con las posibilidades del sujeto (99). La verdad es que tal base objetiva, particularmente si se plantea el problema exclusivamente en el ámbito de la culpabilidad, no parece suficiente (100). Es más, dentro de la propia dogmática alemana, donde comunmente se suele distinguir en el juicio de imprudencia un aspecto objetivo (lesión del objetivo deber de cuidado) y otro que, aunque impropiaemente, podríamos denominar

(94) BRUSA, *Saggio di una dottrina generale del reato*, 1884, págs. 93 y siguientes. Tal opinión está, sin embargo, influida por la doctrina civilista de su tiempo, la cual, al atribuir al caso fortuito los requisitos de la imprevisibilidad e inevitabilidad, debía, lógicamente, atribuir a la culpa los de «previsibilidad» e «inevitabilidad». En relación al vigente Código italiano considera, sin embargo, RANIERI, *Manuale*, cit., pág. 339, n. 1, que es superfluo añadir el requisito de la «evitabilidad». También HIPPEL, *Die Grenze von Vorsatz in Färlässigkeit*, 1943, pág. 143, habla de «resultado consecuencia de la acción, previsible y evitable», lo que vendría a significar *prevenible*. Vid., además, GALLO, *Colpa penale*, rev. cit., pág. 638: «Ciò che conta, dunque, in ogni caso, é la rappresentabilità dell'evento».

(95) MANZINI, *Trattato*, cit., I, pág. 752.

(96) GALLO, *Colpa penale*, rev. y pág. cit., n. 38, prefiere hablar antes que de previsibilidad, de «representabilità», porque tal término posee una mayor comprensión del primero, pudiéndose referir no solamente a los acaecimientos futuros, sino también a los concomitantes o directamente antecedentes a la acción del sujeto.

(97) Afirma BATTAGLINI, *Dirito penale*, Padova, 1949, P. G., pág. 242, que «la previsibilidad que ha de considerarse en el delito culposo común... es aquella de la cual es capaz l'uomo medio... Basta la previsibilidad genérica del decurso causal, resultando irrelevantes las concreciones particulares». Y la sentencia de la Casación italiana de 27 de febrero de 1935, establece que la previsibilidad consiste «en la posibilidad genérica que un hombre de inteligencia y cultura medias, en un determinado país y en un determinado momento histórico, tiene de prever el resultado o las consecuencias de la propia conducta».

(98) Sobre la cuestión, vid., ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., página 219, siguiendo a BINDING, *Die Normen*, cit., IV.

(99) Cf. PANNAIN, *Manuale*, cit., pág. 452.

(100) Vid. ANTÓN ONECA, *ob.* y pág. cit. Análogamente GALLO, *obra* y rev. cit., pág. 639, si bien, aduce este último autor, ello no implica que pueda adoptarse una medida exclusivamente subjetiva.

subjetivo (101) (falta de atención en relación al deber de cuidado referido al autor concreto) (102), se llega incluso a restringir en el primer aspecto, en el sentido de que la previsibilidad objetiva —en contraste con la previsibilidad individual (ejecución subjetiva del juicio de adecuación), siguiendo la terminología de Welzel— (103) debe ser referida al momento de la acción para aquellos miembros del círculo de relaciones sociales del autor; es decir, se tratará aquí de un particular tipo de hombre medio, el del ambiente intelectual y social del autor (104). De otro lado, y ya en el ámbito de la culpabilidad —como segundo presupuesto de la imprudencia—, debe requerirse, según Jescheck, la prueba de que el objetivo mandato de diligencia sea establecido, para el particular autor, según su inteligencia y formación, y según su habilidad, capacidad, experiencia y posición social (105).

(101) Vid. JESCHECK, *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit*, citada, págs. 9 y 21.

(102) La dogmática del delito culposo en Alemania se centra hoy, según el criterio dominante, en la distinción dentro de la imprudencia de la lesión del deber objetivo de cuidado en el tráfico (o en el ámbito de la relación) y la desatención del cuidado individual referido al autor concreto. Sólo la primera (lesión del objetivo deber cuidado necesario en el tráfico) va referida al cuidado exigible al término medio y se incluye, generalmente, en el injusto (así, también en nuestro derecho, CEREZO, *Lo injusto de los delitos dolosos en el derecho penal español*, ADPCP, 1961, págs. 64-65; CÓRDOBA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, 1962, págs. 76 y 77; GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, págs. 151-52; BERISTAIN, *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, RGLJ, 1962, págs. 22, 24, 25, 27 y 32, y CONDE PUMPIDO, *Exposición crítica de la doctrina finalista de la acción*, ADPCP, pág. 277. Tal tesis parece dominar también últimamente en la jurisprudencia del TS, vid. *infra*, pág. 60, n. 302, mientras que la segunda se encuadra en la culpabilidad, en cuanto que el sujeto estaba en condiciones, gracias a sus sobresalientes facultades de hacer más de lo que podía ser exigible al término medio (Cf. JESCHECK, *Aufbau...*, cit., pág. 9; WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechts systems*, 1961, pág. 32; MAURACH, *Deutsches Strafrechts*, cit., 3.^a Aufl., págs. 463, 473 y 474).

(103) Para WELZEL, *Das neue Bild...*, cit., pág. 60, mientras que la previsibilidad objetiva del resultado por un hombre inteligente es un elemento del injusto de la conducta que no responde al cuidado debido, la previsibilidad individual es el elemento que fundamenta la reprochabilidad (culpabilidad) de la falta de observancia del cuidado debido.

(104) JESCHECK, *Aufbau...*, cit., pág. 16. «Hay que tener presente —dice WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., cit., pág. 132, pue en el juicio adecuación— es necesario considerar también el conocimiento especial del autor...» Vid., además, MAIHOFFER, *Zur Systematic der Fahrlässig.* ZStW, 70, págs. 173 y ss.

(105) JESCHECK *Aufbau...* cit. pág. 21; ídem, WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 175: «...es decisivo el estado de formación intelectual que posee el autor individualmente o que debía poseer según su posición social». Para MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, cit., 3.^a Aufl., pág. 488, supuesta la previsibilidad, debe tenerse en cuenta la capacidad personal del autor en general, su formación, instrucción, inteligencia y memoria, así como su constitución psíquica, agotamiento, ánimo, etc., en el momento decisivo. Contrariamente, GALLO, *ob. y rev. cit.*, pág. 639, quien considera que este concepto de posibilidad de un evento pasado es grotesco. Sin embargo, reconoce que han de tenerse en cuenta los conocimientos poseídos por el

Al criterio de la previsibilidad se ha objetado, también, su incompatibilidad, v. g., con la impericia —en cuanto se afirma que ésta impide la previsión del resultado—(106). Tal afirmación me parece, al menos, discutible, pues, aparte de que la impericia es una forma cualificada de culpa (107), en ella el autor no deja de tener una cierta conciencia de la insuficiencia de su propia preparación, cuyos límites debía y podía controlar antes de haber obrado (108).

Finalmente, el problema de la previsibilidad no debería plantearse exclusivamente sobre la base de si aquella es no la esencia o fundamento de la culpa, o de si es tan sólo un criterio para calificar de imprudente o negligente el comportamiento del autor, como afirmaba Vannini (109), sino también, y ante todo, sobre la base de la suficiencia de este criterio en orden a la fundamentación de la culpa (110).

Otra posición fue la formulada por Stoppato, que Antolisei denomina de la causa eficiente, Pannain del uso de medios anormales a la idea del derecho y que Asúa incluye dentro de las objetivas (111). Según Stoppato, teniendo el hombre el deber de adoptar medios que se correspondan con los fines sociales, son punibles a título de culpa aquellos eventos dañosos o contrarios al derecho que sean producto mediato o inmediato de un acto voluntario del hombre, y que, aunque no se ha realizado con fines antijurídicos, lo ha sido, sin embargo, con medios que se revelan como anormales a la idea del derecho (112). Concepto un tanto vago, que en ningún caso puede adaptarse a la mayoría de las omisiones que se realizan a título de culpa (113). Exigir el uso de medios antijurídicos —dice De Marsi-

sujeto, así como aquellos otros conocimientos que era legítimo presumir en él, dada su posición social y actividad desenvuelta (pág. 640), distinguiendo, además, entre previsión (o previsibilidad genérica) y previsión (o previsibilidad) en relación a las características concretas del caso (pág. 628).

(106) Vid. CECEHI, *Il delitto colposo*, cit., pág. 29; PANNAIN, *Manuale*, cit., pág. 454.

(107) Cf. CARACCIOLI, *Colpa per imperizia, per inosservanza di leggi e caso fortuito*, «Rev. it. dir. proc. pen.», 1959, pág. 338; GALLO, *ob. y rev. cits.*, pág. 641; BETTIOL, *Diritto penale*, 7.ª ed., 1969, pág. 419.

(108) Vid. ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo, 1940, págs. 73 y ss.; análogamente ALTAVILLA, *La culpa*, trad. J. Ortega Torres, Bogotá, 1956, pág. 68. De otro lado, puesto que la previsibilidad es el límite, más allá del cual la culpa no existe, tanto en la hipótesis de falta de previsión como de previsión existente, el sujeto responde siempre de aquello que estaba dentro de sus posibilidades el prever, hubiese o no previsto (Vid. RANIERI, *ob. cit.*, pág. 337).

(109) VANNINI, *Istituzioni*, Firenze, 1939, pág. 126.

(110) Vid. RANIERI, *ob. cit.*, pág. 331; ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 6ª edición, pág. 286.

(111) Cf. ANTOLISEI, *Manuale*, 6.ª ed. cit., pág. 287; PANNAIN, *Manuale*, cit., pág. 457; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., V, pág. 769.

(112) STOPPATO, *L'evento punibile*, Padova, 1898, pág. 211.

(113) Cf. ANTOLISEI, *ob. y pág. cit.* MANZINI, *Trattato*, cit., pág. 753, dice: «Il dormire, ad esempio, mentre si doveva vegliare, può aver i in conto d'un mezzo, quando non sia preordinato ad un fine illegittimo.» Para una crítica de la t. de Stoppato en relación a la causalidad eficiente, vid RICO, *Il reato colposo*, Milano, 1925, págs. 96 a 99.

co— para la realización del resultado, como condición para la existencia del delito culposo, significa sustraer el juicio a todo criterio de certidumbre, porque: o la no conformidad al derecho se juzga *a posteriori*, y se cae en el vicio de juzgar antijurídico el medio porque ha producido el resultado, o se juzga *ex ante*, y entonces hay que acudir al criterio de la previsibilidad (114).

La teoría de Manzini, aunque con base en la tesis de Stoppato (particularmente en orden a la «causalidad eficiente») (115), se distancia, sin embargo, en gran parte de ella (116). Para Manzini la culpa consiste en una «conducta voluntaria, genérica o específicamente contraria a la policía o a la disciplina, de la cual deriva como de causa a efecto un resultado dañoso o peligroso, previsto en la ley como delito, producido involuntariamente, o bien por efecto de la errónea creencia inexcusable de cometerlo en circunstancias que excluyan la responsabilidad penal» (117). Su criterio se revela, no obstante, insuficiente, pues aparte de plantear el problema del fundamento de la punición exclusivamente sobre el plano objetivo de la ley penal (118), no resuelve el problema de la específica culpabilidad del delito culposo (119).

Otros autores acuden a la falta de atención (120), si bien el de-

(114) DE MARSICO, *Diritto penale*, P. G., Napoli, 1969, reimpr. y puesto al día por Manlio Mazanti, pág. 202; ídem. en *Il pensiero di A. Stoppato*, Bologna, 1933; análog. PETTOELO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato, Struttura generale. La colpa*, Milano, 1954, pág. 157.

(115) «En la imputabilidad a título de culpa —afirma MANZINI, *Trattato*, cit., págs. 744-45, han de distinguirse dos elementos. El primero, *subjetivo*, consiste en la *causalidad eficiente voluntaria* de la conducta contraria a la policía o a la disciplina (esto es, esta conducta debe ser voluntaria). El segundo, *objetivo*, e igualmente indispensable, está constituido por el nexo de *causalidad eficiente meramente material* entre la susodicha conducta y el resultado involuntario que de él se deriva. En tal sentido se dice que la causa debe ser en sí misma voluntaria y el efecto involuntario.»

(116) Cf. RICCIO, *ob. cit.*, pág. 104, n. 20. De la diversidad de pensamiento de Manzini en relación a la teoría de Stoppato no se hace eco ALTAVILLA, *La colpa*, Torino, 1957, pág. 344-45, que considera la teoría de Manzini como una variante de la Stoppato. Debe considerarse, sin embargo, que Manzini, aun reconociendo que en la teoría de Stoppato se encuentra el germen de su propia teoría, de un lado pone de relieve la insuficiencia de aquella en relación a los delitos de omisión (vid. *supra*, n. 113) y de otro, la insuficiencia del medio antijurídico (vid. MANZINI, *Trattato*, cit., págs. 752-53), al que, por cierto, reemplaza por la condición más general de «conducta contraria a la policía o a la disciplina».

(117) Su punto de vista se concreta en esta definición, que construye con arreglo al Código italiano (art. 43), colocando varias veces entre paréntesis citas de artículos, que, como dice ASÚA, *Tratado*, cit., pág. 776, n. 109, complican todavía una definición, de suyo nada clara.

(118) Como reconoce el mismo PANNAIN, *Manuale*, cit., pág. 458, aun cuando anteriormente haya dicho —no muy congruentemente, por cierto— que esta doctrina contiene la verdad.

(119) Vid. RICCIO, *ob. cit.*, pág. 104.

(120) BETTIOL, *Diritto penale*, 7.^a ed., cit., págs. 413 y 417; análog. MEZGER-BLEI, *Strafrecht, Ein Studienbuch*, 11 Aufl., 1965, pág. 198. No se distancia de esta posición PETTOELLO-MANTOVANI, *ob. cit.*, pág. 167, el cual al intentar dar un concepto unitario, bajo un perfil psicológico, de la culpa,

fecto de atención puede no encontrarse en el delito culposo, como en el caso del médico inexperto que, sin poseer las condiciones técnicas indispensables, emprende una grave operación quirúrgica. Este respondería de las consecuencias de su acto, aunque hubiese operado con la mayor atención (121). Como ha sido señalado por Frank, quien es prudente es también atento, mientras quien es atento no es necesariamente prudente (122):

Se ha sostenido también que el fundamento de la culpa radica en el error, que puede recaer sobre las condiciones o sobre las consecuencias del propio acto. Para Alimena la culpa es un *atteggiamento* (123) *involuntario* que se da cuando el agente dirige su acción a un resultado lícito, mientras que, por error, se produce uno prohibido, o cuando, dirigiendo su acción hacia un resultado prohibido, creía, por error, poderlo realizar porque ignoraba realmente las condiciones en las cuales obraba (v. g., legítima defensa putativa culposa). En uno y otro caso el error debe ser vencible; si así no fuese, habría caso fortuito, pero no culpa. Por consiguiente, desde el momento en que hay un error que podía ser evitado se «establece aquella especie de culpabilidad, esto es, aquella relación psíquica que se llama culpa» (124). Más recientemente, Nuvolone considera que, en todo caso, la razón de la responsabilidad culposa está en el reproche por un error de representación o de ejecución, error que el agente tenía la posibilidad de evitar y que, en razón de ello, es inexcusable (125). Cabe, sin embargo, preguntarse: ¿es el error el que determina la culpa, o es la culpa la que determina el error? (126). Debe reconocerse, además, que hay multitud de hipótesis en que no es posible encontrar un error, como en el caso del automovilista que provoca

considera que el obrar culposo constituye una *inercia mental*, y que se inserta en la base de la acción impidiendo al individuo adquirir determinados conocimientos.

(121) Vid. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., págs. 287-88.

(122) FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, Tübingen, 1931, págs. 194-95.

(123) Este *atteggiamento* —o comportamiento— (*contegno*) estaría en orden a la acción (o conducta) como lo está el todo en relación a la parte (vid. PETTOELLO MANTOVANI, *ob. cit.*, pág. 121).

(124) F. ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo, 1947, pág. 16. Sobre este autor, vid., especialmente GRISPIGNI, *La colpa nella ricostruzione del Prof. Francesco Alimena*, SP, 1947, págs. 556 y siguientes. Vid., además, F. LEONE, *Colpa e attività pericolose*, «Archivo Penale», 1958, I, págs. 43 y ss.

(125) NUVOLONE, *La répression et la prévention en matière d'infractions involontaires*, en *Trent, anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1969, pág. 466.

(126) RICCIO, *ob. cit.*, pág. 63. Análogo., GALLO, *ob. y rev. cits.*, pág. 631. Afirma ANTOLISEI, *Manuale*, cit., pág. 288, «...si la culpa consiste en un error, ¿cómo se distinguirá el error que deriva de culpa del error que de culpa no deriva?». Para RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, cit., pág. 392: «siempre que hay culpa media un error, pero no siempre que hay un error la conducta es culposa». Si bien parece referirse, en este último caso, al «invencible», lo cual no supone novedad, respecto de lo ya manifestado por Alimena.

una colisión por haberse dormido y, en general, en todos los casos en que haya un descuido (127). De otro lado, si se parte del punto de vista de que la culpa supone una desatención del deber de cuidado, el defecto de atención no es error, sino, en todo caso, causa eventual del error (128). Pero, además, en la teoría del error se manifiesta, por otra parte, la necesidad de la previsibilidad, dándose, por consiguiente una especie de combinación entre ambas teorías (129). No parece, por tanto, haya ventaja alguna en la sustitución, por esta teoría, de la de la previsibilidad (130).

Finalmente el positivismo acudió al cómodo criterio de la peligrosidad para establecer determinadas categorías de delinquentes culposos. Recuérdese la famosa clasificación de Angiolini, y la no menos conocida de Altavilla (131), si bien éstas interesan, más que

(127) Vid. ANTOLOSEI, *Manuale*, cit., pág. 288. Así, por ejemplo, un automovilista olvida revisar los frenos de su automóvil y circulando a velocidad que, en condiciones normales, sería plenamente consentida atropella a un peatón, porque le falta el indispensable control del medio, es evidente que la imprudencia habida, aun cuando ha omitido el cerciorarse del funcionamiento de los frenos, no puede considerarse causa de la falta de representación en orden a la realización del hecho delictivo (Cf. GALLO, *ob.* y *rev. cit.*, pág. 632).

(128) «Si el error caracteriza la culpa y es su nota común —estima BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 7.ª ed., pág. 413—, esto no quiere significar que sea el error el que la determine, porque es un defecto evitable de atención el que genera el error mismo.» Análogo., GALLO, *Colpa penale*, cit., pág. 632, quien afirma textualmente: «Así, unas veces será el error el que derive de la falta de observancia de las cautelas prescritas, otras veces habrá un cierto comportamiento imprudente en tanto en cuanto nos representemos, en esas circunstancias, la imposibilidad de la realización de un resultado prohibido por la ley». Vd., además, en este sentido y en relación al «riesgo cometido», REHBERG, *Zur Lehre vom «Erlaubten Risiko»*, Zürich, 1962.

(129) El mismo ALIMENA, *ob. cit.*, pág. 33, se remite, de una parte al error vencible como causa de culpa y de otra considera la previsibilidad como un carácter de la culpa, de donde se deduce que realmente existe una combinación entre la teoría de la previsibilidad y la del error (Cf., además, RICCIO, *ob. cit.*, págs. 62-63, n. 88; ídem., PANNAIN, *Manuale*, cit., pág. 450).

(130) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., V, pág. 796.

(131) ANGIOLINI, *Dei delitti colposi*, Torino, 1901, V, dándose cuenta de la imposibilidad de reagrupar todos los delinquentes culposos en una sola categoría, los clasifica así: A) delinquentes culposos por defecto de sentido moral y de altruismo; B) por impericia o ineptitud; C) por defecto del mecanismo de la atención y de la facultad asociativa; D) por la fuerza del ambiente y «surmenage» físico e intelectual. Para ALTAVILLA, *La colpa*, citada, II, pág. 480, la mejor clasificación sería la siguiente: 1) delinquentes culposos por falta de sentido altruista, en cuya conciencia aparece la posibilidad o también la probabilidad del evento dañoso o peligroso; 2) delinquentes culposos cuya conducta imprudente deriva de una agresividad desviada; 3) delinquentes culposos que por causa psicofisiológica no han podido prever o evitar el evento dañoso; 4) delinquentes por impericia. Vid., además, EL MISMO, *Rapport présenté dans le VIII Congrès internationale de Droit pénal*, Lisboa, 1961, en «Rev. intern. de droit pén.», II, 1961, páginas 786-89. Tales clasificaciones, cuyo éxito ha sido muy dudoso, han sido rechazadas por algunos autores. Así, v. g., FRANQUINI, *Medicina legale in materia penale*, 5.ª ed., Padova, 1966, pág. 125, para el cual estas distinciones, privadas de una sustancial relación médico-científica, entremezclan situaciones confusas y no características de los delitos cometidos por

en el plano estrictamente dogmático, en el aspecto causal criminológico, desde el punto de vista de la dinámica del delito, al objeto de establecer y precisar las causas de una delincuencia tan difundida y tan necesitada hoy de un tratamiento adecuado, preventivo y represivo (132).

En la mayor parte de las teorías enunciadas hay, sin duda, un fondo de verdad. La previsibilidad es, por supuesto, uno de los elementos de la culpa y condición para que la imprudencia sea punible. Es, por un lado, empresa intelectual, puesto que depende de la atención. Pero como consiste —como indica Asúa— en fijar ésta, no cabe tampoco desprenderse del aspecto volitivo, y menospreciar la: debida fijación de la atención es esencial en la culpa (133).

Ahora bien, supuesto que la culpa pueda fundamentarse, por un lado, en la previsibilidad, por otro consiste en una falta de precaución y psicológicamente supone una falta de atención (134). El sujeto tenía el deber de ser cauto y atento en tanto que ha obrado con ligereza. La experiencia común o técnica —afirma Antolisei— ense-

culpa, habida cuenta, además, de que la misma noción del delito culposo está muy lejos de ser establecida.

(132) Vid. MESSINA, *Considerazioni in torno alla delinquenza colposa*, SP, 1963, págs. 213 y ss., para el cual la ligazón entre el delito culposo y personalidad, o entre culpa y personalidad del reo, es un reflejo, una aplicación del más amplio principio dirigido a reafirmar la íntima relación entre delito y personalidad del reo, entre elemento psíquico del delito y personalidad. Vid., también en este sentido, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 55. Vid., además, SERRANO RODRÍGUEZ, *Culpabilidad y pena*, en *Estudios penales*, III, Salamanca, 1972, pág. 80, quien apoya sus afirmaciones «en orden a una concepción totalitaria le la culpa, en la total personalidad del sujeto, aun cuando la matización de un más o menos se pueda dar con preferencia en alguna cualidad por separado, dentro de un sentido de imperfección global, pero vencible...». Y más adelante (pág. 88) añade: «La culpa es soberbio egoísmo... en referencia a esta satisfacción de nuestras propias pasiones, como expresión de nuestra propia personalidad normal, en cuanto ésta es defectuosa, sin crear involuntario y por eso se exige responsabilidad, porque, en resumen, hay voluntad.» Vid., también, ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, París, 1966, págs. 291-92.

En relación al examen de la personalidad del delincuente culposo, vid. FRANQUINI, *ob. cit.*, págs. 119 y ss. Por lo que se refiere, especialmente, a los delitos de circulación, vid., sobre todo, CANESTRANI, *L'autore dei reati stradali e la sua rieducazione*, SP, 1968, págs. 2y7 y ss. El citado autor señala cómo la posibilidad de efectuar estudios psicodiagnósticos sistemáticos sobre los autores de delitos de circulación conduciría a un buen conocimiento de las inconscientes motivaciones que son la base de la dinámica del incidente, y este conocimiento podría ser el criterio para la programación de una educación en orden a la circulación, verdaderamente válida y eficaz (pág. 230). En orden al problema de la educación y represión de los *negligent drivers*, vid. las ponencias y conclusiones del *Congrès international de criminologie organisé du 15 au 18 mars 1972*, en «Revue de droit pén. et de crim.», 1973, núms. 2-3, págs. 251 y ss., y espec. 275-81. Por lo demás, dado el carácter estrictamente dogmático de este trabajo, hemos de renunciar a tratar adecuadamente la cuestión bajo el plano de la delincuencia culposa, y en el ámbito de la dinámica del delito.

(133) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., págs. 828-29.

(134) Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Problèmes modernes de la culpa (faute)*, *Rapport*, cit., rev. cit., págs. 866-67.

ña que es preciso guardar determinadas precauciones para evitar que los intereses de los demás sean perjudicados. Surgen así una serie de reglas de conducta. Y el delito culposo nace siempre y necesariamente de la inobservancia de algunas de estas reglas. De aquí que la esencia de la culpa deba centrarse en la inobservancia de las precauciones debidas (135). Para Schönke-Schröder el reproche por culpa sólo puede ser formulado sobre la base de que el autor haya violado un deber impuesto por el ordenamiento jurídico (136); en definitiva, el deber de cuidado necesario en el tráfico. No deben, sin embargo, menospreciarse los demás componentes esenciales a la culpa (137), la cual supone, fundamentalmente, una desatención hacia un deber de precaución, que comprende la consideración de todas las repercusiones de una acción que son previsibles (objetivamente) mediante un juicio de reproche (138). El sujeto debe haber tenido la posibilidad de conocer el injusto de su hacer (139). Se reprocha al autor la falta de cuidado debido o la desatención del deber de precaución porque, de acuerdo con sus condiciones personales, podía prever el resultado (140).

(135) ANTOLISEI, *Manuale*, cit., págs. 288-89.

(136) SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch-Kommentar*, 16 Aufl., página 525. La infracción del deber de cuidado es puesta de manifiesto por MEZGER-BLEI, incluso dentro del concepto de culpa (*Studienbuch*, I, 11, Aufl., cit., 198), «*Fahrlässig handelt derjenige, den Worwurf trifft dass er eine ihn persönlich obliegende Sorgfaltspflicht missachtet und deshalb die Tat und ihre Folgen nicht vermieden hat.*» Más allá llega el profesor Jean GRAVEN, *ob. y rev. cit.*, pág. 286, cuando estima que en los delitos de circulación «la componente intencional» se encuentra regularmente en la inobservancia o en el desprecio doloso de una regla de circulación.

En nuestra doctrina, ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., págs. 218-19, pone de relieve cómo «en la culpa, la referencia de la conducta a las exigencias de la convivencia social, la integración del concepto por el *quebrantamiento de un deber* que el sujeto tenía ante la colectividad, aparece con mayor relieve que en el dolo».

(137) Vid., en orden a la compleja estructura de la culpa, JIMÉNEZ DE ASÚA. *Tratado*, cit., pág. 836. La influencia de la vida efectiva en relación a la fundamentación de la culpa es puesta de relieve por SERRANO RODRÍGUEZ, *Culpabilidad y pena*, cit., pág. 95 y ss., el cual se pregunta: ¿Pero es que no vemos también que un afecto puede cambiar la inteligencia y ésta transformar la voluntad? Vid., también, EL MISMO, *Culpabilidad en Derecho penal: especial referencia a la culpa*, en *Estudios penales*, I, Salamanca, 1967, páginas 14-15. La culpa —afirma Serrano Rodríguez— «puede depender de la inteligencia, puede depender de la voluntad, puede depender de la vida afectiva, puede depender de lo constitucional, etc., pero armanizándolo, estudiándolo en conjunto, extrayendo de ese modo la verdadera residencia de la causa de esa situación de culpabilidad». Vid., además, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., pág. 838: «Ese menosprecio del deber exigible, que le ordena obrar de otra manera..., es más que intelectual: *puede comprender*, en verdad, que no le respeta; pero lo *afectivo* entra en esa falta de aprecio.»

(138) WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., cit., pág. 132. Por tal razón todos los procesos causales no adecuados quedan excluidos del tipo de los delitos culposos (Cf. BOCKELMANN, *Kraftfahrt und Verkehrsrecht*, 1965, págs. 11 y ss.).

(139) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 176.

(140) MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, cit., 3.ª Aufl., pág. 486.

Finalmente no hay dificultad en afirmar que en la culpa pueden reconocerse un perfil objetivo y otro subjetivo. El primero —como afirma Jescheck, y es doctrina dominante en Alemania— viene referido a la antijuricidad y representado por una cualidad de la acción u omisión que se manifiesta contraria a las exigencias establecidas objetivamente por el ordenamiento jurídico; el segundo, relativo a la culpabilidad, requiere la prueba de que el autor, de acuerdo con su inteligencia, está individualmente en condiciones de cumplir el deber de cuidado que le había sido objetivamente prescrito (141).

Pero el problema del fundamento de la punibilidad de los delitos culposos no se resuelve con poner en claro que también en la culpa hay la realización culpable de un tipo de injusto. Rodríguez Devesa ha puesto de relieve cómo esto no basta para explicar por qué en derecho positivo los delitos culposos constituyen una excepción, castigándose sólo cuando expresamente lo determina la ley. Y es que interfieren aquí consideraciones de política criminal. De aquí que «los delitos culposos —añade el citado autor— no deben castigarse, sino cuando así lo aconseje la gravedad del resultado o su frecuencia estadística» (142).

De otra parte las conductas peligrosas no pueden constituir sin más que el peligro la sola base de la responsabilidad por culpa. Ya Frank (143) e Hippel (144) observaron que el deber de evitar el peligro, sin más, de una manera genérica no existe. Ya Hälschner señaló que «un deber ilimitado de omitir toda acción de la que pueden producirse consecuencias perjudiciales previstas como posibles condenaría a los hombres a una inactividad absoluta» (145). Y en forma similar se expresa, más modernamente, Niese (146). Determinados detrimentos son inevitables para las personas o para la pro-

(141) Vid. JESCHECK, *Aufbau und Behandlung...*, cit., págs. 8 y 21. Por eso es decisivo el estado de formación intelectual que posee el autor individualmente o el que debía poseer de acuerdo con su situación social (Confróntese WELZEL, *Das Deutsche Strf.*, cit., pág. cit.; ídem. en *Das neue Bild...*, cit., pág. 60). El *Entwurf* de 1962, en su parágr. 28, 2, exige que «el autor deje de observar las circunstancias y su situación personal». Y en el mismo sentido se pronuncian el parágr. 335 del StGB austríaco y el artículo 18, 3.º del CP suizo.

(142) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, cit., I, pág. 394.

(143) FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Herausgegeben und erläutert*, 18 Aufl., Tübingen, 1931, 59, VIII, 4.

(144) HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, II, Berlín, 1930, págs. 361-62.

(145) HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, I, 1881, 317.

(146) NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen, 1951, página 60. El automovilista que circula observando las reglas del tráfico y, de forma imprevista atropella a un peatón, no realiza una conducta típicamente antijurídica, pues si se la considerase como tal, ello significaría que toda lesión de un bien jurídico, comprendida la que tuviera carácter de inevitable que se produjera con motivo del tráfico motorizado, debería ser considerada «reprobable». Con lo cual, la única manera de evitar el reproche por haber realizado una conducta antijurídica, en el caso de accidentes inevitables, sería abstenerse totalmente de tomar parte en el tráfico con tales vehículos. Pero está fuera de duda que el orden jurídico no exige ni puede exigir esto.

piedad. Son, como diría Welzel, «socialmente adecuados», y, por ello no son, ni pueden ser antijurídicos (147). Cuando a consecuencia de la realización de acciones de esta índole, no obstante la observancia del cuidado debido, se produzcan lesiones de bienes jurídicos, ello significará una «desgracia, pero no un injusto» (148).

IV

La culpa puede revestir dos formas. En determinadas hipótesis, el autor ha previsto la posibilidad de un resultado lesivo, pero «como consecuencia —como afirma Maurach— de sobreestimar su capacidad final de dirección e infravalorar el deber de cuidado, que le ha sido impuesto y debe cumplir, cree posible evitar el resultado» (149). Por el contrario, puede ocurrir que el autor de un acto susceptible de causar un resultado perjudicial, típicamente previsto, no se haya dado cuenta de esta eventualidad, aunque considerando las circunstancias del caso y su situación personal hubiera debido y podido hacerlo (150). En otros términos, el autor, por no observar el debido cuidado, que le correspondía y podía cumplir, no ha previsto la posibilidad de producción del resultado típico. Se reconoce en estas dos hipótesis las formas habituales en Derecho penal de «culpa consciente» y «culpa inconsciente» (151). La culpa consciente representa un

(147) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., cit., pág. 55.

Sobre el problema de la «acción socialmente adecuada», vid., especialmente WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW, Bd. 58, 51 (donde en principio viene enunciado por vez primera); HIRSCH, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, ZStW, Bd. 74, pág. 78; KLUG, *Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem*, en *Festgabe für Eb. Schmidt*, Göttingen, 1961, págs. 249 y ss.; SCHAFFSTEIN, *Soziale Adäquanz und Tatbestandstheorie*, ZStW, Bd. 72, págs. 369 y ss.; FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966.

(148) WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., cit., pág. 135. La frase es de NIESE (*Streik und Strafrecht*, 1954, pág. 30).

(149) MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, II, trad. Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962, pág. 221.

(150) Vid. art. 18, 3, CP Suizo.

(151) Vid. GRAVEN, *¿Cómo reprime el Derecho suizo las infracciones por negligencia?*, trad. R. Núñez Barbero, ADPCP, 1967, pág. 251, para el cual la negligencia se distingue, por encima de la intención, «en que el resultado no es querido». Para WELZEL, *Das neue Bild...*, cit., pág. 60, en la culpa consciente el reproche de culpabilidad tiene como base el que el autor confiaba en que no se produciría el resultado que estimaba como posible no debiendo haber confiado en ello, dadas las circunstancias del caso que le eran conocidas. En la culpa inconsciente el reproche de culpabilidad tiene como base el que el autor, al realizar su acción, no ha previsto la posibilidad de producción del resultado típico, habiendo podido preverla. Dado que la contravención del cuidado hay que ponerla en relación con la lesión posible del bien jurídico, la culpa consciente supondrá la lesión consciente del cuidado objetivo en la confianza de que el posible resultado no se ha de producir, mientras que en la culpa inconsciente la lesión del cuidado objetivo no es prevista, pero es previsible por el autor en relación al posible resultado (*Das deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., cit., pág. 175). Sobre

puro vicio de voluntad. El autor realiza la acción, no obstante prever la posibilidad de producción del resultado. La culpa inconsciente representa, por el contrario, un vicio de representación y de voluntad. El autor realiza la acción, porque como consecuencia de no esforzarse suficientemente su entendimiento y voluntad no ha previsto el resultado (152).

Lo esencial de la distinción, señala Graven, con referencia al artículo 18, 3 del Código penal suizo, que aprecia perfectamente las dos formas, se limita a un defecto o a una ausencia de representación o de previsión de las circunstancias, o a una falsa previsión o representación (153).

La clasificación de ambas formas de imprudencia no tiene, en principio, importancia para la culpabilidad. Sería totalmente desacertado considerar la culpa consciente, por su naturaleza próxima al dolo, como la más grave de las formas de imprudencia, siendo frecuentemente mayor la culpabilidad de la culpa inconsciente, que desatiende las potencias de entendimiento y voluntad (154).

En las especies de culpa anteriormente descritas no hay, por tanto, una diferencia de naturaleza o de intensidad, sino una diferencia de forma, que la falta de diligencia reviste a propósito de una u otra. Estimamos, por ello, injustificable el establecimiento de una gradación *a priori* de las dos formas de culpabilidad culposa. Esta es la opinión dominante en Alemania a partir de Liszt y de Eberhard Schmidt (155). La gravedad de la culpa debe ser estimada a propósito de cada especie en particular (155 bis). Considerando la culpa consciente como la forma más grave, se llegaría, como dice Graven, a tratar al inconsciente, al aturdido peligroso que obra completamente a la ligera y no prevé jamás las consecuencias que puedan tener sus actos, con más indulgencia que al individuo que reflexiona o es incluso escrupuloso, que ha previsto las consecuencias posibles, pero que por un error de apreciación ha estimado en definitiva, en

la distinción, vid., además, MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, I, 14 Aufl., München, 1970, pág. 222.

(152) MAURACH, *Tratado*, cit., pág. cit.

(153) J. GRAVEN, *ob. y rev. cits.*, pág. 255

(154) Cf. MAURACH, *Tratado*, cit., pág. 222. En el mismo sentido JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., pág. 1011; ídem. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, cit., págs. 394-95: «El arquitecto que no ejerce ninguna clase de vigilancia sobre la obra que le ha sido encargada, obra sin duda más culpablemente que el que piensa que acaso se derrumbe por la mala calidad de los materiales, pero confía en que no ocurra en atención a su experiencia anterior en este tipo de construcciones.» «Acaso sea más peligroso —afirma JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, 4.ª ed., Buenos Aires, 1963— el sujeto que no prevé que el que se ha representado el efecto y espera que no se produzca.»

(155) Vid. LISZT, *Tratado de Derecho penal*, Madrid, 1916, trad. Jiménez de Asúa, pág. 418, n. 2; ídem. LISZT-SCHMITZ, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26 ed., Berlín y Leipzig, 1932, pág. 274, n. 3.

(155 bis) ROKOFYLLOS, *ob. cit.*, pág. 9.

lo cual se equivocó, que el fatídico resultado no se produciría (156).

Estas dos formas pueden tener un interés teórico y práctico en cuanto pueden determinar mejor el límite con el dolo eventual (157) (en el cual el resultado previsto ha sido aceptado en la mente del autor para el caso de que se produzca) y, por otra parte, con el caso fortuito (en el cual el resultado es absolutamente imprevisible). Una tal determinación debe ser hecha por el juez en virtud de la observación razonada de las circunstancias y el carácter del inculpado. Se vuelve, entonces, a la fórmula de Frank: «¿el autor hubiera obrado también si hubiera sabido con certeza que se produciría el resultado?» (158). En caso afirmativo habrá que admitir el dolo eventual; en caso contrario, la culpa. La fórmula es, sin embargo, equívoca y debe ser manejada con prudencia, ya que el autor debe ser juzgado «con arreglo a lo que él ha querido en realidad y no con arreglo a lo que hubiera querido si hubiera pensado de otra manera» (159).

Es preciso reconocer, sin embargo, que la diferencia entre la culpa consciente (*bewusste Fahrlässigkeit*) y el dolo «eventual» (*bedingter Vorsatz*) o «dolus eventualis») es, frecuentemente, muy difícil de establecer, siendo, precisamente, la existencia de un gran número de casos límite la que plantea serias dudas sobre el valor de la clasificación de las infracciones según el género de culpa. Tal diferenciación depende, a menudo, de elementos fugaces, de cambios difíciles de captar y, en definitiva, prácticamente, de la apreciación por parte del juez de rasgos y matizaciones casi imperceptibles en relación al estado psicológico del autor en el momento de la realización de la acción constitutiva de la infracción (160).

(156) J. GRAVEN, *ob. y rev. cits.*, pág. 256. Análogamente MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, I, 14 Aufl., cit., pág. 223: «Die "bewusste" Fahrlässigkeit ist als solche keineswegs immer ein Fall erschwerter Fahrlässigkeit.»

(157) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Problèmes modernes de la culpa (faute)*, *Rapport*, cit., pág. 869; ídem. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allg. Teil, 3.^a Aufl. cit., pág. 456, quien pone de relieve cómo la separación entre ambas formas de culpa tiene importancia práctica para la delimitación entre dolo e imprudencia.

(158) Vid. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 18 Aufl., Tübingen, 1931, pág. 190.

(159) J. GRAVEN, *ob. y rev. cits.*, pág. 256. «Todo depende, en definitiva —estima Graven—, de la última apreciación que ha hecho en la práctica el autor, en el momento de obrar, en cuanto a la mayor o menor probabilidad del resultado y de su logro»; ídem. SCHWANDER, *Das Schweizerische Strafgesetzbuch*, págs. 80 y ss.; ídem. HAFTER, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, Allg. Teil, Berna, 1946, pág. 217.

(160) J. GRAVEN, *ob. y rev. cits.*, pág. 257. La dificultad se ha puesto de manifiesto también en la doctrina alemana. Vid. JESCHECK, *Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechenbegriff*, *Festschrift für Erick Wolf*, 1962, pág. 473. Una desmedida ampliación del concepto del dolo se pone de manifiesto en SCHRÖDER, *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*, *Festschrift für W. Sauer*, 1949, págs. 207 y ss., en SCHMIDTHÄUSER, *Zum Begriff der bewussten Fahrlässigkeit*, GA, 1957, (Festschrift für E. Kern), pág. 305. El primero incluye en el dolo toda la «representación de una lesión posible del derecho» y el segundo de «la puesta en peligro concreta». De acuerdo con las conclusiones de la Gran Comisión de Derecho penal, en

Los criterios en orden a la determinación de la gravedad de la culpa habrán de tomarse, desde el plano objetivo, del carácter de las precauciones omitidas, ya que la gravedad del riesgo es uno de los elementos de la medida de la culpa, y, desde el plano subjetivo, de acuerdo con el nivel intelectual del autor (161). Cuanto mayores sean su inteligencia, experiencia y facultades de reflexión, mayores es el deber de diligencia y atención exigibles al mismo (162). De acuerdo con este punto de vista se clasifica también la culpa en *lata* o grave, menos grave o *leve* y *levísima* (163). La culpa lata y la leve son imputables, pero no la levísima, porque el derecho no puede llevar sus consecuencias hasta imponer a los ciudadanos cosas insólitas o extraordinarias (164). Por otra parte, una tal clasificación carece hoy de la significación y trascendencia que le dio el Derecho romano, al menos en el campo del Derecho punitivo (165).

su segunda lectura, el «dolo eventual» debía definirse como el «satisfacerse con la realización del tipo considerado como posible», y la culpa consciente como el «confiar en la ausencia de la realización del tipo». Por consiguiente, quien no confía en la ausencia del resultado, sino que cuenta con su realización habrá de estar (necesariamente) de acuerdo con él (Vid., sobre la cuestión, WELZEL. *Das deutsche Strafrecht*, cit., pág. 71). La 2.^a Ley para la reforma del StGB ha renunciado, sin embargo, a definir los conceptos de dolo e imprudencia, dejándolos al posterior desenvolvimiento de los criterios científicos doctrinales y jurisprudenciales. En relación con este problema, vid., en nuestro derecho, JIMÉNEZ DE ASÚA, *La faute consciente et le «dolos eventualis»*, «Rev. de droit pén. et de crim.», 1959-60, págs. 603 y ss., el cual aplica la fórmula de Frank al siguiente ejemplo: un automovilista circulando en lugar frecuentado, y en el que debía, por precaución, circular más lentamente, al pasar por un lugar en el que se sabe existe una escuela, ve a un niño atravesando la calle. Si el conductor espera evitar el accidente y, en la certeza de que no lo conseguirá, disminuye la velocidad, hay culpa consciente; si, por el contrario, el conductor, después de haber visto al niño atravesando la calle, en su deseo de llegar pronto, acepta la posibilidad de matar al niño antes que reducir su velocidad, hay dolo eventual. Por consiguiente, el dolo eventual se fundamenta en el hecho de que el autor acepte la posibilidad de que el resultado previsto se produzca (páginas 612-13). Recientemente, GIMBERNAT ORDEIG: *Acerca del dolo eventual*, «Nuevo pens. penal», B. Aires, 1972, págs. 356 y ss., comentando la S. TS de 2 de diciembre de 1967, se ocupa ampliamente del tema, pronunciándose, después de un análisis de las principales posiciones doctrinales, en favor de la teoría de la «probabilidad» (o representación) frente a la dominante del «consentimiento» (pág. 380).

(161) Cf. J. GRAVEN, *ob.* y rev. cit., págs. 258 y 260. Análog., en nuestro derecho, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, cit., pág. 395.

(162) J. GRAVEN, *ob.* y rev. cit., págs. 260-61. En el mismo sentido, F. MEYER, *Les problèmes posés dans le droit pénal moderne par le développement des infractions non intentionnelles*, «Rev. intern. de droit pén.», 1961, tomo II, págs. 1115-16.

(163) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *ob.* y pág. cit.

(164) ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., pág. 220.

(165) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Problèmes*, cit., pág. 869. En el derecho anglo-sajón los términos *recklessness* y *negligence* se corresponden con los de culpa consciente e inconsciente, respectivamente, y no con los de culpa lata y leve, como pretende Kenny (KENNY'S, *Outlines of Criminal Law*, 19th. ed., by C. Hurner, Cambridge, 1966, pág. 35, n. 3) (Cf. WILLIAMS, *Criminal Law*, 2.^a ed., General Part., London, 1961, pág. 58).

V

Siguiendo la teoría clásica, en la que se inspiran aún, esencialmente, la mayor parte de las legislaciones contemporáneas, el delito culposo comporta entre sus elementos constitutivos un resultado dañoso, un ataque efectivo y concreto a un bien jurídicamente protegido. Es considerado, fundamentalmente, como una infracción de lesión, lo que supone necesariamente la realización del efecto perjudicial previsto y penado por la ley (166). Sin duda el resultado lesivo no es suficiente, en sí mismo, para la constitución de la infracción culposa, sino que es precisa una actividad material, esto es, un comportamiento humano, positivo o negativo, si bien éste sólo puede ser considerado como delictivo si produce el resultado previsto y penado por la ley. La constatación de esta relación causal es lo que une realmente el comportamiento delictivo al efecto criminal (167). Por consiguiente la acción humana y el resultado lesivo se presentan aquí como los dos grandes componentes en la estructuración de la infracción culposa (168). Ahora bien, es un juicio *a posteriori* lo que permite atribuir un tal resultado lesivo a la correspondiente acción humana productora del mismo (169). Pero es preciso que aquella pueda ser imputada a su autor, y la base de este juicio se encuentra en la actitud psicológica del autor en relación al elemento material de la infracción. A tal relación psicológica se liga la culpa. Por consiguiente, ya se trate de culpa consciente o inconsciente, ya se aprecie en abstracto o concreto, en todo caso deberá estar referida no sólo al comportamiento del autor, sino

(166) Vid., en sentido crítico, ROKOFYLLOS, *ob. cit.*, pág. 5. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 3 Aufl., cit., pág. 460, distingue en los delitos culposos entre tipos de lesión y de peligro, mas debe tenerse en cuenta —aparte los delitos de puesta en peligro típica— que la mayoría están aún hoy configurados como delitos de resultado lesivo. Vid., además, BAUMANN, *Strafrecht*, 5 Aufl., pág. 438. Vid., además, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado, cit.*, pág. 875.

(167) Sobre la cuestión, vid. MÜHLHAUS, *Die Fahrlässigkeit in Rechtsprechung und Rechtslehre*, Berlín, 1967, págs. 26-28. Vid., además, en relación a los delitos de circulación, BALSANO, *Colpa stradale*, Milano, 1959, páginas 139-40.

La imprudencia punible, tanto temeraria como simple con infracción de reglamentos que sanciona el art. 565 CP —ha dicho nuestro TS, siguiendo la doctrina tradicional—, se tipifica por una acción u omisión voluntaria, no maliciosa, generadora de un efectivo y concreto daño y por una relación de causalidad que ligue de modo evidente ambos extremos... S. 28-2-55 R. 446. Análog., S. 22-12-59 R. 4654; 28-3-64 R. 1675 y 16-4-70 R. 1840, entre otras..

(168) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado, cit.*, págs. 871-74.

(169) En los delitos culposos la sanción penal se aplica teniendo en cuenta los elementos objetivos de la infracción y los subjetivos y personales. El juez, una vez se ha asegurado de que una acción u omisión ha sido realizada por el autor y de que es causa del evento, debe establecer que tal acción ha sido realizada con conciencia y voluntad, pero sin voluntad de producir el resultado; y formula después el juicio de exigibilidad, declarando que podía exigirse al autor un comportamiento diferente, puesto que éste podía darse cuenta de las consecuencias de su conducta, aplicando la pena de acuerdo con la gravedad de la infracción y la personalidad del autor (C. NUVOLONE, *La répression et la prévention...*, cit., pág. 468).

también al resultado que aquel es susceptible de entrañar o, más exactamente, a la capacidad del primero para devenir causa productora del último (170).

El punto de vista expuesto se corresponde en lo esencial con el criterio mantenido por la doctrina tradicional (171). Cabe preguntarse entonces si una tal relación psicológica entre el autor y el elemento material de la infracción —aparte las dificultades, ya señaladas, que este planteamiento encierra en orden al fundamento de la culpa, particularmente de la *unbewusste Fahrlässigkeit*— (172) no debería ya existir en el momento en que el autor se decide a obrar. Sin embargo, en tal momento, como quiera que el resultado lesivo no ha acontecido aún, es solamente posible, eventual, se ha pretendido deducir de ello que la desatención del deber de cuidado que se reprocha al agente, ya sea debido a su imprevisión (culpa inconsciente) o a su esperanza temeraria (culpa consciente) no podrá referirse al resultado. Por consiguiente, la culpa habría de referirse no ya al resultado, sino, en todo caso, a la capacidad que la acción culposa lleva en sí (173). Razón por la cual autores como Herzog sostienen que la base de la infracción «involuntaria» es un delito de riesgo (174). Es cierto que en los delitos de resultado cometidos

(170) Vid. la exposición crítica de la doctrina tradicional en ROKOFYLLOS, *ob. cit.*, págs. 6 y ss., y espec. pág. 11. MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, I, 14 Aufl., 1970, pág. 223, considera el delito culposo como un «delito de resultado», cuya producción fundamenta la punición, si bien no deja de señalar que el resultado puede consistir también en una simple puesta en peligro. MAURACH, *Deutsches Straf.*, cit., 3 Aufl., pág. 460, aun cuando distingue entre delitos de resultado y de simple actividad, reconoce que los primeros son, sin duda, los predominantes, interesando el resultado antijurídico, como tal, independientemente de la forma en que se produjo. Vid., también, BOLDT, *Zur Struktur der Fahrlässigkeits Tat*, en ZStW, 68 (1959), pág. 354.

(171) Ya se trate de un criterio voluntarista o causalista.

(172) Vid. *supra*, págs. 11 y 12. Cf., además, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., cit., págs. 150-51; ídem. BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, página 17.

(173) En este sentido, ROKOFYLLOS, *ob. cit.*, págs. 11 y 12, si bien entiende por peligro la probabilidad de producción de un resultado dañoso concreto, y no ya el riesgo general y abstracto de provocar cualquier lesión que determinados comportamientos, v. g., el hecho de conducir un automóvil o de proceder a una operación quirúrgica, engendran por sí mismos (Confr. n. 19, pág. 11).

(174) HERZOG, *La répression des infractions involontaires*, «Rev. de droit pén. et de crim.», 1958-59, para el cual la delincuencia imprudente se caracteriza por la aceptación voluntaria del riesgo en la esperanza pasiva de evitarlo. La fundamentación de tal criterio, que se hace, además, con base en planteamientos tradicionales, es muy discutible, pues, en determinados casos, el autor puede también «no ser consciente» del riesgo, del peligro —aunque «debiera» serlo— que su comportamiento entraña en orden a la producción del resultado. Por otra parte, no se puede afirmar que en este caso el autor acepte el peligro que su comportamiento pueda implicar si no es «consciente» siquiera del mismo. Vid. CORNIL, *La répression des infractions dites involontaires*, «Rev. de droit pén. et de crim.», 1957-58, págs. 695 y ss. De otro lado, el derecho, en interés del progreso no prohíbe todas las acciones peligrosas, sino que impone a todo partícipe en el trá-

culposamente aparece siempre como estadio previo a la realización del mismo la creación de una situación de peligro o riesgo —la acción arriesgada, de que habla Maurach— (175), lo cual no debe, sin embargo, conducir a suponer que la creación de una situación de peligro y conducta culposa son términos equivalentes (176). También es cierto que la culpa se puede concebir independientemente de la realización del resultado dañoso, hasta tal punto que un examen estructural del delito culposo lleva hoy a la conclusión de que ya no es decisivo el mero acto de voluntad que ocasiona el resultado, sino la ejecución concreta de la acción en cuanto que ésta ha de compararse con una conducta social tipo orientada a evitar resultados intolerables socialmente (177). Mas aun cuando una gran parte de la más autorizada doctrina científica haya profundizado actualmente en la estructura del delito culposo y puesto de relieve la importancia del comportamiento imprudente-objetivamente peligroso y «subjetivamente» culpable (178), haciendo de él el elemento decisivo de la infracción culposa, hacia el que habrá de desplazarse, sin duda, el centro de la represión (179), es lo cierto que hoy

fico un deber objetivo de dirección final, para evitar en lo posible lesiones del bien jurídico (Cf. WELZEL, *Das Neue Bild*, cit., pág. 33). Vid., también, SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, StGB, 15 Aufl., págs. 524-25. Aparte de que toda acción contraria al cuidado debido ha de ser una acción que según un juicio razonable promueve un peligro para los bienes jurídicos, no toda acción que según un tal juicio provoca un peligro para bienes jurídicos es contraria al cuidado debido (Cf. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., cit., págs. 132 y 137).

(175) Vid. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 3 Aufl., cit., pág. 455; ídem. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., pág. 137; EL MISMO, *Das Neue Bild*, cit., pág. 37.

(176) Además de la n. 174 *supra*, vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, cit., pág. 392. «La situación de peligro, afirma el citado autor, puede crearse tanto dolosa como culposamente.» Vid., además, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., págs. 875 y 1061, quien, en general, se manifiesta, por otra parte, contrario a consideración de los delitos «culposos de peligro». Ídem., QUINTANO, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, IV, Madrid, 1967, pág. 492.

(177) Cf. WELZEL, *Das Neue Bild*, cit., XII; EL MISMO, *Rapport*, citado, rev. cit., pág. 1013; EL MISMO, *Das Deutsches Strafrecht*, 11 Aufl., cit., páginas 129-30. Vid., además, BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, pág. 48.

(178) Sobre la cuestión, vid. JESCHECK *Aufbau...*, cit., espec., págs. 10 y 21, si bien pone de relieve que la antijuricidad del acto imprudente no depende solamente de la violación del deber de cuidado, sino también de que sobrevenga el resultado típico (pág. 16).

(179) Vid. J. GRAVEN, *ob. y rev. cits.*, pág. 280: «Convendría... concentrar la represión 'directamente' sobre la acción o la omisión intencional que crea el riesgo prohibido, sin consideración al hecho de que se haya producido el resultado.» Ídem., MERLE et VITU, *Traité*, cit., pág. 458; ídem. DÜNNEBIER, *ob. y rev. cits.*, pág. 920; PISAPIA, *Prevention dans le crimes involontaires, relativement aux divers formes de la faute*, Actes du IV^e Congrès international de Défense sociale, Milán, 1957, H, págs. 533 y ss. Para DELITALA, *La prévention des infractions involontaires contre la vie humaine et l'intégrité corporelle*, en Actes du IV^e Congrès international de Défense sociale, I, Milán, 1957, págs. 549 y ss. «El valor sintomático no está, por tanto, en la infracción cometida, sino en la conducta del individuo que la comete; la infracción puede no producirse, sin que ello disminuya una

todavía, en el plano dogmático —y dejando aparte los delitos de puesta en peligro típica, cuya importancia actual y en un futuro próximo es obvia, particularmente en materia circulatoria (180)—, la

milésima la significación antirracista de la conducta realizada por el sujeto.» En análogo sentido, en nuestra doctrina, y con especial referencia a los delitos de circulación, vid. CONDE PUMPIDO, *Las modificaciones introducidas en el tratamiento de los delitos de tráfico por la ley 3-1967 de 8 de abril*, RDCr., 1967, pág. 228. Vid., además, BUCHIN, *L'imprudence dans la circulation routière*, «Rev. de droit pén. et de crim.», núm. consagr. al *Congrès intern. de criminologie organisé du 15 au 18 mars 1972*, Bruxelles, 1972, página 268; DUPREEL, *Rapport général présenté à l'issue du Congrès*, revista citada, pág. 290, pone de relieve cómo a través de las deliberaciones del Congreso se ha llegado a la conclusión de que para determinar la naturaleza de las sanciones a establecer en materia de delitos de imprudencia, particularmente en relación a la circulación por carretera, «conviene considerar el hecho en sí mismo, es decir, la importancia del riesgo aceptado por el autor de un accidente, más bien que las consecuencias de este hecho».

(180) Las leyes más modernas se conforman, cada vez más, con un peligro en lugar de una lesión como resultado de los tipos culposos (Vid. WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, trad. J. Cerezo, Barcelona, 1964, pág. 77). Vid., v. g., parágr. 315, a) y 316 StGB, y art. 21 StVG, después de la modificación de 1968; art. 432 del Código penal italiano, artículo 320 del Código penal francés; Road Traffic Act, 1967, sec. 2, artículo 340 bis a) b) y c) CP. El problema se ha planteado, en general, sobre los delitos de peligro especialmente con ocasión del X Congreso internacional de Derecho penal celebrado en Roma. Vid. los distintos *Rapports* presentados en «Rev. intern. de droit pén.», 1969 (1-2). En general la «puesta en peligro», por lo que a su incriminación se refiere, es considerada como una *protección avanzada* de determinados intereses fundamentales, tan necesaria en una época en que el progreso técnico y las exigencias de la vida moderna han multiplicado y extendido los factores de peligro. Los *rappports*, griego, belga búlgaro, israelí, húngaro, finlandés y checoslovaco, v. g., se pronuncian en este sentido. Numerosos *rappports* tienen, sin embargo, buen cuidado de fijar y precisar límites a la incriminación de las conductas peligrosas, a fin de evitar las restricciones vejatorias de la libertad individual, y una proliferación injustificada de normas punitivas. Prevalció la tesis de que es preciso determinar con precisión la intensidad del peligro mismo, que debe ser *concreto y actual* (v. g., *rapport* checoslovaco). Es más, si la norma penal debe limitarse a prevenir un comportamiento peligroso en abstracto (si bien minuciosamente precisado), su aplicación debe quedar subordinada a la condición de que haya engendrado un peligro concreto (v. g., *rapport* alemán). El *rapport* italiano deja bien sentado que la conducta reprochable debe ser definida cuidadosamente. En orden a la culpabilidad, la tesis generalmente admitida fue la de que el dolo es una condición del delito, no en el sentido de voluntad de ocasionar un resultado dañoso, sino en el sentido de «consciencia de exponer bienes determinados a un peligro», considerado, en general, como «situación en que aparece como posible la realización de un daño a intereses jurídicamente protegidos (Schröder). Vid. *Rapport général, presentado por DELITALA*, rev. cit., págs. 287 y ss. Ahora bien, aun cuando sea deseable que aquellas conductas particularmente peligrosas abocadas a un resultado lesivo sean incriminadas especialmente como delitos de peligro (Vid. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., pág. 148) no deben confundirse los delitos de peligro con las figuras de simple actividad, puesto que los de peligro son siempre delitos de resultado, exigen una situación de peligro real y efectivo. Por ello me parece oportuno rechazar en general la idea de peligro abstracto, que se basa únicamente sobre la desvaloración de la acción, dado que la acción en relación a la culpa es siempre peligrosa

culpa no es punible, en general, si no se ha ocasionado el efecto perjudicial, que se convierte, de este modo, en un elemento indispensable en la constitución de la infracción culposa (181). El propio Welzel afirma que al desvalor de la acción debe unirse el desvalor del resultado, por el cual la acción adquiere, al menos según el Derecho positivo, carácter penal (182).

(Cf. J. BUSTOS y S. POLITOFF, *Rapport* chileno al Congreso cit., rev. cit., página 356). De otra parte las conductas peligrosas deben ser determinadas, a estos efectos no ya en consideración al riesgo que, en general, pueden llevar en sí, sino a la real puesta en peligro del bien jurídico en el concreto caso (Vid. CÓRDOBA RODA, *Rapport* español al Congreso cit., rev. cit., páginas 373-74). La jurisprudencia española ha venido dando una interpretación restrictiva a los preceptos con un contenido de peligro abstracto. Vid., v. g., en relación al art. 340 bis c) S. 6-5-66 y S. 13-5-66, entre otras. En relación a la distinción entre delitos de peligro abstracto y concreto, vid., con respecto al art. 340 bis a) 2 S. 16-4-63 y S. 14-12-67, estudiadas por BERISTAIN, *El delito de peligro por conducción temeraria, Notas al artículo 340 bis a), núm. 2, RDCr.*, 1970, págs. 535-37. SCHWANDER, *Rapport* suizo al Congreso cit., rev. cit., pág. 418, pone de relieve cómo ha de haber una cierta moderación al reprimir las conductas de peligro, cuya incriminación debe quedar limitada al mínimo indispensable exigido por la seguridad de la vida moderna. En la legislación alemana, si bien se requiere un cierto comportamiento peligroso, en abstracto, se exige, además, en general, que este comportamiento haya creado un peligro concreto. Solución que según SCHÖDER, *Rapport* alemán al Congreso cit., rev. cit., pág. 31, representa, en cierta medida, una combinación de delitos de peligro abstracto y concreto. Tal combinación, según Schröder, no tiene, sin embargo, valor en los casos de homicidio o lesiones corporales por imprudencia, respectivamente, que no son ligadas a comportamientos precisos, por lo cual se manifiesta contra la introducción de aquellos delitos de peligro que se limiten a reprimir la creación de una amenaza para los bienes de otro sin que vayan unidas a actividades descritas con precisión.

(181) Vid. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., pág. 219; CUELLO, *Derecho penal*, T. I, V. I, 16.^a ed., Barcelona, 1971, págs. 444-45; BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 7.^a ed., pág. 412; BAUMANN, *Starecht*, cit., 5.^a Aufl., págs. 438 y 441. Vid., además, SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, 15 Aufl., cit., páginas 520-21. «Dado que los delitos culposos —dice WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 135— están todavía hoy contruidos, generalmente, como delitos de lesión, se requiere para la realización del tipo, que la acción contraria al cuidado debido se haya concretado en la lesión de un bien jurídico.» Sobre el problema, vid., también ROKOFYLLS, *ob. cit.*, página 15.

(182) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht* cit., pág. 136. Admite, sin embargo, que el resultado no es la parte esencial del delito culposo, sino que sólo lleva a cabo una «selección» dentro de él en relación a su punibilidad (Vid. Prólogo a «*El nuevo sistema de Derecho penal*», cit., trad. por Cerezo, pág. 18). Pero la lesión del bien jurídico es precisamente consecuencia de la falta de observancia del cuidado debido, como pone de relieve CEREZO, *Notas a «El nuevo sistema»*, cit., pág. 18, n. 4. Vid., además, SUÁREZ MONTES, *Consideraciones críticas en torno a la antijuricidad en el finalismo*, Madrid, 1963, pág. 81. Es más, si el resultado no fuera más que un elemento selectivo de las acciones negligentes se habría podido sostener que el legislador no incriminaría los resultados perjudiciales más que si ellos son culposos, pero el legislador en muchos casos va más lejos y gradúa rigurosamente la punición en consideración a la gravedad objetiva del resultado ocasionado, lo cual rompe el equilibrio necesario entre culpa y resultado, haciendo a éste preponderante en toda la gama de los delitos imprudentes (Vid., en relación al derecho francés ROKOFYLLS, *ob. cit.*, pág. 19). Vid.,

VI

La responsabilidad en Derecho penal supone, en primer lugar, que el autor viole el ordenamiento jurídico, a lo cual se denomina antijuricidad, y en segundo lugar, que la violación del ordenamiento jurídico pueda ser reprochada al autor, a lo que se denomina culpabilidad. La culpa ha sido teóricamente considerada en el pasado como especie de la culpabilidad, es decir, como un reproche que se hace al autor por no haber usado toda la prudencia que le hubiera sido posible para evitar la lesión de un bien jurídico (183). La nueva teoría dominante en Alemania, Suiza y Austria, despejada ya incluso de sus premisas finalistas, consiste en que la imprudencia (*Fahrlässigkeit*) es entendida en la actualidad como un elemento de la antijuricidad, esto es, como una cualidad de la acción de ser inferior a aquella exigencia de diligencia que el ordenamiento jurídico debe establecer de un modo general, sin consideración a la capacidad personal de un hombre cuidadoso o concienzudo en la situación del autor (184). La jurisprudencia del BGH se ha adherido a esta posición (185). Las consecuencias de tal punto de vista han tenido honda repercusión en la doctrina y en la jurisprudencia alemana, suiza y austríaca, en cuanto que habían mantenido hasta hace poco tiempo el criterio de considerar la medida objetiva de diligencia dentro del marco de la culpabilidad (186).

además, en relación a nuestro derecho, art. 565, 5 «... Dichas penas se podrán elevar en uno o dos grados, a juicio del Tribunal, cuando el mal causado fuere de extrema gravedad», aunque paliado, en parte, por el último pfo. del mismo artículo.

(183) Vid. LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, cit., pág. 272; recientemente, MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, cit., Std., 14 Aufl., pág. 214; BAUMANN, *Strafrecht*, 5 Aufl., cit., pág. 438.

(184) Vid., v. g., en Alemania, Armin KAUFMANN, *Das fahrlässige Delikt*, ZfRV, 1964, pág. 45; MAIHOFER, *Zur Systematik der Fahrlässigkeit*, cit., páginas 184 y ss.; NIESE, *Finalität Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen, 1951; STRATENWERTH, *Die Bedeutung der finalen Handlungslehre*, SWZSt, 1967, págs. 205 y ss.; JESCHECK, *Aufbau*, cit., págs. 9 y ss.; EL MISMO, *Lehrbuch*, cit., págs. 375-76; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 127, en Austria, NOWAKOWSKY, *Zur Theorie der Fahrlässigkeit*. «Jur. Blätter», Wien, 1953, pág. 506-11; RITTLER, *Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts*, Allg. teil, 2 Aufl., Wien, 1954, pág. 217. En Suiza, Jean GRAVEN, ob. citada, rev. cit., págs. 254-55-58-64-65; idem. en *Colloque du XXV^e anniversaire de la «Rev. de sc. criminelle»*, rev. cit., pág. 253. Vd., también, SCHWANDER, *Das Schweizerische StGB*, 2 Aufl., Zürich, 1964, pág. 94. Contrariamente, SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, cit., 15 Aufl., pág. 527, quien considera la culpa solamente desde el aspecto subjetivo. Distinta posición de la dominante es la de MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, cit., 3 Aufl., pág. 468, quien aplica el primer grado de la «atribuibilidad» o responsabilidad por el hecho.

En la dogmática civilista se admite ya que para la antijuricidad de un comportamiento peligroso es preciso que se haya transgredido el deber objetivo de cuidado, vid., v. g., CAEMERER, *Wandlungen des Deliktrechts*, II, Karlsruhe, 1960, pág. 132.

(185) BGH VRS 14, 30.

(186) Vid. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, cit., II, pág. 364; OEHLER, *Das*

Para comprender la significación de la imprudencia, desde el plano de la antijuricidad, hay que partir de la base de que la norma jurídica es un imperativo que incide sobre el comportamiento humano, obligando a los miembros de la comunidad a emplear la diligencia objetivamente ordenada en el tráfico, al objeto de evitar la realización de un resultado desaprobado por la ley (187). El contenido del cuidado debido, o de la diligencia debida (*Sorgfaltsgebot*) está en reconocer la peligrosidad de una determinada situación para el bien jurídico protegido y obrar en consecuencia, esto es, o bien absteniéndose totalmente de realizar una tal acción o emprenderla sólo con la debida cautela (188).

El reconocimiento de que el injusto del hecho culposo radica en la forma de realización de la acción (189) hace posible tener en cuenta para la determinación de la pena tanto el desvalor de la acción como el desvalor del resultado (190). Al hecho culposo, aunque el autor no sea culpable, pueden serle aplicables medidas de seguridad (191). En el marco objetivo de la culpa no puede exigirse al autor más allá de la diligencia que se requiere, en sentido general, en el ámbito penal, aun cuando aquel, por sus particulares circunstancias pudiera poner una mayor diligencia (192).

La antijuricidad del hecho culposo dependerá, sin embargo, no sólo del deber de diligencia en la realización de la acción, sino que habrá de ser determinada también por la producción del resultado típico (193). Ciertamente se ha dicho, y es notorio, que a menudo

objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959, págs. 74 y siguientes; Eb. SCHMIDT, *Der Arzt in Strafrecht*, Leipzig, 1939, pág. 173.

(187) Vid. ENGISCH, *Der Unrechtstatbestand in Strafrecht*, en DJT-Festschrift, I, Karlsruhe, 1960, pág. 413 y ss.

(188) JESCHECK, *Aufbau...*, cit., pág. 10.

(189) Lo que no significa, como afirma WELZEL, *Prólogo a «El nuevo sistema de Derecho penal*, cit., pág. 18, que con el desvalor de la acción queda ya completamente fundamentado lo injusto material de los delitos culposos, menoscabando la importancia del resultado (vid., *infra*, n. 194).

(190) JESCHECK, *Aufbau*, cit., pág. 11. BOCKELMANN, *ob. cit.*, pág. 7.

(191) JESCHECK, *ob.* y pág. cit. Debe tenerse en cuenta que para la imposición de medidas de seguridad y corrección debe requerirse la previa realización de un hecho que, al menos, tenga los caracteres externos de delito, como pone de relieve ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., págs. 583 y 584, o, por mejor decir, cuando se habla de medidas de seguridad post-delictivas debe emplearse la palabra «delito» en el sentido de acción penalmente antijurídica, sin base en la culpabilidad (Cf. ANTÓN ONECA, *ob. citada*, pág. 584). Vid., además, parágr. 42 m StGB. A diferencia del parágr. 37 StGB, que emplea la expresión «acción punible» (*strafbare Handlung*), en el parágrafo 43 emplea el término «acción sancionada con pena» (*eine mit Strafe bedrohte Handlung*), lo cual explica el que puede ser impuesta al autor la retirada del permiso de conducción también en el caso de que aquel no sea culpable.

(192) Cf. JESCHECK, *Aufbau*, cit., pág. 12; ídem. WELZEL, *El nuevo sistema*, cit., pág. 74; EL MISMO, *Das Deutsches Strafrecht*, cit., págs. 134-35; ídem. MAIHOFER, *Zur Systematik der Fahrlässigkeit*, ZStW, 70, págs. 163 y siguientes.

(193) Vid. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., pág. 376; ídem. ARTHUR KAUFMANN, *Schuldprincip*, cit., pág. 372; GRAVEN, *ob. cit.*, pág. 264; BETTIOL, *Diritto*

es una cuestión de azar el que una persona sea muerta o herida por una acción culposa (194), pero sería erróneo pretender, por ello, que el resultado es una mera condición objetiva de punibilidad (195). Los motivos que ligan el resultado con la acción culposa son —como indica Jescheck—, en primer término, que el peligro para el objeto de la acción determina la clase y la medida del deber de cuidado en cada caso; en segundo lugar, la violación del deber de cuidado debe reflejarse en el resultado, y en último término, éste debe ser previsible en el momento de la realización de la acción para toda persona situada en el mismo medio de actividad en que se encontraba el autor (196).

penale, 7.^a ed., cit., pág. 415; CIGOLINI, *La responsabilità della circolazione secondo la nuova legislazione*, Milano, 1963, pág. 654; CEREZO MIR, *Notas a «El nuevo sistema de Derecho penal»*, de WELZEL, cit., pág. 18, n. 4.

(194) EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, cit., pág. 83; Vid, además, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., cit., pág. 136; CEREZO, *Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico*, ADPCP, 1970, pág. 599; CONDE PUMPIDO, *Modificaciones*, cit., RGLJ, 1968, pág. 4. Sobre la cuestión, vid., espec., HERZOG, *ob.* y rev. cit., pág. 98.

(195) Como afirman en la doctrina italiana MANZINI, *Trattato*, cit., I, págs. 606 y 745, y VANNINI, *Le condizioni estrinseche di punibilità nella struttura del reato*, «Studi senesi», v. 43, págs. 45 y ss. Observa, sin embargo, BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 7.^a ed., pág. 415, con razón, que en el resultado ocasionado culposamente «no puede hablarse de la presencia de una condición de punibilidad porque el resultado está en relación causal directa con el comportamiento del sujeto, mientras la condición de punibilidad supone, lógicamente, la presencia de un hecho típico, siendo el resultado, en el cual la condición de sustancia, totalmente extrínseco tanto en relación a la causalidad material como a la psicológica». Análogo reproche, en relación a la fundación otorgada por WELZEL al resultado y sus consecuencias, hace CEREZO, *Notas a El nuevo sistema de WELZEL*, cit., n. 4, pág. 18. Vid., también, SUÁREZ MONTES, *Consideraciones*, cit., pág. 82, n. 38; ídem. CÓRDOBA RODA, *Fahrlässigkeitsregelung im Spanischen Strafrecht*, ZStW, 81, 1969, pág. 431.

(196) Cf. JESCHECK, *Aufbau*, cit., pág. 16; *Lehrbuch*, cit., pág. 386. Vid., además, WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, cit., pág. 21; MÜLHAUS, *Die Fahrlässigkeit...*, cit., págs. 45 y ss.

La primera condición para la imputación del resultado es la relación causal, la cual, según la reiterada jurisprudencia del *Bundesgerichtshof*, es constatada cuando la acción no puede ser mentalmente eliminada sin que el resultado venga a faltar (BGH, I, 332). Pero el resultado debe ser la consecuencia de la violación del deber objetivo de cuidado. Mas ¿qué ocurre si un niño salta repentinamente la calzada frente a un conductor que conduce descuidadamente, que éste, aun cuando hubiera conducido cuidadosamente, lo habría lesionado? En una operación quirúrgica, un médico emplea, para la anestesia, cocaína, en vez de novocaína, al ser aquella inadecuada, el paciente muere; pero al practicar la autopsia se demuestra que el paciente hubiera muerto igual con la inyección de novocaína, como consecuencia de su estado de debilidad física, que no era cognoscible objetivamente por el médico (ejs. cit. por EXNER, *Fahrlässiges Zusammenwirken, Festage für R. Frank*, I, Tübingen, 1930, de la jur. del RG). En estos ejemplos, más que la relación causal, falta la relación entre la lesión del cuidado objetivo con la producción del resultado (Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 136). Afirma la responsabilidad, sin embargo, JESCHECK, *Aufbau*, cit., pág. 17. El problema, muy debatido hoy en la doctrina alemana, ha sido tratado, con exhaustivo examen de la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof*, por RU-

En resumen, la antijuricidad del hecho culposo estará determinada por tres elementos: 1) conocimiento o cognoscibilidad del peligro de realización del resultado típico; 2) un obrar que cara a este peligro implique la falta del cuidado objetivamente ordenado en el tráfico, y 3) en relación a los delitos culposos de resultado material, para que se dé un injusto típico es preciso que el resultado se produzca, pues éste no está situado fuera de la norma violada. Para la punición es preciso, sin embargo, como segundo presupuesto (y aquí radica esencialmente el problema de la separación con la culpa civil), la culpabilidad, la cual requiere, además, la prueba, para el autor, de que por su inteligencia y su cultura, su experiencia de la vida y situación esté individualmente en condiciones de cumplir

DOLPHI, *Vorhersehbarkeit und Schuttsweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre*, JuS, Dez., 1969, págs. 549 y ss., quien pone de relieve cómo toda producción del resultado, como consecuencia de una conducta contraria al deber de cuidado, no supone la existencia del injusto de la acción culposa. Refiriéndose a la sentencia del BGH (12, 79) —en la que el conductor de un turismo, contra la prohibición del StVO, es decir, con infracción de las precauciones legalmente ordenadas, adelanta a otro vehículo y se produce el accidente, aunque motivado sólo porque se sale una rueda del coche a causa de un defecto técnico desconocido— pone de manifiesto cómo el que este accidente sea la consecuencia causal de la lesión del cuidado debido no supone la existencia del injusto del delito imprudente. Según Rudolphi una mejor precisión del delito de imprudencia requiere una determinación más próxima de la relación, necesaria para la constatación de la antijuricidad, entre la lesión del deber de cuidado y la producción del resultado. Es decir, se trata de dar solución al problema de cómo y en qué condiciones la lesión del deber de cuidado cometida por el autor constituye un motivo de imputación suficiente del resultado causado por aquél. En definitiva, la cuestión consiste en saber si pueden ser objetivamente imputadas al autor, como injusto, todas las consecuencias, sólo las previsibles o, quizá, aquellas que han constituido el verdadero sentido y finalidad del deber de cuidado. El BGH ha reconocido que la punibilidad de la imprudencia podía ser ampliada indefinidamente y que podían ser imputadas al autor las consecuencias más abstrusas de su conducta infractora de un deber. El BGH ha intentado, por ello, limitar la previsibilidad subjetivamente no reprochando como culpable la conducta que motivó el suceso a pesar de la previsibilidad del resultado, considerando que éste es una consecuencia que resta fuera de la experiencia de la vida (Cf. RUDOLPHI, *ob.*, y *rev. cit.*, pág. 350). En la doctrina civilista en Alemania federal se afianza, cada vez más, la idea del carácter protector de la norma, según la cual, y a efectos de la indemnización correspondiente, los daños causados por medio de una conducta imprudente, sólo pueden ser imputados al causante si el deber de diligencia lesionado por él iba dirigido a proteger a la persona dañada por la lesión concreta del bien jurídico. A esta doctrina parece adherirse el BGH. Este criterio de carácter protector de la norma, en la imprudencia, ha sido puesto de manifiesto «*expressi verbis*» en la doctrina penal, sólo aisladamente para la resolución del problema de la imputación. Sobre esta cuestión, que afecta esencialmente a la relación entre el deber de cuidado y el resultado. *vid.*, espec., GIMBERNAT, *Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre*, ZStW, 80 (1968), págs. 922-23, n. 20; JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., pág. 387; ULSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, Bonn, 1965, págs. 143 y ss.; ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, ZStW, 74 (1962), págs. 411 y ss.

el deber de cuidado que le había sido objetivamente prescrito (197).. Este criterio «subjetivo» de la culpa es común a todas las legislaciones de lengua alemana (198).

En segundo análogo se manifiesta, en la doctrina suiza, Graven, cuando, al tratar de determinar las condiciones en que la negligencia ha de ser considerada «culpable», precisa que tal determinación se hará, en primer lugar, desde el punto de vista objetivo, teniendo en cuenta las precauciones que estaban «determinadas por las circunstancias y, en segundo término, desde el lado subjetivo, el juez deberá considerar, además, aquellas precauciones impuestas «por la situación personal del autor» (199). Es precisamente aquí donde reside el núcleo de la culpa *Der Kern der Schuld* a que se refieren Schwander y Schönke-Schröder (200).

La distinción en el delito culposo de factores objetivos y subjetivos, constitutivos en parte de la antijuricidad y en parte de la culpabilidad hace posible, como ha dicho Jescheck, una construcción jurídica sistemática y convincente que tiene también sus ventajas prácticas. La era de la técnica no puede ser entendida ni como un mundo de museo de absoluta seguridad, ni como invitación a la vida peligrosa. Así como el injusto del acto delictivo viene determinado también por el resultado, para la determinación de la pena, la acción y la culpabilidad deben ser consideradas en igual medida que la gravedad del daño (201).

Problema distinto es el que, desde un plano político-criminal, y señaladamente en materia de tráfico circulatorio, las infracciones sin consecuencias lesivas, pero particularmente peligrosas, deben ser consideradas de modo especial, castigándose los actos generadores del riesgo prohibido como merecen e introduciendo al lado de las clásicas infracciones de lesión un sistema ordenado y coherente de incriminación de la «puesta en peligro» que permita la organización de una auténtica y profunda defensa, de carácter esencialmente preventivo (202). Pero debe rechazarse absolutamente un abandono, sa-

(197) Cf. JESCHECK, *Aufbau*, cit., págs. 20-21; *Lehrbuch*, cit., págs. 394 y 395; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 176: «es decisivo el grado de formación intelectual que posee el autor o el que debía poseer dada su posición social». MUHLHAUS, *Die Fahrlässigkeit*, cit., pág. 34.

(198) Vid. parágr. 18, 2 *Entwurf StGB*, 1962; art. 18, 3, CP suizo; parágr. 325 StGB austríaco. Cf. *supra*, n. 141.

(199) J. GRAVEN, *ob. y rev. cit.*, págs. 258 a 261.

(200) Vid. SCHWANDER, *Das Schweizerische StGB*, cit., págs. 75 y siguientes (aunque se refiere concretamente a la «culpa» a partir de la página 80), con cita de SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, que emplea este término en la 4.ª ed. (pág. 172), y sucesivas hasta la 7.ª (pág. 217).

(201) JESCHECK, *Aufbau*, cit., pág. 29.

(202) Vid. J. GRAVEN, *ob. y rev. cits.*, pág. 286; ídem. ROKOFYLLOS, *obra citada*, pág. 119.

En nuestro derecho, QUINTANO, *Derecho penal común y especial de la circulación*, V *Curso intern. de derecho de la circ.*, Madrid, 1963, pág. 73, niega, sin embargo, el carácter criminal de los delitos de peligro (abstracto y concreto) de la Ley de Uso y Circulación de vehículos de motor de 24 de diciembre de 1962, criterio que mantiene en lo esencial en el *Tratado de la:*

crificio o atenuación del principio de culpabilidad en relación a los hechos culposos, aunque se trate de delitos de circulación (203). El legislador deberá optar por el mantenimiento y desarrollo de un sistema «subjetivo», matizado con un amplio régimen de educación y prevención especial, esencialmente individualizador en orden a las sanciones, con preferencia a la ya vieja doctrina de la represión objetiva, aunque modernamente se la pretenda hacer resurgir, disfranzándola con aires vanguardistas (204).

VII

El hecho de que el autor haya ocasionado causalmente el resultado típico no supone ya, sin más, que haya actuado en forma imputable, pues no toda lesión causal de un bien jurídico representa

Parte especial del Derecho penal, IV, Madrid, 1967, págs. 481-82. Pero, como pone de relieve CEREZO, *Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico*, ADPCP, 1970, pág. 595; la exclusión de los delitos de peligro concreto del ámbito del Derecho penal y su transformación en simples infracciones administrativas sería contraproducente para el cumplimiento de la función ético-social del Derecho penal. Máxime cuando el que de una conducta peligrosa se derive o no un resultado lesivo depende casi siempre del azar. La pena no sería ya expresión de un reproche ético-social, sino confirmación de la mala suerte del conductor (Vid., además, CONDE PUMPIDO, *Modificaciones...*, cit., pág. 38). En el sentido expuesto, vid., especialmente BOCKELMANN, *Der Schuldgehalt des menschlichen Versagens im Strassenverkehr*, en «Verkehrstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge», Hamburg, 1967, págs. 82 y ss. Conforme, sin embargo, con QUINTANO, *Tratado*, citado, IV, pág. 463, en que la delincuencia de tráfico no merece plena sustantividad penal, justificativa de una legislación especial al margen de la común, como pretende DEL ROSAL, *Fenomenología del hecho delictivo de la circulación*, *V Concurso Intern.*, cit., págs. 285 y ss., y BERISTAIN, *Especialidad del Derecho penal de tráfico*, RDCr, 1964, pág. 743. Tal especialidad, construida teniendo en cuenta el medio ejecutivo, sería tan inconsistente —afirma QUINTANO, *Tratado*, cit., pág. 480— como construir un Derecho penal de las sustancias venenosas o de las armas de fuego. No se olvide tampoco que también pueden cometerse delitos dolosos tales como el homicidio o el asesinato y las lesiones corporales por medio de vehículos de motor y a nadie se le ocurre pensar que por ello habrían de ser segregados del Código penal (Cf. CEREZO, *Problemas fundamentales*, cit., página 583).

(203) Como pretenden WIMMER, *Über unzulässige Vertiefung der Schuldfrage bei Fehlleistungen von Kraftfahren*, NJW, 1959, págs. 1757 y ss.; FREY, *Reobjektivierung des Strafrechts im Zeitalter der Technik*, Zurich, 1961, páginas 36 y ss., 45 a 47, 57, 59 y ss., y 68 y ss., y, aunque, desde otro plano, BOOSS, *Keine Schuldvermutung im Verkehrsstrafrecht*, NJW, 1960, página 373. En el sentido expuesto en el texto, vid., JESCHECH, *Aufbau*, cit., página 29.

(204) Cf. GRAVEN, *ob. cit.*, pág. 287; ídem. SCHULTZ, *Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über den Strassenverkehr*, Berna, 1964, pág. 34. Confrontese NUVOLONE, *La répression et la prévention*, cit., págs. 470-74. Vid., además, en orden a la determinación de la naturaleza de la sanción, por lo que se refiere a las infracciones culposas en materia de circulación, DUPREEL, *Rapport* general al Congreso internacional de Criminología de Bruselas de 1972, en «Rev. de droit pén. et de crim.», cit., págs. 290-91.

un injusto típico (205). El hecho culposo, al igual que el doloso, requiere siempre de aquellos elementos básicos para la configuración del mismo: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad (206). De acuerdo con su contenido conceptual, la acción contraria al cuidado ordenado en el tráfico debe, según un juicio razonable, crear un peligro para los bienes jurídicos (207). Pero esto no basta para formular el reproche de culpabilidad. Es preciso, para ello, constatar que el autor, con su comportamiento arriesgado, peligroso, además, de haber infringido el deber de cuidado requerido, en general, en el tráfico para evitar la producción del resultado típicamente previsto, no haya observado aquellas previsiones que le eran exigibles de acuerdo con sus personales aptitudes (208).

Por consiguiente, el juicio de imprudencia supone la existencia de dos componentes configuradas tradicionalmente como lesión del deber objetivo de cuidado, en general, e inobservancia del cuidado individualmente posible al autor, esto es, de acuerdo con sus concretas posibilidades personales (209). Una vez constatado que el autor no ha aportado la capacidad exigible a la generalidad, así como el no haber respondido a sus condiciones y aptitudes individuales puede ser emitido el juicio de culpabilidad en relación al delito imprudente (210).

La doctrina hasta hace poco dominante había situado ambas valoraciones de la culpa, «objetiva» y «subjetiva», en el ámbito de la culpabilidad. El injusto de la acción culposa radicaba, según este criterio, en la causación del resultado típico (211). La responsabilidad del autor de un delito culposo se afirmaba en cuanto que el resultado lesivo era consecuencia de la infracción del deber de cuidado, tanto del ordenado con carácter general, como del individualmente posible al autor. Ambas situaciones quedaban comprendidas dentro del ámbito de la culpabilidad en los delitos culposos (212).

(205) Vid. JESCHECK, *Aufbau*, cit., pág. 16; GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1969, págs. 119 y ss. Confr. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 3.^a Aufl., cit., pág. 462.

(206) MAURACH, *ob. cit.*, pág. cit.

(207) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., cit., pág. 132.

(208) Vid. JESCHECK, *Aufbau*, cit., pág. 21. Confr. MAURACH, *ob. cit.*, página 484.

(209) Vid. MAURACH, *ob. cit.*, pág. 462; ídem. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito*, cit., pág. 50; EL MISMO, *Notas a MAURACH*, páginas 257-58, n. 10.

(210) Cf. MAURACH, *ob. cit.* y pág. cit.

(211) Cf. MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, I, Std., 14. Aufl., cit., págs. 218-20 y 223.

(212) Si el autor, no obstante haber causado el resultado típico, ha observado el cuidado generalmente debido en el tráfico, quedará absuelto por falta de culpabilidad, sin tomar en cuenta sus aptitudes personales. Si el autor no ha observado el deber objetivo de cuidado en el tráfico, procede entonces llevar a efecto el juicio de culpabilidad, habida cuenta de sus aptitudes personales. Vid. este doble examen en LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, cit., pág. 261; HIPPEL, *ob. cit.*, pág. 361; MEZGER, *Strafrecht*, *Lehrbuch*, 1949, pág. 358; MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, Std., cit., pág. 221; SCHWARTZ-

La doctrina actualmente dominante en Centro-europa estima que no es suficiente la causación pura y simple del resultado culposo para la existencia de la acción imprudente, como ha demostrado Welzel (213), sino que la producción del resultado ha de ser causada por una acción contraria al cuidado debido, con una «probabilidad rayana en la certeza» (214). Sin embargo, el problema de la exclusión del injusto en aquellos casos en los que, si bien no se ha observado el cuidado debido, el resultado se habría producido igualmente, aun cuando el autor hubiera obrado prudentemente, ha sido uno de los más debatidos en la doctrina alemana más reciente: Ejemplo: un automovilista cruza descuidadamente un paso de peatones; un suicida le sale al paso de repente y se lanza bajo las ruedas muriendo atropellado. De acuerdo con las circunstancias concretas la víctima habría sido atropellada en todo caso, aun cuando el conductor del automóvil hubiera obrado con toda prudencia (215). Las soluciones, en relación a los casos concretos planteados a la jurisprudencia del RG y del BGHSt han partido de premisas diversas. De una parte, con base en la doctrina de la «conditio sine qua non», se niega la relación causal material, lo cual en general debe rechazarse, pues, aparte de que no es acertado —como alguna vez ha hecho el RG— afirmar que «el resultado no ha sido causado por la violación del deber de cuidado» —lo que produce el resultado no es la violación del deber de cuidado, sino la acción transgresora de ésta—, en casos como el aludido anteriormente la conexión causal no puede negarse, pues lo cierto que la acción del automovilista ha «causado» el resultado muerte (216). De otro lado, y aunque con diversidad de mati-

DREHER, *Kurtzkommentar StGB*, 29 Aufl., 1967, 222, 4 A a). Confr. BAUMANN, *Strafrecht*, cit., 5 Aufl., pág. 441.

(213) WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, cit., págs. 8 y ss.

(214) Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 136; ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit.; ídem. EL MISMO, *Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte*, JZ, 1969, págs. 364 y ss.

(215) Vid., además, en relación con el problema, *ut supra*, n. 196, donde se pone de relieve también la problemática que plantean en la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* otros casos análogos y que ha sido estudiada perfectamente por RUDOLPHI, *ob. cit.*, págs. 549 y ss.

En el caso aludido en el texto la tesis dominante considera que no puede determinarse con una probabilidad cercana a la certeza el que el resultado se haya producido como consecuencia de la lesión objetiva de cuidado. Confr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 136. En el caso expuesto se afirma, siguiendo este criterio, que aun cuando haya ciertamente una acción descuidada, ello sólo podría constituir el injusto de un delito culposo de peligro abstracto, pero, en ningún caso, podría ser castigada como constitutiva de homicidio culposo (Cf. BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, pág. 75).

Sobre esta cuestión, vid., además de las obras citadas, *ut supra*, nota 196, KAUFMANN (Arthur), *Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht*, *Festschrift für Eb. Schmidt*, Göttingen, 1961, págs. 226-31; SPENDEL Günter, *Conditio-sine-qua-non-Gedanke und Fahrlässigkeit-BGHSt*, 11, 1, JuS, 1964, págs. 14 y ss.; BINAVINCE, *Die vie Momente der Fahrlässigkeitsdelikte*, Bielefeld, 1969, págs. 208 y ss.

(216) En relación con este punto de vista, vid., LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, cit., págs. 161 y ss., vid. BGHSt, 1, 332.

ces, la teoría dominante mantiene, generalmente, el criterio de que entre la lesión del deber de cuidado y el resultado ha de existir una determinada relación. Si el resultado se hubiera producido igualmente en el caso de que el autor se hubiera comportado de acuerdo con el deber de cuidado falta la relación que fundamenta la responsabilidad y hay que absolver (217). Pero la dificultad radica en constatar qué

Una crítica de esta posición causalista, puede verse, sobre todo, en ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., ZStW, págs. 419-25; ídem. SPENDEL, *ob. y rev. citadas*, páginas 14 y ss.; EL MISMO, *Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen*, en *Festg. für Eb. Schmidt*, 1961, pág. 212; GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, págs. 119-23.

También WELZEL estima que en estos casos no hay tal relación causal, sino la relación radicante en el tipo entre la producción del resultado y la lesión del cuidado debido (*Deutsches Strafrecht*, cit., pág. 136).

El parágr. 222 StGB (*Fahrlässige Tötung*) sanciona con pena privativa de libertad de hasta cinco años a «quien cause por culpa la muerte de un hombre». Tal disposición, al igual que otras como las de los parágrs. 230, 309, 314, etc., del StGB, no son correctas, pues la muerte de un hombre no se causa por culpa, sino por una acción culposa (Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strf.*, cit., pág. 131). Vid., sin embargo, 276 BGB: «actúa culposamente quien no observa el cuidado debido en el tráfico».

(217) Vid. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, 16 Aufl., 1972, páginas 528-31; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., cit., pág. 136; EL MISMO, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, cit., pág. 21; BAUMANN, *Kausalzusammenhang bei Fahrlässigkeitsdelikten*, DAR, 1955, pág. 210. Confr. EL MISMO, *Strafrecht*, 5 Aufl., cit., págs. 441 y ss.; MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, citada, St., 14 Aufl., págs. 219-20; MULHAUS, *Die Fahrlässigkeit*, cit., págs. 28-29; ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., pág. 149; OEHLER, *Die erlaubte Gefährsetzung und die Fahrlässigkeit*, *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, pág. 239. Vid., además, en nuestro derecho, RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas a Mezger*, II, págs. 199-200, n. 32, el cual niega la ausencia de relación causal. De lo que se trata —dice— es de una «ruptura de la conexión o relación de culpabilidad» que impide la imputación a título de culpa, pero que presupone la causalidad entre la acción y el resultado.

El TS español, aun cuando en algún caso alude a la causalidad jurídica (S. 24-4-1958, A. 2433; S. 12-12-1964 A. 5292) y en otros origina confusión entre causalidad «material», «jurídica» o «moral» (S. 19-10-1964 A. 4342; S. 14-11-1970 RDCr, 1971), se ha mantenido, en relación a la mayoría de los casos que nos ocupan y otros análogos, en general, en el terreno de la causalidad material, absolviendo tan sólo en aquellos casos en que se estima roto el nexo causal (S. 25-10-1969-cooperación de la víctima; S. 15-2-69; S. 22-12-1972). Vid., también, LUZÓN DOMINGO, *Jurisprudencia penal*, en RDCr. 1973, núm. 1, págs. 64-65 «una conducta peligrosa en abstracto puede haber tenido una aportación causal pequeña en concreto». Sin embargo, la S. 13-6-1967 condena en un súbito cruce de la calzada por una niña, porque el conductor había descuidado algo su atención yéndose al lado derecho de la vía.

En general, la concurrencia de una conducta imprudente de la víctima a la producción del resultado incide en la valoración de la imprudencia del autor degradándola (S. 3-5-1973), salvo en el caso de que se estime roto el nexo causal. Así, la S. 14-11-1970 (RDCr, 1971, pág. 90): no puede estimarse que la conducta del sujeto constituya causa material y moral del atropello, aunque marchase a velocidad excesiva, del ciclista que de un camino vecinal irrumpe en una carretera nacional, por la que circulaba el primero, sin detenerse en un reglamentario «stop», porque con arreglo al principio de la confianza basado en la normalidad del tráfico, racionalmente tenía derecho a confiar en que el ciclista respetaría dicho «stop», por no tratarse aparen-

es lo que hubiera ocurrido si el autor se hubiera comportado prudentemente. Es decir, es preciso fundamentar la necesidad de esa misteriosa conexión o relación entre la violación objetiva de cuidado y el resultado. Por consiguiente: ¿cuándo y por qué es necesaria? (218). Una solución es la propuesta por Kaufmann, la cual se

temente de ningún niño, anciano o minusválido, de quien pudiera temerse cualquier reacción anormal. Parece, sin embargo, que aquí la rotura de la relación causal se considera con base en la teoría de la «causalidad adecuada». La S. 3-3-1972 (RDCr, 1972, pág. 145), en un caso en el que existe «cierta falta de diligencia» en el autor del hecho (caso del ciclista embriagado) estima la falta de conexión entre el deber de cuidado y la producción del resultado. «Falta el nexo de relación de causa a efecto —dice la citada Sentencia— entre la actuación del inculpaado y el fallecimiento. El TS niega la relación causal entre la conducta del conductor de un camión, que marchaba ocupando materialmente el centro de la calzada en una curva cerrada, y el resultado producido, si éste obedeció al hecho de que la víctima, que conducía un motociclo en estado de embriaguez, fue a estrellarse de contrario contra el camión cuando el mismo ya se encontraba a su lado derecho por haber rectificado el conductor al apercebirse de que el vehículo de dos ruedas se aproximaba dando bandazos (S. 28-1-1972). Si bien en este caso el conductor del camión se hallaba ya a la derecha de la calzada en el momento de la colisión, pero también podría decirse que su situación anterior en el centro de la calzada, en una curva, pudo influir, en cierto modo, en el comportamiento del motociclista. Vid., además, en relación a la rotura del nexo causal, S. 19-6-1972 (con nota de LUZÓN DOMINGO, en *Jurisprudencia penal*, RDCr, 1972, pág. 380) y S. 18-10-1972. En realidad la más reciente jurisprudencia del TS viene a valorar la llamada «conurrencia de culpas» en la contribución causal. La S. 14-2-1972 precisa que solamente destruyen la relación de causalidad las interferencias de superior entidad cualitativa. La mayor infracción del deber de cuidado absorbe la menor. Se rompe la relación causal cuando se interpone otra causa debida exclusiva o muy principalmente a la víctima o a un tercero, según la S. 22-5-1972, en la cual se establece que no se puede estimar culpable, por haber traspasado algo la velocidad máxima autorizada, al conductor de un automotor férreo que ve caminar por la calzada, paralela a su vía de rieles. a un ciclista, y estimando que éste pretendía cruzarse más adelante por un paso a nivel, le hace repetidas y sonoras señales de aviso, si el tal ciclista, por su falta de atención, se cruza y es alcanzado, porque no consta que fuese la ligera velocidad superior causalmente determinante del resultado. La S. 18-19-1972 precisa que en el caso de concurrir la culpa del sujeto con la de la víctima hay que valorar la contribución causal de cada una a fin de determinar si la de ésta fue preponderante y excluye a aquélla... Aunque en este caso se habla también de «causalidad psíquica y espiritual» (Vd. *Jurisprud. penal*, en RDCr, 1972, pág. 559). En esta línea se encuentran las S. 28-12-1972 (RDCr, 1973, pág. 64, con nota de LUZÓN), S. 22-12-1972 (ésta alude a la «causalidad moral y material», RDCr, 1973, pág. 146, con nota de LUZÓN) y S. 5-1-1973.

(218) ROXIN, *ob. cit.*, en ZStW, 1962, espec. págs. 419 y ss., se ha ocupado a fondo de esta importante cuestión y plantea el problema sobre la base de algunos casos de la jurisprudencia del RG y BGHSt (págs. 411-12), algunos de los cuales ya fueron expuestos y analizados por EXNER, en el *Festgabe für Frank*, I, cit., págs. 587-88. (Vid., además, *supra*, n. 196, donde aludíamos a alguno de ellos). También se ocupa a fondo del problema RUDOLPHI, *ob. y rev. cits.*, págs. 549 y ss. Veamos algunos de los cuatro casos expuestos por Roxin: «Un ciclista embriagado gira indebidamente a la izquierda y es atropellado por un camión, cuando el conductor de éste pretendía adelantar al ciclista guardando una distancia menor (0,75 m.) que la que prescribe la Ley de tráfico (1 a 1,50 m.). Se comprueba, no

reduce sintéticamente, a lo siguiente: dado que en estos casos existirá el desvalor de la acción pero no el desvalor del resultado y, con ello, una parte del tipo de injusto, la semejanza respecto de la tentativa es evidente y como ésta no es punible en los delitos culposos, tampoco lo serán las conductas a que en estos casos se alude (219). La tesis de Kaufmann está expuesta a las objeciones que Roxin hace a la teoría dominante de la «misteriosa conexión entre la violación del deber de cuidado y el resultado», y que el propio Kaufmann critica («mysteriöse Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und kann») (220); porque, además de que existen casos en los que no se Erfolg, über dessen Natur man nirgendwo etwas Genaueres erfahren dá un desvalor del resultado y debe punirse, o se infringe el principio «in dubio pro reo» o hay que absolver en casi todos los casos de delitos culposos (221). Roxin, que rechaza la solución de Kaufmann (222), propone, en consecuencia, otra, sin duda más precisa y acertada, pero que no deja de ofrecer también sus inconvenientes. Roxin parte del hecho concreto que se ha de juzgar. El problema radica en si la acción peligrosa ha traspasado el riesgo permitido por el legislador. Es decir, para Roxin es fundamental el aumento del riesgo permitido. Se debe examinar cuál sería la conducta que de acuerdo con las normas del riesgo permitido se hubiera podido imputar al autor como lesión del deber de cuidado. Con esta conducta se compara la acción del imputado y habrá de determinarse, entonces, si la conducta incorrecta del autor ha aumentado, en el caso concreto, la posibilidad de que el resultado típico se produzca. En este caso hay que condenar, en otro caso, absolver (223). Pero también cabe objetar a Roxin que hay casos en que se debe absolver, a pesar de que la acción imprudente no supone un riesgo mayor para el resultado que la acción prudente, como acertadamente pone de relieve Gimbernat Ordeig (224). De otra parte se ha criticado también

obstante, que la acción del ciclista estaba determinada por su embriaguez y hubiera sido atropellado por el camión y muerto, aunque el conductor hubiera observado la distancia lateral adecuada. Un médico, con el fin de anestesiarse al paciente le inyecta cocaína en vez de novocaína, como era lo adecuado; el enfermo muere, pero debido a su debilidad orgánica constitucional hubiera muerto probablemente, aunque se le hubiese aplicado la novocaína como era lo correcto.» Roxin niega que en estos casos no exista relación causal. Rechaza igualmente que pueda hablarse de omisión, como afirma MEZGER-BLEI, *Strafrecht, Studienbuch*, 11 Aufl., págs. 80-81, pues en estos casos no se trata de delitos de omisión, sino de acción.

(219) Arthur KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., en *Festgabe für Eb. Schmidt*, págs. 229-31.

(220) Arthur KAUFMAN, *ob. cit.*, pág. 223.

(221) *Vid.* ROXIN, *ob. y rev. cits.*, págs. 423-24; *idem.* GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., págs. 130-31.

(222) ROXIN, *ob. y rev. cits.*, págs. 426 y ss.

(223) ROXIN, *ob. y rev. cits.*, págs. 431-32. A este punto de vista se adhiere JESCHECK, *Aufbau*, cit., pág. 17; *Lehrbuch*, cit., pág. 388.

(224) GIMBERNAT ORDEIG, *ob. cit.*, pág. 134, precisando, además, que son imaginables otros casos en los que aun cuando el riesgo de los comportamientos imprudentes es el mismo, no existe ninguna motivación para excluir la responsabilidad del autor. Una crítica a la postura de ROXIN puede verse

a Roxin que el aumento del riesgo no dice nada aún sobre la infracción del cuidado debido y, además, la acción descuidada no se configura por la simple contravención a las reglas del tráfico, y en estos casos se está siempre en presencia de una acción descuidada (225). Quizás sea Gimbernat Ordeig uno de los autores que más ha profundizado en estos problemas. Si bien, en un principio se había adherido a la tesis de Roxin (226), posteriormente, y después de poner de relieve los aspectos positivos y negativos de la misma, propone la solución siguiente: Hay que partir de que los deberes de diligencia, cuya infracción es lo que hace que una acción sea imprudente, persiguen impedir determinados resultados. Si el resultado producido por el comportamiento negligente no es uno de los que la norma quería evitar con el establecimiento del deber, el autor estará exento de responsabilidad. Si el resultado es uno de los que la norma quería evitar, el autor responderá por delito culposo consumado (227). Tal solución, aunque parece, en principio atinada y correcta, no creo resuelva plenamente los diversos problemas que los supuestos señalados plantean y, por otra parte, suscita serias dudas en orden a cuáles son los resultados que la norma quiere evitar (228).

Finalmente, si para la existencia del injusto del delito culposo el resultado típico ha de haber sido causado mediante la acción infractora del deber objetivo de cuidado requerido en general por la norma, sólo en tanto haya sido constatado éste habrá de examinarse después, en el ámbito de la culpabilidad, si el autor ha aplicado la medida de su capacidad personal de conocimiento con el fin de evitar el resultado típico (229) o, si se quiere —como afirma Welzel—, la medida de dirección final posible a su persona (230).

en SPENDEL, *ob. cit.*, en JuS, 1964, págs. 17 y ss., el cual se pronuncia, sin embargo, en pro de la condena soslayando el problema fundamental (páginas 19-20). Vid., también, LAMPE, *Das personale Urecht*, 1967, pág. 136.

(225) Cf. SPENDEL, *Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen*, en *Festgabe für Eb. Schmidt*, cit., pág. 195. Vid., también, KAUFMANN, *obra citada*, pág. 230. Idem. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., pág. 134. «Que una acción no sea adecuada a los reglamentos —observa BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, pág. 74— no significa todavía que sea una acción descuidada. Decisivo será siempre determinar las medidas concretas de precaución requeridas que el hechor debía haber adoptado de acuerdo a las circunstancias presentadas.» Vid. TS S. 25-2-1969 (RDCr, 1969, pág. 163).

(226) GIMBERNAT ORDEIT, *Recensión a la ob. cit. de ROXIN*, en ADPCP, 1963, pág. 436.

(227) GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado*, cit., páginas 142-43.

(228) ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., págs. 117-18. Vid., también, QUINTANO, *Tratado*, cit., IV, pág. 512. Sobre la problemática general, que debido a los límites que nos hemos trazado en este trabajo no podemos abordar debidamente. Cf. ULSENHEIMER, *Erfolgsrelevante*, cit. en JZ, 1969, páginas 364 y ss.

(229) Vid. BOLDT, *Zur Struktur der Fahrlässigkeit*, ZstW, 68, págs. 335 y ss.; JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., pág. 394; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, citada, pág. 175; CEREZO MIR, *Die Auseinandersetzung und die finale Handlungslehre in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, ZStW, 1972, 84, 1972, páginas 1060 y ss.

(230) Vid. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., págs. 165-66.

Por consiguiente, la observancia, por el autor, del deber objetivo de cuidado excluye el injusto, la observancia de aquella diligencia que habría sido ordenada al autor en razón de sus posibilidades personales excluye la culpabilidad (231).

VIII

La teoría finalista de la acción considera a ésta como base común a todas las formas del delito. La acción es conducta humana dominada por la voluntad rectora, consciente del fin. Es un obrar orientado desde el fin (232) y cabe tanto en relación a los hechos punibles dolosos como culposos. Pero mientras en los hechos punibles dolosos el resultado típico es objetivo de la manifestación de voluntad, en los culposos, tal objetivo es, en general, irrelevante para el tipo, caracterizándose los resultados legalmente desaprobados por ser causalmente producidos (233). También la finalidad supone un concepto

(231) Para WELZEL, *ob. cit.*, pág. 137, no es típica la acción que está de acuerdo con el cuidado requerido en el tráfico, y la lesión del cuidado objetivo sólo puede ser reprochable a título de culpabilidad cuando el autor podía, individualmente, prever el resultado de acuerdo con su capacidad de conocimiento (pág. 176). Para GALLAS, *La teoría del delito*, cit., trad. Córdoba, pág. 37, la lesión del deber objetivo de cuidado forma parte del contenido específico de injusto y, por ello, del tipo de los delitos culposos. H. MAYER, *Strafrecht, Stuttgart*, 1953, pág. 187, considera el riesgo permitido como causa de justificación. No puede, en general, hablarse de un injusto típico si el resultado se hubiera producido y el autor hubiera observado el cuidado debido. En estos casos existe caso fortuito, que excluye el injusto de la acción peligrosa, pasando a segundo plano la constatación de si debe considerarse realizado o no el tipo o si es el injusto lo que se excluye (Vid., con referencia a la teoría dominante, MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 3 Aufl., cit., pág. 463), para el cual la absolución por observancia del cuidado debido en el tráfico, aun cuando al autor le hubiera sido posible aportar una más elevada medida de cuidado que al término medio (*Durchschnitt*), no motiva una absolución por falta de culpabilidad, sino una limitación de la responsabilidad (*Haftungsbeschränkung*). Si el autor al ejecutar una acción peligrosa ha observado el deber de cuidado exigible de modo general—su acción, si bien es antijurídica, no es atribuible—faltarán la responsabilidad por el hecho (*Tatverantwortung*) (págs. 464 y 472-73).

Según se considere el caso fortuito como causa de justificación o no, estaremos en posición de incluir, o no, el deber objetivo de cuidado en el injusto (Cf. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado*, citada, página 87). Ya hemos señalado anteriormente, *supra*, n. 102, cómo un sector importante, aunque minoritario de nuestra doctrina, particularmente entre los jóvenes penalistas, incluyen el deber de cuidado en el injusto. También entre los viejos maestros, algunos de los más autorizados y prestigiosos, como, v. g., ANTON ONECA, *Derecho penal*, cit., pág. 138, n. 1, quien considera que «hay causas de inculpabilidad—por su raíz subjetiva—cuyos efectos llegan a suprimir la antijuricidad, como el caso fortuito». Y QUINTANO, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1966, pág. 127, afirma la naturaleza de causa de justificación—y de «archijustificación»—del caso fortuito en nuestro derecho positivo.

(232) Vid. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., cit., págs. 30, 33 y siguientes.

(233) Cf. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 3 Aufl., cit., págs. 452 y ss. Tampoco aquí el sujeto deja de actuar finalmente, v. g., el que limpia

superior para las dos categorías de delitos, dolosos y culposos. El hecho culposo está también «supradeterminado» finalmente. La acción culposa se caracteriza por una deficiencia en la forma de ejecución de la acción, que no corresponde a la dirección final exigida por el derecho para evitar la lesión de bienes jurídicos (234). Para la teoría causal de la acción una tal problemática se presenta tan sólo al llegar a la culpabilidad, ya que pone el acento sobre lo objetivamente producido, esto es, sobre el proceso causal (235) y éste es idéntico tanto en los delitos dolosos como en los culposos. Para la teoría finalista el problema se presenta ya en el concepto de acción, pues la voluntad final, como factor configurador y determinante del acontecer real objetivo, pertenece, por ello, a la acción (236). En los delitos culposos la ley describe sólo el resultado de la lesión o peligro del bien jurídico, mientras que la acción prohibida ha de ser constatada por el juez mediante el criterio de la falta de observancia del cuidado debido (237).

Según las últimas formulaciones de Welzel (238), el ordenamiento

una escopeta lleva a cabo una acción final, irrelevante, si se quiere para el tipo, pero que por un descuido causa el resultado típico (Cf. MAURACH, *obra citada*, pág. 153).

Debe tenerse en cuenta que la doctrina finalista, al menos en el momento presente, no niega que el resultado se produzca de un modo «causal-ciego» —WELZEL había dicho primeramente (*Studium zum System des Strafrecht*, ZStW, 58 (1938), pág. 559): «el resultado no deseado, decisivo, se produce de un modo ciego-causal»—, sino que sea él el elemento decisivo de la culpa (Cf. WELZEL, *La doctrina de la acción finalista, hoy*, trad. Cerezo, ADPCP, 1968, pág. 226).

(234) Cf. WELZEL, *Nuevo sistema*, cit., pág. 18; EL MISMO, *La doctrina de la acción finalista*, cit., pág. 227; EL MISMO, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., cit., págs. 37-38 y 130.

(235) Dado que la teoría causal de la acción ve en el resultado y no en la acción el elemento decisivo del injusto, tuvo que relegar la falta de observancia del cuidado objetivo al ámbito de la culpabilidad (Cf. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, cit., pág. 453; ídem. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, citada, pág. 41). Vid., sobre esta cuestión, BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, páginas 18 a 22.

(236) Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 34.

(237) Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 50.

(238) Prescindimos aquí de las diferentes etapas por las que atraviesa la doctrina finalista en la elaboración de la teoría del delito culposo, y que suponen una serie de elaboraciones y reelaboraciones, particularmente en su principal formulador, el profesor de Bonn, Hans WELZEL, lo que ha dado lugar a numerosas críticas y explica, en cierto modo, la afirmación de Wurtemberg, que habla de «una vida breve de las ideas sistemáticas» (Confr. WURTEMBERGER, *La situazione spirituales della scienza penalistica in Germania*, traducción italiana de Losano y Giuffrida, Milano, 1965, pág. 8). En el estado actual de la dogmática del delito culposo en la teoría finalista, la acción es siempre la misma, indiferentemente de que se trate de un delito doloso o culposo. Esta acción tiene una estructura final (real y realizada) que siempre es relevante. La única diferencia entre el delito doloso y culposo reside en que en éste lo que importa en primer lugar no se el fin en cuanto tal, sino la ejecución final concreta (Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., citada, pág. 137; EL MISMO, *Zur Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., cit., pág. 137; EL MISMO, *Zur Dogmatik im Strafrecht*, en *Festschrift für Reinhart Maurach*, Karlsruhe, 1972, págs. 7 y 8). Debe, sin embargo, señalarse —y sin perjuicio

jurídico se ocupa también de aquellas acciones finales en las cuales el autor, o bien confía en la no producción de determinados resultados socialmente indeseables, o no se los representa. El orden jurídico espera que el autor, en la selección y aplicación de los medios, observe una medida mínima de dirección final, esto es, el cuidado necesario en el tráfico. Por consiguiente, prohíbe la ejecución de aquellas acciones en cuya realización se prescindiera del cuidado requerido en el tráfico para evitar las consecuencias sociales indeseables y las conmina, generalmente, con una pena cuando el resultado no deseado se ha producido (239).

El contenido decisivo del injusto de los delitos culposos consiste, por tanto, en la divergencia entre la acción realmente emprendida (final) y la que debería haber sido realizada en virtud del cuidado necesario en el tráfico. Consiste, sobre todo, en el desvalor de la acción, mientras que el desvalor del resultado prohibido tiene sólo una función restrictiva y delimitadora, al destacar entre las conductas que no correspondan al cuidado debido aquellas que tienen relevancia para el Derecho penal (239). Obsérvese que Wezel destaca últimamente la insuficiencia del resultado causado y la importancia decisiva de la forma de ejecución de la acción en la estructuración del delito culposo (240). Es evidente el esfuerzo del fundador del

de lo dicho anteriormente, en lo relativo a un estudio de las diferentes elaboraciones de la teoría final en torno al delito culposo— para una mejor comprensión de lo expuesto en el texto, que, en la primera época, WELZEL parte de la distinción entre dos clases de acción, dolosa y culposa. La primera tiene carácter final, la segunda es puramente causal. Pero en ambas hay un concepto superior: la finalidad. En los delitos dolosos se trata de una finalidad real y en los delitos culposos de la causación de un resultado «evitable finalmente». Es, por tanto, una finalidad «potencial». El resultado podría haber sido evitado con una acción final (WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1.ª ed., pág. 23). Posteriormente WELZEL (3.ª ed. del *Das Deutsche Strafrecht*, pág. 29) recalca el aspecto omisivo del delito culposo al considerar que éste consiste en la omisión de una mejor dirección final exigida por el derecho para evitar la lesión de bienes jurídicos. Una crítica de la finalidad «potencial» puede verse en NIESE, *Finalität*, cit., espc., págs. 43 y siguientes, quien pone de relieve que la finalidad existe también en el delito culposo, lo que ocurre es que estaba dirigida a un resultado distinto del típico (pág. 53). Es una finalidad «jurídicamente irrelevante», pero que ocasiona un resultado reprochable y, por ello, tipificado por la ley (págs. 58 y ss.). Pero tanto en los delitos dolosos como en los culposos aparece no sólo un desvalor del resultado, sino un desvalor de la acción, que en los segundos reside en la *transgresión del deber objetivo de cuidado* (pág. 64). Vid., sin embargo, MAURACH, *ob. cit.*, pág. 154; WELZEL, *La doctrina*, cit., ADPCP, cit., página 228, se esfuerza últimamente en recalcar que la estructura final de la acción en los delitos culposos es relevante, pues la inobservancia del cuidado debido sólo puede ser comprendida, como elemento del injusto, con el modelo de la acción finalista.

(239) WELZEL, *Das Neue Bild*, cit., 4 Aufl., pág. 31.

(240) Es típico el siguiente ejemplo de Wezel: dos vehículos, A y B, que circulan en dirección contraria, chocan en una curva cerrada, quedando lesionados los dos conductores. La acción de cada uno de ellos ha causado la lesión del otro. Sin embargo, con esto no se ha determinado aún la antijuricidad de su conducta, pues ello depende de la forma de ejecución de sus acciones. A circulaba por su derecha y así se mantuvo al entrar en la

finalismo por poner de manifiesto que lo decisivo en el delito culposo no es solamente la acción voluntaria, causal de un determinado resultado, sino la ejecución concreta o, si se quiere, la dirección concreta de la acción final, en cuanto debe considerarse como una conducta modelo, destinada a evitar resultados socialmente indeseables (241). En los delitos culposos la acción típica no está determinada en la ley. Sus tipos son, por ello, tipos abiertos, que necesitan ser completados por el juez (242), el cual ha de investigar, en primer término, cuál es el cuidado necesario en el tráfico en la situación concreta del autor, y después, mediante una comparación de la conducta debida con la acción real de aquél, constatar si ésta era adecuada al cuidado debido o no (243).

El concepto del cuidado debido es un concepto objetivo y normativo, comprende la consideración de todas las consecuencias de una acción que son previsibles «objetivamente» mediante un juicio razonable (244).

Dado que los delitos culposos están todavía hoy constituidos en su mayor parte como delitos de lesión, se requiere para la realización del tipo que la acción contraria el cuidado debido se haya concretado (materializado) en la lesión de un bien jurídico. Al desvalor de la acción se añade aquí el desvalor del resultado. La importancia del resultado en relación al tipo consiste en que realiza una selección dentro de las acciones contrarias al cuidado debido, pues, si bien toda acción contraria al cuidado debido es, por ello, antijurídica, sólo en cuanto se concreta en un resultado adquiere, según el Derecho positivo, reelevancia jurídico penal (245).

La producción del resultado tiene que ser consecuencia de la falta de observancia del cuidado objetivo (246) y se excluyen del tipo de los delitos culposos los resultados que quedan fuera de la previsión de un hombre razonable (247). La acción que infringe el

curva. B, por el contrario, por su izquierda, entrando en el carril de A. Por consiguiente, la acción de A era correcta, a pesar de la lesión de B; la de éste, por el contrario, incorrecta, esto es, antijurídica, porque no correspondía al cuidado necesario en el tráfico. Esto demuestra que no es la mera producción del resultado (como afirma tajantemente MEZGER, 4.ª ed. del *Studiebuch*, pág. 45), sino la forma de realización o de ejecución de la acción, lo que proporciona el fundamento objetivo para el juicio de antijuricidad (Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., págs. 128-29; EL MISMO, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, cit., pág. 8; EL MISMO, *La doctrina de la acción finalista*, cit., pág. 227).

(241) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 130.

(242) Vid. 276 BGB: «actúa culposamente quien no observa el cuidado requerido en el tráfico».

(243) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht* cit., pág. 131.

(244) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., págs. 131-32.

(245) Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 135-36; EL MISMO, *Nuevo sistema*, cit., pág. 76.

(246) Vid. WELZEL, *Das Deutsche Strf.*, cit., pág. 136. Confr., además, n. 196 y 216-17.

(247) Cf. WELZEL, *ob.* y pág. cit. Se realiza el tipo, v. g., de las lesiones culposas si sólo era previsible una lesión corporal, pero no la muerte. Vid. RG 28, 272. Las últimas leyes se conforman, cada vez más, en relación

cuidado debido ha de ser una acción que según un juicio razonable provoca ya un peligro para los bienes jurídicos.

Por consiguiente la teoría finalista de la acción incluye el dolo y la culpa en el injusto. La culpa ya no se considera como especie o forma de la culpabilidad, sino como elemento del injusto (248). Las acciones dolosas o culposas son presupuesto necesario de la culpabilidad, pero no componentes de la misma. El resultado pierde su importancia preponderante (249). La teoría finalista construye el injusto no sobre el resultado, elemento adicional y restrictivo del injusto, sino que aquél, aunque dentro del injusto, tiene una función reductora y delimitadora (250).

Pero si para la teoría final de la acción el derecho ordena de un modo general que en determinadas acciones se observe el cuidado requerido en el tráfico y declara antijurídica la lesión de este cuidado —posible a la generalidad—, tal lesión objetiva de cuidado sólo puede ser reprochable a título de culpabilidad cuando el autor individual podía prever el resultado con su personal capacidad de conocimiento (251). Por consiguiente la culpabilidad del hecho imprudente se dá, para la teoría finalista, si el autor ha previsto o ha podido prever la infracción del cuidado objetivamente debido (252).

IX

Frecuentemente se ha reprochado a la teoría finalista de la acción —hasta constituir un tópico— que no puede explicar correctamente la estructura del delito culposo, porque, en estos casos, la finalidad

al resultado, con una puesta en peligro en vez de una lesión de bienes (Confróntese §§ 315, IV; 315 a), III; 315 b), IV, y 315 c), III, StGB alemán.

(248) Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., págs. 64 y ss., y 131; ídem. GALLAS, *ob. cit.*, pág. 37. Vid., además, BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, páginas 48-49, en exhaustiva exposición de la doctrina de WELZEL; ídem. en nuestro derecho, sobre todo, CEREZO MIR, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, ADPCP, 1961, págs. 64 y ss.; EL MISMO, *Die Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre*, ZStW, 84 (1972), página 1060. Cf., entre los no finalistas, JESCHECK, *Aufbau*, cit., págs. 7 y 8; ídem. Armin KAUFMANN, *Das Fahrlässigkeit Delikt*, cit., pág. 45.

(249) Vid. CEREZO, *Die Auseinandersetzung*, cit., págs. 1060-61; ídem. BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, pág. 54.

(250) Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 136. El problema del resultado ha sido, en relación a la teoría final de Welzel, muy debatido, e incluso criticado hasta por algunos partidarios de la teoría finalista, y se ha relacionado el punto de vista de WELZEL con aquellas posiciones que consideran el resultado como una condición objetiva de punibilidad, o como anexo simplemente (Cf. CEREZO, *Notas al «Nuevo Sistema»*, cit. de WELZEL, pág. 18). Vid., además, Armin KAUFMANN, *Die Fahrlässige Delikt*, cit., págs. 42 y siguientes. Sobre la cuestión, vid., espec., SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, páginas 75 y ss.

(251) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., págs. 175-76.

(252) WELZEL, *La teoría de la acción finalista hoy*, cit., pág. 229; vid., también, EL MISMO, *Zur Dogmatik im Strafrecht, Festschrift für Maurach*, citada, págs. 7 y 8.

no juega papel alguno (253), habida cuenta de que si bien la acción ontológicamente considerada es final (254), en los hechos culposos la voluntad sólo puede ser considerada en su función casual (255). Tales críticas han perdido, sin embargo, en el momento actual, gran parte de la efectividad y trascendencia que tuvieron en las primeras etapas de la elaboración estructural del delito culposo en la teoría final (256).

En realidad ya no se puede afirmar la plena irrelevancia de la finalidad en los delitos culposos (257). Teniendo en cuenta las actuales formulaciones del fundador del finalismo, en el ámbito de la finalidad han de considerarse, no ya solamente el fin último —el fin anticipado de la acción—, sino todo el proceso de realización de ésta, y sin el cual no parece pueda llegarse a un esclarecimiento del concepto del cuidado debido (258). Un acción con relevancia para

(253) NOWAKOWSKI, *Zur Welzels Lehre von Fahrlässigkeit*, JZ, 1958, páginas 337 y ss., y 388-94; MEZGER, *Strafrecht*, Std., 9.^a Aufl., pág. 194; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, Lecc. inaugural del curso 1953-54, Univers. de Valencia, pág. 131.

(254) NOWAKOWSKI, *ob. cit.*, pág. 391; MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, 14 Aufl. del Std., pág. 56; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, 16 Aufl., 1972, página 14. Vid., también, JESCHECK, *Der Strafrechtliche Handlungsbegriff*, en *Fests. für Eb. Schmidt*, cit., pág. 148.

(255) NOWAKOWSKI, *Zur Welzels*, cit., pág. 391; JESECHECK, *ob. cit.*, página 149; EL MISMO, *Lehrbuch*, cit., pág. 151, quien considera que en los hechos culposos la voluntad sólo puede ser estimada en su función causal. Obsérvese, sin embargo, que Jescheck adopta el sistema elaborado por Welzel en orden a la teoría final de la acción en los delitos culposos, lo que también es tenido en cuenta por Blei en MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, Std., 14 Aufl. (ya desde la 12), págs. 224 y ss.

(256) Particularmente en razón a que en la actualidad ha sido ya abandonada por Welzel la «finalidad potencial», a la que se había referido en sus primeras monografías y ediciones del Manual. Vid., *supra*, n. 238. Confróntese BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, págs. 36 y 63; ídem, SUÁREZ MONTES, *obra citada*, pág. 68. Recientemente, GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., pág. 115, llega, sin embargo, a la discutible conclusión de que, al abandonar Welzel la «finalidad potencial», vuelve, con ello, al concepto tradicional de acción, no sólo en relación a la imprudencia, sino incluso en relación a los delitos dolosos, puesto que éstos son acciones no porque el autor haya querido realizar un resultado típico, sino porque ha querido realizar un resultado cualquiera. Mas, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, aparte de que una acción se determina no sólo según el resultado, sino también según la dirección de la voluntad, la forma de realización de la acción es determinante a efectos de precisar si se ha observado el cuidado debido o no. Cuestión distinta es la de si el resultado queda o no fuera del nexo final al no estar incluido en la voluntad de realización del autor (Cf. CEREZO, *Nota 8 al «Nuevo sistema» de WELZEL*, citada, págs. 38-39).

(257) Tal aseveración fue fundamentada en una afirmación equívoca de NIESE, *ob. cit.*, pág. 56, lo cual dio origen a que las críticas a la teoría final de la acción proliferaran en este punto, en la creencia de que, aun existente, la finalidad no jugaba ningún papel en la imprudencia, ya que, dada su irrelevancia, en nada podría diferenciarse de la teoría causal de la acción (Cf. BOLDT, *Zur Struktur der Fahrlässigkeit*, ZStW, 68, pág. 339).

(258) Así, v. g., A viaja a Madrid para visitar a su novia; en vista de que por el camino se le hace tarde, y pretende llegar a determinada hora, acelera la marcha excesivamente, y como quiera que, además, conduce dis-

el Derecho penal —afirma Córdoba Roda— se da también cuando la finalidad apunta a determinados medios de ejecución: «...el sujeto no quería producir la muerte, pero quería conducir velozmente» (259). De otra parte y aun suponiendo, incluso, que la tendencia final fuera indiferente en el hecho culposo, importa, sobre todo, saber si la observancia del cuidado debido puede ser entendida con el modelo de la acción finalista o no, y es evidente que no sólo la causalidad del resultado tiene relevancia jurídica, pues éste es solamente relevante en tanto pueda ser estimado consecuencia de una determinada acción cuya dirección real no responde al cuidado objetivamente debido en el tráfico (260).

Una de las objeciones que más a menudo se han venido haciendo a la teoría finalista de la acción en relación a la estructura del delito culposo es que considera el problema desde el plano normativo y no ontológico, con base a criterios formulados por Wezel sobre la falta de dirección ordenada para evitar el resultado (261). Wezel había dicho: «las acciones que contempladas en sus consecuencias causales no observan el mínimo jurídicamente ordenado de dirección finalista son comprendidas por los tipos de los delitos culposos como lesiones imprudentes de bienes jurídicos». Por consiguiente, los tipos de los delitos culposos vendrían a comprender aquellas acciones que respecto de sus consecuencias causales no aportan la medida de dirección finalista exigida jurídicamente (262). Pero el nexo finalista real en los delitos culposos sería entonces irrelevante, sólo sería relevante el proceso causal, con lo cual la parte esencial no podía ser final en el hecho culposo, restaría fuerza de la acción. La incapacidad del finalismo en sus primeras formulaciones para resolver el problema, hace que la acción sea desplazada por Wezel a la esfera valorativa del injusto. Más con tal desplazamiento del problema de la acción de la esfera ontológica a la esfera normativa, el finalismo, diría Rodríguez Muñoz, «se niega a sí mismo», pues el que el sujeto hubiese podido y debido evitar el resultado no sería

traidamente porque se encuentra un tanto abstraído con la idea de llegar a tiempo, al no poner la debida atención atropella a B. El fin último, visitar a la novia, aun cuando pueda estimarse que no tiene relevancia jurídica, si la tiene la realización de la acción final, la forma de conducir. Por ello, A podrá o no realizar el fin último, visitar a su novia, pero la ejecución de tal acción —final— es, sin duda, relevante. Lo relevante jurídicamente es no ya el llegar a Madrid, sino la forma —descuidada— de realización de la acción de viajar a Madrid para visitar a la novia. Sobre la cuestión, Confr. BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, págs. 43, n. 114, y 47 y 51.

259) CORDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito*, cit., pág. 83.

(260) Cf. WELZEL, *La teoría*, cit., en ADPCP, 1968, págs. 228-29. «El elemento intencional —afirma ZAMPETTI, *Il finalismo nel diritto*, Giuffrè, Milano, 1969—, pág. 59, termina, por consiguiente, aunque indirectamente, siendo relevante también en las acciones culposas, en el sentido de que es propiamente con referencia a él como viene constatada la falta del elemento accidental, es decir, la falta de diligencia objetiva.»

(261) WELZEL, *Die finale Handlungslehre*, cit., pág. 317.

(262) Vid. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 4 Aufl., pág. 33. Cf. EL MISMO, *ob. ultim. cit.*, 5.^a ed., págs. 31 y 36

una realidad fáctica, sino una exigencia normativa (263). El reproche de que falta una mejor dirección final sería, según Mezger, un auténtico reproche de culpabilidad y no un elemento ontológico de la acción (264). Ciertamente que Welzel trató de contrarrestar la fuerza de tales argumentos aduciendo que al formularlos se desconoce el contenido del injusto al confundir los conceptos «ontológico» y «real» (265). Pero, aun en el discutible supuesto de que esto fuera cierto, no por ello disminuye esencialmente el valor de las aseveraciones contrarias, precedentemente expuestas. Por consiguiente, la teoría final de la acción jugaría con dos tipos de finalidad, una real para los delitos dolosos y otra irrelevante, para los culposos, y aplicaría conceptos distintos para una u otra clase de delitos: ontológico para los dolosos y normativo para los culposos (266).

De otro lado, Welzel había considerado, también en un principio, que el desvalor de la acción en los tipos culposos consistía en la omisión de una mejor dirección finalista exigida por el derecho con la finalidad de evitar lesiones jurídicas (267). Pero lo que importa, aun cuando en el delito culposo exista una omisión de diligencia, es la realización de la acción, pues sólo con ella se omite la diligencia debida. No se puede hacer radicar la esencia del delito culposo en la omisión puesto que en estos delitos hay también una acción real, realizada. Precisamente, por ello, el desvalor de la acción habrá de radicar en la acción misma, en su forma de ejecución y en la selección y utilización de los medios, como el propio Welzel manifiesta actualmente (268).

Desde la 3.^a edición del *Das Neue Bild in Strafrecht* y 6.^a de su *Das Deutsche Strafrecht*, Welzel reelabora su teoría sobre la estructura de los delitos culposos. A partir de entonces se produce un singular cambio de actitud en el fundador del finalismo. Welzel

(263) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La teoría*, cit., pág. 132.

(264) MEZGER, *Strafrecht*, Std., 9 Aufl., München und Berlin, 1960, página 194.

(265) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 4 Aufl., cit., pág. 35. La legalidad ontológica —dice Welzel— puede pertenecer tanto al ser real como al irreal. Por ello la dirección hacia una meta puede ser real o solamente debida. Las normas del Derecho penal prohíben una dirección finalista determinada hacia un resultado no deseado, o imponen una dirección finalista determinada (la aplicación de una medida media de dirección finalista para evitar resultados no deseados). Sobre el problema, en general, vid., especialmente, ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, págs. 16 y ss.

(266) Confr. NOWAKOWSKI, *Zur Welzels*, cit., pág. 337.

(267) WELZEL, *Das neue Bild*, cit., 2 Aufl., pág. 24.

(268) Vid. WELZEL, *La doctrina*, cit., en ADPCP, pág. 228. Confr. BUSTOS RAMIREZ, *ob. cit.*, págs. 45-46, 51 y 67.

Tanto en los delitos culposos como en los de omisión existe —dice ZAMPETTI, *ob. cit.*, pág. 61, n. 9— una acción principal a la que falta algo accidental, esto es, una modalidad del ser que, aun faltando, es, sin embargo, requerida por ciertas normas del ordenamiento jurídico. Existe, no obstante, una diferencia entre los delitos culposos y los de omisión respecto de la modalidad que falta y es requerida por la norma. En los delitos culposos la modalidad que falta atañe al plano cognoscitivo (no se ha usado en el

añirma ahora que aun cuando el fin último sea irrelevante no lo es todo el curso de la acción. La voluntad ha de considerarse también en la elección y aplicación de los medios las consecuencias que estos puedan ocasionar, junto al fin o en su lugar (269). Para el juicio de antijuricidad de la acción culpable lo decisivo no es la posición del fin, ni siquiera el resultado realizado, sino la forma o modo con que viene realizada la acción, esto es, el cuidado debido en el tráfico (270). No puede decirse, por tanto, que sólo el elemento causal tenga relevancia jurídica, pues éste tiene significación jurídica solamente si es consecuencia de la realización de una acción contraria: al cuidado debido, es decir, de una acción finalista, dirigida (271).

El problema se plantea ahora en relación al contenido del injusto. Según Welzel hay un grupo de normas que exigen en la elección y utilización de los medios de aplicación de una medida mínima de dirección final, el cuidado requerido en el tráfico con el fin de evitar efectos concomitantes no queridos y socialmente no deseados (273). En realidad existe una acción con una determinada modalidad, y es esta acción la que se prohíbe (norma prohibitiva). El mismo Welzel dice ya actualmente: «El ordenamiento jurídico...

comportamiento inculpa la debida diligencia, porque no se ha conocido la obligatoriedad de ésta y, por consiguiente, no se ha previsto en la culpa inconsciente —como hubiera ocurrido en el caso de culpa consciente— el resultado). En los delitos de omisión, por el contrario, la modalidad que falta atañe al plano volitivo. Con una ulterior precisión a considerar, sin embargo, que no es la voluntad como «decisión» lo que falta, sino la voluntad como «exteriorización» de un comportamiento debido. En el delito de omisión el *Unterlassender* «sabe» que debe hacer algo, que debe obrar de cierta manera, pero decide abstenerse de realizar el comportamiento requerido. Vid., además, HARDWIG, *Vorsatz bei Unterlassungsdelikten*, ZStW, 74, 1964, págs. 28 y ss.; Armin KAUFMANN, *Unterlassung und Vorsatz, Festschrift für H. v. Weber*, 1963, págs. 219 y ss. Confr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 10 Aufl., cit., págs. 200 y ss.

(269) WELZEL, *Das Neue Bild*, cit., 4 Aufl., pág. 31; EL MISMO, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., 7 Aufl., pág. 113.

(270) WELZEL, *Die deutsche Strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre*, JuS, 1966, XI, pág. 424. «En tanto que la acción es jurídica o antijurídica —dice WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, cit., pág. 26—, porque está «permitida» o «prohibida», el resultado no podrá ser jurídico o antijurídico, sino sólo si se considera como 'jurídicamente deseable' o 'jurídicamente no deseable'. El derecho puede ligar consecuencias jurídicas a resultados no deseables, v. g., para el autor de un tal resultado; pero entonces estas consecuencias no se producen porque el autor haya efectuado una *acción prohibida*, sino porque ha sido el autor de un resultado no deseable.»

(271) Vid. WELZEL, *Ein unausrottbares Misseverständnis? Zur Interpretation der finalen Handlungslehre*, NJW, XI, 1968, pág. 428. Para Armin KAUFMANN, *Das fahrlässige Delikt*, cit., 1964, págs. 54-55, estructura del delito culpable implica, sin embargo, una culpabilidad (*Schuld*) que no se funda de manera principal sobre la efectiva verificación del resultado, y la antijuricidad de tal forma delictiva en la falta de observancia del deber objetivo de cuidado en el comportamiento. Existiría, según él, una conexión entre el cuidado debido y el resultado previsto en el tipo.

(272) WELZEL, *Nuevo sistema*, cit., pág. 30.

(273) Cf. BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, pág. 67.

prohíbe la ejecución de acciones cuya realización prescinda del cuidado requerido en el tráfico...» (274), y aún más claramente pone de relieve la contradicción entre la acción real, realizada, y aquella que debería haberse observado de acuerdo con el cuidado debido. Luego la finalidad «exigida» —«esperada», dice actualmente Welzel (275)— lo es en tanto en cuanto está en conexión con la lesión del deber cuidado (276). Sin duda, el orden jurídico espera que el autor observe un determinado cuidado en la acción que realiza, lo cual implica que el cuidado debido es un componente de la acción. Lo que se determina por el ordenamiento jurídico es la *medida del cuidado*, y ésta sí que es de carácter normativo (277).

Ahora bien, como quiera que Welzel considera que aunque el fin último sea irrelevante no lo es todo el curso de la acción, a ello se ha objetado que si bien los medios son ciertamente portados por la finalidad, lo son solamente en cuanto medios utilizados para la consecución de resultados incluidos igualmente en la finalidad. Es decir, si el resultado no está incluido en la finalidad tampoco lo estará la cualidad de medio a fin, en relación con aquél. Por consiguiente la finalidad real de la elección del medio continuaría siendo irrelevante. Con lo cual se volvería nuevamente a la pura y simple «voluntariedad» (*Willkürlichkeit*) (278). También Jescheck, partien-

(274) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., 10 Aufl., pág. 38.

(275) Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafr.*, cit., pág. 134. Dice WELZEL, *Mit dem ermittelten Inhalt der in Verkehr erforderlichen Sorgfalt ist die wirkliche Handlung des Täters zu vergleichen*.

(276) «El ordenamiento jurídico —dice WELZEL, *Das Deutsche Strafr.*, cit., pág. 37— *espera* que el autor aplique en la elección y utilización de los medios un mínimo de dirección final, esto es, «el cuidado requerido en el tráfico...»

(277) Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 131. En el sentido expuesto BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, pág. 48.

(278) Vid. NOWAKOWSKI, *Zur Welzels*, cit., pág. 391.

Una acerba crítica de la teoría final de la acción se encuentra, especialmente, en ROXIN, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, ZStrW, 74 (1962), páginas 515-61. En sentido análogo a Roxin, vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado*, cit., págs. 105 a 114. Dada la índole de este trabajo, referido concretamente al delito imprudente, es imposible hacer un análisis crítico de la importante posición de Roxin en relación a la teoría final de la acción. Conviene, sin embargo, hacer algunas breves puntualizaciones. Para Roxin existe una ley de la causalidad a la que ningún legislador puede añadir o restar algo, pero no existe una estructuración final, preexistente, previamente dada, puesto que lo que es final depende exclusivamente de los fines establecidos por el ordenamiento jurídico. Se trata, por tanto, de un problema normativo (págs. 524-25). Roxin, refiriéndose a la crítica que Welzel hace de la doctrina causal de la acción, que lleva al absurdo de considerar, v. g., la injuria (Von Liszt) como la provocación de vibraciones de aire y de procesos fisiológicos en el sistema nervioso del ofendido («*Erregung von Luftschwingungen und von physiologischen Prozessen in Nervensystem des Angegriffenen*») (Vid. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 10 Aufl., cit., pág. 41), responde: «Esto es ciertamente grotesco. Pero si yo quisiera caracterizar la acción injuriosa como una sobredeterminación final destinada a provocar vibraciones en el tímpano, ¿sería esto menos grotesco?» (pág. 525). Creo, sin embargo, con BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, página 62, n. 179, y 68, que la finalidad no es tan sólo la mera dirección del

do de la referencia de Welzel a los fines intermedios de la acción. pretende, por ello, que la dirección de la ejecución de aquella sólo con respecto del fin pueda ser llamada final, y la nueva posición de Welzel supondría la «atomización» de la acción en una serie de acciones intermedias (*Zwischenziele*) (279). Pero lo que pretende, sin embargo, Welzel es constatar que la acción final es real, esto es, relevante para el derecho penal, si no por el fin por los medios empleados y por la forma de su utilización. El sujeto que conduce un automóvil y causa la muerte de un peatón realiza una acción final: conducir el automóvil; el medio elegido, el automóvil puede ser irrelevante, pero no lo es la forma de su utilización: velocidad excesiva (280). La forma de utilización, es decir, la realización de la acción de una forma determinada, querida por el conductor, supone la inobservancia del cuidado debido exigido por el ordenamiento jurídico (281). Tal inobservancia no se determina en función del

proceso causal, y hay que valorar, como Welzel pone de manifiesto, la «dimensión de sentido.» «Es esta dimensión de sentido —dice BUSTOS RAMÍREZ— lo que diferencia a una acción que es un simple experimento acústico de la injuria, en que la acción está dirigida y determinada desde lo que se ha anticipado, en este caso 'manifestación del menosprecio'.» Con razón, aduce este último autor que «también sería grotesco creer que cuando alguien habla con otra persona sólo tiene como fin provocar vibraciones en el tímpano, aun cuando a menudo sea éste el exclusivo efecto de nuestras palabras».

Para Roxin, si el legislador no puede modificar ni restringir una ley de la naturaleza, no ocurre lo mismo cuando se trata de la estructura de la acción. Por consiguiente, para él, lo que es final sólo depende de los fines impuestos por el ordenamiento jurídico. El sujeto que, v. g., obra ignorando el carácter ofensivo de las palabras que pronuncia o la ajenidad de la cosa sustraída, o sin saber que su comportamiento es obsceno, no obra finalmente (pág. 526). Pero Roxin parece olvidar, sin embargo, la distinción entre acción principal y la falta de un elemento accidental. El sujeto es consciente de lo que hace, hablar, sustraer o comportarse de una cierta manera. Lo que falta no es la acción, sino la debida diligencia. La acción debería haber sido realizada de manera distinta (diligentemente, observando el cuidado debido). Por consiguiente, la esencia de la acción permanece inalterada (Cf. ZAMPETTI, *obra citada*, págs. 56-57). Sobre el equívoco que ocasiona la indiscriminación entre *Finalität* y *Vorsatz*, vid. WELZEL, *La teoría*, cit., en ADPCP, págs. 224 y 225. La cuestión adquiere tono polémico en relación a los puntos de vista de H. MAYER, *Strafrecht*, Stuttgart, 1967, págs. 49 y 60, y GIMBERNAT ORDEIG, *Finalität und Vorsatz*, NJW, 1966, págs. 533 y ss. La afirmación de Gimbernat de que Welzel, hasta el abandono de la finalidad potencial, identificaba finalidad y dolo, aparte de la respuesta bastante convincente —a mi juicio— de Welzel, me parece discutible, pues entonces sólo hubiera podido ser considerada como acción la dolosa, con lo cual no cabría hablar de un concepto ontológico y genérico de acción, sin que, como afirma CEREZO, *Die Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre*, ZStrW, 84 (1972), páginas 1049-50 hubiera podido utilizarse siquiera el criterio de la finalidad (279) JESCHECK, *Der Strafrechtliche Handlungsbegriff*, en Festsch. für Eb. Schmidt, cit., pág. 149; vid., también, EL MISMO, *Lehrbuch*, pág. 151. La voluntad sólo puede admitirse, según Jescheck, en su función causal.

(280) Vid. CEREZO MIR, *Die Auseinandersetzung*, cit., pág. 1043; ídem. EL MISMO, *Notas al «Nuevo sistema»*, de WELZEL, cit., pág. 37, n. 7.

(281) Cf. CEREZO, *Lo injusto de los delitos dolosos*, cit., pág. 64. Cf. además, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 10 Aufl., cit., pág. 130.

resultado causado, como afirma Jescheck (282), sino que es la resultante de la comparación entre la dirección final real y la dirección final ordenada para evitar la lesión de bienes jurídicos, lo cual juega aquí un papel decisivo (283). Por consiguiente, el contenido de la voluntad del autor es jurídico-penalmente relevante, y fundamental, por tanto, para la antijuricidad de la acción (284). El resultado es típico tan sólo si se ha producido como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido en el tráfico (284 bis). No veo, en consecuencia, claramente esa supuesta coincidencia en los delitos culposos de los conceptos final y causal de que hablan Gimbernat y Arthur Kaufmann (285).

En realidad la acción realizada es final, aunque sólo lo sea respecto del fin y demás consecuencias incluidas en la finalidad, y esto es lo que importa. Por consiguiente tales críticas son inoperantes (268). La solución, sin embargo, no es satisfactoria y «tiene que ser pagada a buen precio por el finalismo» —como señala Suárez Montes—, ya que ha de quedar fuera de la acción el resultado, esto es, la lesión del bien jurídico (287). El obstáculo ante el que se encuentra, por tanto, la teoría finalista es, sin duda, difícilmente superable. Si el resultado queda fuera del nexo final, ya no puede pertenecer a la acción, pues no está incluido en la voluntad de realización (288). Tal vez por ello, Welzel da ahora un excesivo realce a la acción en menoscabo del resultado (289). Mas, como pone de relieve Cerezo: «si lo injusto material de los delitos culposos quedara ya plenamente constituido con el desvalor de la acción no

(282) JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., pág. 154. Pues en determinados casos no sólo es relevante la forma de utilización de los medios (manera de poner la inyección), sino el medio elegido (inyección adecuada o no necesaria).

(283) CEREZO, *Die Auseinandersetzung*, cit., pág. 1044; ídem. BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, pág. 67. «Pero el núcleo —afirma este último— permanece siempre el mismo: la acción final real (realizada) que en su curso concreto señala una falta real (realizada) de dirección que el orden jurídico no permite.» Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 134: «*Mit dem so ermittelten Inhalt der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ist die wirkliche Handlung des Täters zu vergleichen.*»

(284) Vid. CEREZO, *Lo injusto de los delitos dolosos*, cit., pág. 65.

(284 bis) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 134.

(285) Para GIMBERNAT ORDEIG, *El sistema del Derecho penal en la actualidad*, Sep. del ACJ., n.º 1, Madrid, 1972, págs. 274-75, no existe diferencia entre el concepto de acción mantenido ahora por Welzel y el causal. Vid., también, Arthur KAUFMANN, *Die finale Handlungslehre*, cit., Jus, páginas 149 y ss.

(286) Como reconoce incluso SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, págs. 68-69, aunque no respecto de las consecuencias no comprendidas en la finalidad, cuya relevancia habrá que conseguir, según él, en el plano normativo (páginas 69-70).

(287) SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, pág. 69.

(288) CEREZO, *Die Auseinandersetzung*, cit., pág. 1045.

(289) WELZEL, *El nuevo sistema*, cit., pág. 18: «Con el desvalor de la acción queda fundamentado ya completamente lo injusto material de los delitos culposos, mientras que el resultado producido lleva a cabo solamente una 'selección' dentro de él en relación a su punibilidad». Ídem. EL MISMO, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., 10 Aufl., pág. 136.

se explicaría por qué se exige que la lesión del bien jurídico sea, precisamente, consecuencia de la falta de observancia del cuidado debido» (290). Ciertamente que Welzel no niega que el resultado sea un elemento del tipo de injusto de los delitos culposos. La acción típica ha de provocar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (291). Pero es evidente que aquél queda fuera de la acción final y es producido, pura y simplemente, en forma causal en virtud del medio utilizado o de la forma de su realización (292). Sin duda, el proceso causal ha sido provocado por la defectuosa realización de la acción —final— (velocidad excesiva en relación a las circunstancias) que infringe, por ello, el cuidado debido, posibilitando, en consecuencia, la producción del resultado (muerte, lesiones, daños) (293). Mas aun cuando esto sea cierto, ya no se puede establecer claramente la relación entre la acción y el resultado en la esfera ontológica. Una tal relación es establecida por Welzel en el plano del injusto, y aquí sí que el problema es desplazado al ámbito de lo normativo (294).

(290) CEREZO, *Notas al «Nuevo sistema»*, de WELZEL, cit., pág. 18, n. 4; EL MISMO, *Die Auseinandersetzung*, cit., pág. 1061. Sólo cuando se añade al desvalor de la acción el desvalor del resultado —aduce Cerezo— queda plenamente constituido el injusto de los delitos culposos. En este sentido STRATENWERTH, *Handlungs- und Erfolgsumwert im Strafrecht*, SwZStr, 79, 1963, págs. 250 y ss. EL MISMO, *Strafrecht*, Allg. Teil, Köln..., 1971, pág. 301. Vid., también, BERISTAIN, *Objetivación y finalismo*, cit., págs. 24 y 35.

(291) Por ello, si bien no puede decirse que el resultado sea para Welzel un elemento propiamente constitutivo del injusto de los delitos culposos, pues, según él «con el desvalor de la acción queda ya fundamentado completamente lo injusto material de los delitos culposos» (*Nuevo sistema*, citada, pág. 18), no por ello puede afirmarse que prescinda del resultado, como pretende SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, pág. 68. «Al tipo de los delitos culposos —dice WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 10 Aufl., pág. 135—, fuera de la acción típica —eso sí—, pertenece, como elemento integrante del tipo, el resultado; la acción típica debe provocar (no dolosamente) una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.»

(292) Vid. CEREZO, *Die Auseinandersetzung*, cit., pág. 1045; ídem. EL MISMO, *Der finale Handlungsbegriff*, cit., pág. 49. Vers. española en ADPCP, *El concepto de la acción finalista*, cit., pág. 566. Es evidente que el resultado no queda comprendido en la voluntad de realización del autor.

(293) Cf. BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, pág. 68.

(294) Vid. CEREZO, *Die Auseinandersetzung*, cit., pág. 1046. Vid., también EL MISMO, *El concepto*, cit., págs. 566 y 568. La relevancia de la acción final no queda, sin embargo, afectada por ello. Cf. CEREZO, *Lo injusto de los delitos culposos*, cit., pág. 64.

Señala también las deficiencias de la teoría final en este punto MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 4 Aufl., 1971, págs. 182-83. Ello da pábulo también a la exagerada expresión de JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., III, 3.^a ed., página 380: «Da la impresión de que la culpa salió disparada de una honda y cayó donde Dios quiso.» CEREZO, *Der finale Handlungsbegriff*, cit., páginas 144-45, pretende dar una solución al difícil problema de la relación entre la acción y el resultado, como elemento constitutivo del injusto, en la teoría final, y sugiere la posibilidad de eliminar la equiparación entre tipo (*Tatbestand*) y objeto de la prohibición (*Verbotsmaterie*). Tal solución, que el propio Cerezo considera discutible (vid. CEREZO, *Die Auseinandersetzung*, citada, páginas 1046 y 1063), no me parece viable, puesto que vendría a contradecir, en cierto modo, las propias bases de la teoría final en este punto (vid., en este sentido, SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, pág. 76).

Ciertamente la doctrina finalista de la acción ha encontrado en estos delitos sus mayores dificultades; pero no puede desconocerse, sin embargo, que ha permitido un mejor esclarecimiento de la acción descuidada, infractora de una norma de cuidado y constitutiva, por tanto, del tipo de injusto, y en él ha de incluirse, también, la causación del resultado (295).

La realización de una acción final a la que falta una determinada modalidad o ejecutada en forma diversa o contraria a la esperada por el ordenamiento jurídico —y que infringe, en consecuencia, el deber de cuidado objetivamente ordenado—, posibilita, además, que el proceso causal lo sea, precisamente, del resultado (296). Por otra parte, la dificultad señalada a la teoría final en relación al resultado no es menor para la construcción causal de la acción, pues en ella, a parte de otros defectos estructurales —y el desconocimiento de la importancia del desvalor de la acción (297)—, la causación del resultado no encuentra siquiera reflejo alguno en la mente del autor, (piénsese, particularmente en el problema, ya aludido, de la *Unbewusste Fahrlässigkeit*) (298).

La idea aportada por la teoría finalista de que el elemento decisivo del injusto de los delitos culposos no radica en la causación de un resultado en virtud del «mero acto de voluntariedad» (299), sino en la infracción —en la acción— del cuidado objetivamente requerido en el tráfico es, sin duda, un factor positivo y ha supuesto un evidente progreso sobre la teoría causal en orden a una me-

(295) Vid. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito*, cit., páginas 82-83; ídem. CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, I, Barcelona, 1972, pág. 5. Cf. CEREZO, *Die Auseinandersetzung*, citada, págs. 1046-47. En el sentido indicado en el texto, vid., también, BERISTAIN, *ob. cit.*, págs. 14 y ss.; CONDE PUMPIDO, *Exposición crítica de la doctrina finalista de la acción*, ADPCP 1962, págs. 277, 286, 299-300. Para J. GRAVEN, *ob. y rev. cits.*, pág. 286, la componente «intencional» se encuentra en el desprecio doloso de una regla de circulación.

(296) Vid. WELZEL, *La doctrina*, cit., pág. 228; vid., también, EL MISMO, *Zur Dogmatik*, cit., en *Festsch. für Maurach*, págs. 7-8.

(297) La importancia del desvalor de la acción, como aportación a la moderna dogmática jurídico-penal por la teoría de Welzel es puesta de relieve, no obstante sus críticas a esta teoría, por JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, citado, III, 3.ª ed., pág. 383, que puede servir —dice— para resolver arduos problemas en materia de delitos de pura actividad, del delito imposible, de la participación, etc., señalando, además, cómo «somos deudores de muchos nuevos rumbos a la 'teoría finalista de la acción'». Pero la relevancia atribuida por Welzel al desvalor de la acción no debe oscurecer en ningún caso el ataque al bien jurídico, *ratio essendi*, propia de todo delito, como dice MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, I, 4 Aufl., cit., pág. 192.

(298) Cf. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 4 Aufl., cit., pág. 535. Vid., además, CEREZO, *Der finale Handlungsbegriff*, cit., pág. 145.

(299) Vid. WELZEL, *Nuevo sistema*, cit., pág. 34; ídem., EL MISMO, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, cit., pág. 21; EL MISMO, *Das Deutsche Strafrecht*, 10 Aufl., cit., pág. 130. Lo decisivo no es el mero «acto de voluntad que ocasiona el resultado» (*erfolgsverursachende Willkürakt*), sino la concreta ejecución, la concreta dirección de la acción, en tanto que esta concreta dirección ha de compararse con una conducta social modelo, orientada a evitar resultados intolerables desde el punto de vista social.

jor y más adecuada estructuración jurídica de estos delitos (300).

Finalmente en la distinción por una parte de las más moderna doctrina científica española —finalista y no finalista— (301), y por la reciente jurisprudencia del TS, entre un elemento que concierne a la acción típicamente antijurídica (infracción del deber objetivo de cuidado) y otro a la culpabilidad (reproche individual y circunstancias subjetivas del caso concreto) (302), queda patente, sin duda, la apreciable contribución de la doctrina finalista de Welzel en orden a una nueva estructuración del delito culposo, en el ámbito del Derecho positivo español (303).

(300) Tampoco la teoría social de la acción ofrece una alternativa adecuada, por la imprecisión y vaguedad de aquellos conceptos que habrían de servir de base para estructurar adecuadamente los distintos atributos de la acción culposa (Vid., sobre el problema STRATENWERTH, *Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schweizerische Strafrecht*, SwZStr, 1965, página 205. Cf., además, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, cit., 1973, página 306).

(301) Vid., *supra*, n. 102.

(302) La más reciente jurisprudencia del TS ha destacado, por un lado, la componente *objetiva* referida al deber objetivo de cuidado que la vida social impone para evitar daño en las personas y en las cosas, y la *subjetiva*, al referirse al subjetivamente exigible al inculpaado, en atención a sus condiciones individuales y a las circunstancias del caso concreto (Vid. Sentencias 1-1-1964 y 16-1-64). Para la realización del delito culposo, ha dicho el TS, no basta el incumplimiento de un deber objetivo de cuidado plasmado o no en un precepto reglamentario, que se halle en conexión causal con 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 (Vid. S. 23-9-65, R. 3842). La S. 9-5-1966, R. 2338, precisa que «si bien es cierto que este Tribunal ha declarado repetidamente que la mera y simple infracción reglamentaria es insuficiente para fundar la responsabilidad penal por imprudencia, también es doctrina de esta sala que cuando aquella infracción entraña el incumplimiento de un deber objetivo de cuidado ligado por la conexión causal con un resultado que de haberse producido maliciosamente constituiría uno de los delitos catalogados en el Libro II del CP, del hecho será criminalmente responsable el autor a título de imprudencia, si su conducta merece serle reprochada individualmente, en atención a sus condiciones personales y a las circunstancias de todo orden que la configuraron en el caso concreto». La de 9-4-1970 alude a «la omisión espiritual del agente, productora de un evento perjudicial, que a medio de relación causal material y moral están unidos como causa y efecto, y que se deba a la infracción del deber de cuidado, que le resultaba impuesto guardar, determina el delito de imprudencia, cuando a los elementos indispensable de tipificación y antijuricidad, se une la apreciación y valoración culpabilística de la conducta a medio de juicio de reproche judicial, que abarque la dimisión circunstancial subjetiva del autor y del hecho, para lo que resulta esencial, en la valoración penal de los delitos culposos, conocer con la mayor precisión, la causa creadora de la situación de peligro, su previsibilidad y probabilidad, y la atribución personal...» (JCr, 1970, marzo-abril, pág. 552). Análogamente la S. 16-10-1970, R. 4159, y la S. 15-10-1971 (RDCr, 1971 pág. 556 con nota de Luzón).

Un análisis más completo de la jurisprudencia del TS corresponde a la última parte de este artículo, relativa al estudio concreto del Derecho positivo español, que se publicará en breve.

(303) Lo que reconoce, incluso GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad* cit. pág. 88, aludiendo, además, a la importante S. 16-6-1964.

Jurisprudencia penal 1974

(Primera parte)

Por

PEDRO-LUIS YAÑEZ ROMAN

Profesor Adjunto de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid
y Vicesecretario del «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales»

§ 1. Artículo 3, párrafo 2.º, **Frustración (violación).**

La **consumación** del delito de violación con mujer menor de doce años cumplidos (artículo 429:3.º) se produce, cuando atendiendo al desarrollo del pene y al escaso desarrollo de los órganos genitales de la niña violada, esto impedía que la eyaculación se produjera en el interior de ésta (S. 31 diciembre 1884). Para la **consumación** basta la introducción del pene en los órganos genitales de una niña de diez años, pues lo que califica este delito no son los efectos sobre el himen de la ofendida, sino la propia acción culpable: el yacimiento carnal y la edad de ofendida (SS. 31 marzo 1891; 24 noviembre 1923 y 24 noviembre 1953, 26 noviembre 1953, 6 febrero 1956). Aquí, yacimiento equivalente a introducción (más o menos profunda, más o menos perfecta) del órgano sexual masculino en el femenino, de manera violenta, forzada o intimidante, contra la voluntad o sin la voluntad de la mujer (S. 19 enero 1974).

Sin embargo, al no constar, dada la edad de la ofendida, el dato positivo de la desfloración, pero apareciendo indudable que el procesado practicó todos los actos idóneos y necesarios para lograr el propósito de yacimiento (intentando introducir el pene) con la menor, que si no llegó a producirse fue por causa independiente a la voluntad de aquél (a causa de la desproporción de los órganos y la natural inhibición fisiológica de la víctima por el dolor o molestias de la conjunción intentada), **existe frustración y no violación consumada** (SS. 3 mayo 1881, 28 febrero 1894, 17 noviembre 1922, 17 noviembre 1926, 24 abril 1950, 14 diciembre 1961, 21 enero 1967, 21 octubre 1967 y 13 mayo 1974).

§ 2. Artículo 9:1.º, en relación con artículo 8:1.º, **Eximente incompleta..**

No se aprecia en un delito de escándalo público la eximente incompleta de enajenación mental, porque **“la ligera perturbación aneja al comienzo de**

una involución senil— no afecta de manera apreciable a la conciencia de la antijuricidad del procesado, tanto más si... la infravaloración de los propios actos, además de ser inocua, puede ser debida también a la falta de normas educativas, en suma, a una subestimación cultural..., la cual, ni en términos de clínica psiquiátrica, ni aún menos con arreglo a patrones jurídicos, puede servir de base a una disminución de la imputabilidad” (S. 10 mayo 1974).

§ 3. Artículo 10:1.º, **Alevosía.**

Si bien esta circunstancia es de **carácter predominantemente objetivo** (bifurcada en dos supuestos fáctivos: el **aseguramiento propio** y la **indefensión de la víctima**), se inserta en ella un **elemento subjetivo** o ánimo tendencial (voluntad consciente de que se emplean tales medios asegurativos de un lado, y eliminación del riesgo defensivo, por otro). De forma que, según la doctrina jurisprudencial, ya no es menester reducir la agravante al ataque traicionero y por la espalda, por cuanto caben en ella los **acometimientos frontales y laterales**, quedando excluidos, en cambio, los supuestos en que no se cumplan las mentadas exigencias del texto legal, **bien porque no exista posible riesgo para la persona del reo** (S. 27 junio 1-63), **bien porque estando la víctima prevenida no puede ya hablarse de indefensión de la misma** (S. 15 noviembre 1907 y 27 mayo 1947). Por consiguiente, el que ilegítimamente acomete a otro, por más que quepa calificar la agresión de súbita e inesperada, **no hay alevosía si la víctima estaba advertida, de algún modo, de las intenciones del culpable** (SS. 21 mayo 1960, 4 julio 1961, 18 diciembre 1962, 27 septiembre 1963, 10 marzo 1965 y 30 marzo 1974).

§ 4. Artículo 10:14.º, **Reiteración.**

La reiteración o reincidencia genérica requiere para su apreciación tres supuestos: 1.º Que el agente, precisamente antes de la comisión del delito posterior, haya sido firmemente condenado en causa criminal; 2.º Que la condena o condenas precedentes sean debidas a delitos, al no poder estimarse las debidas a meras faltas; 3.º Que la infracción o infracciones penales anteriores fueran por delitos no comprendidos en el mismo título del C. p. y castigadas con pena igual o mayor a la señalada para el delito ulterior que se haya de aplicar, o con pena menor, si el culpable hubiese sido penado por dos o más delitos (S. 15 enero 1974).

§ 5. Artículo 112:4.º, **Causas de extinción de la responsabilidad criminal: Indulto.**

En los delitos semi-públicos, como el de estupro, si las acusaciones solicitan una pena superior a la que permite el Decreto de **indulto anticipado**, aunque luego se apliquen en la sentencia penas incluidas en el mismo, no es dable absolver sobre esta base, sino que debe proferirse la condena, con independencia de que ulteriormente a la misma pueda hacerse efectivo el indulto total (SS. 15 junio 1973, 29 marzo 1973 y 30 mayo 1974).

§ 6. Artículos 172-175, **Asociaciones ilícitas.**

El delito de asociaciones ilícitas se estructura en función de dos criterios: 1.º, uno, **puramente formal**, al tener solamente en cuenta la infracción de los **requisitos constitutivos del ente** (art. 172:4.º), atrayendo **únicamente pena sobre los directivos** (art. 175:1.º), en cuanto éstos son los responsables de la irregularidad de la fundación, 2.º, otro, **axiológico**, por cuanto se entra ya a considerar el objeto perseguido por la asociación, que puede ser **inmoral o delictiva por su misma naturaleza**, o por haber sido **prohibida expresamente** por la autoridad competente (artículo 172:2.º, 3.º y 4.º), surgiendo, de este modo, la **asociación ilícita propiamente dicha**. Esta admite, frente a su **tipo básico**, integrado por los meros individuos, **tipos calificados por la específica finalidad perseguida**, por la **jerarquía del sujeto activo** y por la **índole de la cooperación prestada** (artículo 174:1.º y 2.º).

En contra, reiterada doctrina del T. S. declara que el **fundamento de la calificación jurídico-penal no radica en las actividades de los elementos pertinentes a las asociaciones ilícitas, sino en el carácter, objeto o métodos programados por ellas para la consecución de sus fines** (S. 22 enero 1972).

Derecho limitado de asociación.

“**Reconocido un derecho limitado a la asociación por el Fuero de los Españoles, en su artículo 16, a los ciudadanos, siempre que reúnan la doble condición de asociarse para fines lícitos y de acuerdo con las formalidades y exigencias establecidas por las leyes que lo desarrollan, entre las cuales es esencial la Ley de 24 de diciembre de 1964, que repite la exigencia de un fin lícito e impone, además, la de ser determinado y ordena imperativamente el cumplimiento de detallados requisitos formales para poder constituirse asociaciones permitidas, se produce la consecuencia de que, si se incumplen dichas exigencias, actúa el artículo 172 del C. p., cuando la sociedad se estructura como un puro hecho, incumpliendo trámites, exigencias legales y controles gubernativos, y aún atrayendo la punición de todas las organizaciones que sean contrarias a la moral pública, las que se integran para cometer algún delito y las prohibidas por la autoridad competente, que se especifican en el artículo 173, en cuyo número 3.º se incluyen las asociaciones, organizaciones, partidos políticos y demás entidades declaradas fuera de la ley y cualesquiera otras de tendencia análoga, aun cuando su constitución tuviera lugar bajo nombre y forma diverso**” (SS. 8 junio 1973 y 20 marzo 1974).

Por consiguiente, si bien es cierto que, en el ámbito penal, es un principio dogmático la prohibición de la aplicación analógica o interpretación extensiva en contra del reo por parte del Juez..., “**este principio puede derogarlo la voluntad legislativa cuando expresamente, en el orden de las atenuaciones, le concede al Tribunal tal facultad hermenéutica o cuando en el contenido de los tipos y en sus elementos normativos delega en el Juez la misión analógica para interpretarlos, porque entonces es excepcional tal dogmatismo, y el Juez debe ejercer su misión de acuerdo al mandato legislativo, ya que si lo desobedeciera podría incurrir en responsabilidad grave**”.

Así pues, el Tribunal debe hacer uso de ese mandato legislativo cuando se trata de concretar el tenor del artículo 173:3.º (son asociaciones ilícitas las asociaciones; organizaciones, partidos políticos y demás entidades declaradas fuera de la ley y cualesquiera otra de tendencias análogas, aun cuando su constitución...), sin infringir el artículo 1.º y el artículo 23 del C. p., encajando dentro de las asociaciones ilícitas las de tendencia análoga a las declaradas "nominatim" fuera de la Ley, como sucede en el caso debatido con la Oposición Sindical Obrera, por ser filial del Partido Comunista, expresamente fuera de la Ley (Ley 1 marzo 1940). En caso contrario, bastaría cambiar el nombre de la organización para eludir la tipicidad penal (SS. 8 junio 1973 y 20 marzo 1974).

Bajo la rúbrica "... y cualesquiera otras de tendencia análoga a las anteriores...", empleada por el número 3.º del artículo 173, se comprenden las Comisiones Obreras, en cuanto son análogas a las declaradas fuera de la Ley, aunque su reconstitución tiene lugar bajo forma, apariencia y denominación diversas a las del Partido Comunista, del cual es una entidad filial (SS. 4 octubre 1968, 21 enero, 26 abril, 9 junio, 25 y 27 octubre y 20 diciembre 1969, 9 febrero, 30 junio, 23 y 26 noviembre 1970, 5 febrero y 24 marzo 1971, 4 y 29 febrero, 3 y 9 mayo y 12 junio 1972, 10 octubre 1972 y 16 abril 1974).

El artículo 174, número 1.º, establece dos sistemas de punición:

— Si las asociaciones a que alude el artículo 172 —contrarias a la moral pública, que tenga por objeto cometer algún delito o estén prohibidas por la autoridad competente— o las comprendidas en cualquiera de los cinco apartados del artículo 173, **actúan pacíficamente**, se impondrá a los fundadores, directores y presidentes la pena de prisión menor, inhabilitación absoluta y multa.

— Si **actúan violentamente o tienden a la subversión violenta o destrucción del Estado**, en su orden político-social, económico-jurídico, **atacan a la integridad de su territorio, etc...**, los fundadores y directores son castigados con reclusión menor, y los meros partícipes con prisión menor (S. 17 enero 1974).

La calificación operada por la finalidad de subversión violenta o destructiva de la organización estatal en cualquiera de sus facetas, perseguida por la asociación, distingue dos criterios de punición: Uno, **imperativo**, según la posición directiva o meramente partícipe de los componentes del grupo subversivo. Otro, **facultativo**, que permite moderar la pena en atención a la menor gravedad de la asociación, por no haber llegado aún a constituirse (artículo 174, número 1.º, párrafos 3.º y 4.º), discrecionalidad introducida por la Ley de 8 de abril de 1967 y, por tanto, facultad potestativa del Tribunal de Instancia, no recurrible en casación. Esta gravedad que se predica en el tipo penal alude al objeto de la asociación, y no a los hechos que puedan realizar dentro de aquélla sus componentes, puesto que, respecto a éstos, ya se tiene en cuenta su distinta función —de mando o subalterna— a efectos de punición (S. 29 octubre 1973).

En contra de tal argumentación, reiterada doctrina del T. S. sostiene que la menor gravedad a que hace alusión el párrafo 4.º del número 1.º del artículo 174, no va referida a la asociación, descrita como **figura delictiva en**

el párrafo 3.º del mismo artículo, la cual siempre será grave por calificación legal expresa, sino, antes bien, a la menor gravedad de los hechos realizados por los partícipes o elementos asociados en el seno de aquélla. De no ser así, carecería de sentido y función el párrafo 4.º de dicho precepto, ni tendría sentido dejar a los Tribunales la apreciación de tal gravedad. SS. 19 febrero, 9 abril, 14 mayo, 8 junio y 30 noviembre 1973, según las cuales, **dadas las actividades desplegadas por el sujeto dentro de la asociación** —aparte de que la rebaja de pena que autoriza el párrafo 4.º del 174 no sea recurrible en casación—, no es posible considerar que los hechos carecían de gravedad. Más explícita todavía es la S. 22 enero 1973, según la cual **no puede considerarse al recurrente como mero asociado, pues los hechos no lo presentan así, al desempeñar cometidos de socio destacado por la captación de adeptos**. En sentido idéntico, S. 9 noviembre 1973, que desestima la rebaja de pena prevista en el párrafo 4.º del 1.874, por considerar que, si existe afiliación o participación, la calificación corresponde al Tribunal de Instancia, sin posible revisión en casación, que sólo podría operar de inexistir el tipo delictivo en sí mismo, y **nunca cuando a la integración como simples partícipes en la entidad colectiva se sumen actividades que desbordan la mera adscripción**.

El arbitrio judicial, en la aplicación del párrafo 4.º del número 1.º del 174, abarca dos facetas: una, referida a la gravedad, que el Tribunal puede apreciar libremente; otra, referida al grado de la pena, siendo potestativa la rebaja de la misma, facultad judicial no recurrible en casación (SS. 17 junio 1971, 4 y 9 febrero 1972, 2 marzo 1972, 14 abril 1972, 4 mayo 1972, 21 noviembre 1972, 17 enero, 22 febrero, 6 y 9 marzo 1974). En idéntico sentido, 6 noviembre 1972, 19 noviembre 1973, 19 octubre, 9 y 30 noviembre 1973. La posibilidad de degradar la pena se circunscribe a los **meros participantes**, contraponiéndose éstos en el propio artículo a los **“fundadores, organizadores o directores”** (SS. 8 junio y 4 diciembre 1973). Si los actos realizados por el procesado no son de mera afiliación, sino trascendentes y eficaces, no cabe aplicar la rebaja de la pena prevista en el párrafo 4.º del 174 (S. 6 marzo 1973).

El Partido Comunista está, en nuestro país, terminantemente declarado fuera de la Ley en virtud de “una normativa terminante y persistente, empezando por el Decreto de 13 septiembre 1936 y pasando por las Leyes 9 febrero 1939 y 9 marzo 1940, se cierra con la genérica proscripción contenida en la Declaración VIII de los Principios del Movimiento Nacional, de 17 mayo 1958, refundida en 20 abril 1967”. Por consiguiente, la tesis de carecer actualmente el comunismo organizado de tal nota instrumental de violencia pugna con la terminante afirmación de los hechos probados..., de modo que, aun para el supuesto de concebirse tal dato, como juicio de valor, y no como dato fáctico, es bien patente que, al margen de cualquier circunstancial postura puramente tácita, adoptable por el comunismo nacional o interraccional, lo cierto es que la valoración llevada a cabo por el Tribunal de Instancia, en cuanto a la consustancial violencia del movimiento comunista, es plenamente correcta y razonable, atendida a notoria experiencia acerca de esta indeble violencia, esencial, potencial y actual, propia del comunismo militante, tanto para la conquista del poder como para su dictatorial ejercicio e incondicional conservación, una vez alcanzado...” (SS. 20 diciembre 1973, 6 marzo

y 5 abril 1974). En idéntico sentido, S. 28 mayo 1973, que condena a miembros del Partido Comunista Internacional, integrantes de su facción Oposición Sindical Obrera.

Las Comisiones Obreras son entidades filiales del P. C. de España, que persiguen el derrocamiento por la violencia de la organización política. Su ilicitud penal y su identidad con el P. C. han sido reiteradamente proclamadas por la Sala 2.^a del T. S. en SS. 16 febrero 1967, 24 abril 1970, etc..., viniendo declaradas fuera de la Ley con arreglo a lo dispuesto en el D. 13 septiembre 1936 y Leyes 9 febrero 1939, 1 marzo 1940 y 17 mayo 1958 (S. 10 febrero 1973). Su descripción típica viene configurada en los artículos 172:3.º, 173:3.º y 174:1.º, página 3 del C. p. (S. 22 enero 1973).

La **Liga Comunista Revolucionaria**, de inspiración trotskista, cae dentro del párrafo 3.º del número 1.º del artículo 174, del C. P. (SS. 19 noviembre 1973 y 26 enero y 23 marzo 1974).

La **simple adscripción al P. C.**, declarado fuera de la Ley, consume el delito previsto en los artículos 172:3.º, 173:3.º y 174:1.º, párrafo 3.º (S. 6 marzo 1973).

La **tipificación de la conducta del procesado —miembro de la ETA— en el párrafo 3.º del número 1.º del artículo 174, se desprende del objeto y la finalidad de la asociación en la que estaba integrado, con independencia de los actos realizados por él en la misma** (SS. 7 febrero 1973 y 23 marzo 1974).

El **ostentar cargo directivo** en la asociación ilegal de tendencia a la subversión violenta, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 3.º del número 1.º del artículo 174, es **“una agravación específica de la penalidad”** (S. 20 diciembre 1973). En sentido idéntico, S. 4 diciembre 1972, pues se trata de miembros del Comité Ejecutivo del P. C.

La calidad de **rango directivo** del procesado viene determinada inconcusamente por su calidad de miembro del Comité Provincial del Partido Comunista en Madrid (S. 20 diciembre 1973).

Los meros individuos del número 1.º del artículo 175 son **afiliados pasivos**, sin especial actividad dentro de la asociación (S. 9 julio 1973).

Según declara el T. S., no cabe apreciar la circunstancia 7.^a del artículo 8.º del C. p., **atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos**, en un delito de asociaciones ilícitas, por cuanto “el móvil político parece fuera del ámbito de dicha atenuante, por su naturaleza y por estar absorbido por los delitos políticos, en que se manifiesta como **elemento integrante del tipo**” (S. 23 octubre 1973).

Cooperación.

Tras la reforma de la ley de 15 noviembre 1971, el número 2.º del artículo 174 quedó redactado del modo siguiente: “Los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase favorecieran la actividad (entre otras cosas) de las organizaciones declaradas ilícitas legalmente, incurrirán en el delito de asociación ilícita”; precepto en el que cabe incardinar la conducta del procesado —miembro de la ETA—, el cual contribuyó con su quehacer, colaboración y ayuda (labor de propaganda, declaraciones políticas al pueblo vasco,

libro de teoría sobre explosivos, conocimiento exacto de alguno de los fines de la organización, etc...) a la labor de la asociación (S. 5 marzo 1974).

“**Tempus commissi delicti**” (en orden a aplicar la agravante de reincidencia).

La determinación del “tempus commissi delicti”, con vistas a la aplicación de la agravante de reincidencia, no genera problemas en los **delitos de comisión instantánea**, pero sí los produce en los casos de **delitos permanentes**, en los cuales la ejecución se prolonga en el tiempo, sin solución de continuidad o con pluralidad de acciones, debiendo atenderse para su resolución a la “ratio” o fundamento de la institución penal que se utilice, al no poder utilizarse fórmulas generales válidas. De ahí que en los delitos permanentes, caracterizados por la prolongación voluntaria y antijurídica del momento consumativo, al darse en ellos un período consumativo más o menos dilatado, pero actual, “desde que comienza la realización plena de los elementos que lo integran hasta aquel que concluye por cesar su permanencia”, se aplicará la reincidencia si durante el espacio temporal de su vigencia se produce la sentencia ejecutoria antecedente y, después de recaída, subsiste el comportamiento o situación delictiva posterior que el delincuente no concluye calificando aquella circunstancia todo el delito, aunque sólo se produjera materialmente en la parte final del mismo.

Por consiguiente, dado el carácter de **delito permanente** que encierra el delito de **asociación ilegal** previsto en los artículos 172 y siguientes —especialmente cuando se trata de **meros partícipes o afiliados**, a que alude el párrafo 3.º del número 1.º del artículo 174 del C. p., por cuanto la **adscripción operativa o la mera inscripción a la organización ilegal, mientras subsista por la voluntad antijurídica del miembro personal, representa una prolongación voluntaria del momento consumativo**—, la **agravante de reincidencia se apreciará, si la condena firme anterior se produce en cualquier momento del “tempus commissi delicti” y antes de cesar voluntariamente el sujeto en la activa comisión** (S. 12 diciembre 1973).

§ 7. Artículo 251, **Propagandas ilegales.**

El delito tipificado en este precepto es un **delito de tendencia** constituido por dos elementos: uno, **objetivo o material**, concretado en la acción de distribución de publicaciones o la mera tenencia para repartir, ya que se trata de un delito de **resultado cortado o de consumación anticipada**. Otro, subjetivo o interno, constituido por el **animus diffundendi** imbuido por la finalidad de lograr alguno de los objetivos concretos incorporados a la tipicidad en el artículo 251 del C. p., con independencia de que tales fines sean alcanzados o no. Es preciso, además, que los actos tengan entidad suficiente para conseguir esos objetivos, con independencia de que se produzca o no el efecto apetecido (SS. 24 octubre, 2 noviembre, 7 noviembre, 12 noviembre, 5 diciembre, 10 diciembre, 16 diciembre 1973, 1 febrero, 12 febrero, 18 marzo y 14 mayo 1974).

La voluntad de propagar lo prohibido con los fines descritos en el artícu-

lo 251 es bastante para consumir el delito de propagandas ilegales, sin necesidad de que se produzca el resultado perseguido (S. 27 enero 1973).

Los dos elementos de que se integra este delito son: uno, de carácter **objetivo-normativo**, constituido por la propaganda subversiva en sus modalidades de acción de distribuir, de impresión del material propagandístico y de simple tenencia para ser repartido aquél; otro, **subjetivo**, constituido por el ánimo difusor de la propaganda con conocimiento del sentido atentatorio contra la seguridad interior del Estado que detenta el material propagandístico (S. 10 diciembre 1973 y 12 febrero 1974).

La **intención difusora** se caracteriza por el conocimiento del contenido ilegal de importante número de ejemplares poseídos para su subsiguiente distribución, no para su lectura y posterior destrucción, sin pasarlos a otras personas. Esta intención limitada a fines de curiosidad o de estudio no existe, cuando es múltiple el número de ejemplares que se tienen, lo que indica la intención de repartir (S. 21 diciembre 1973). El material **debe poseerse con propósito decidido de ulterior reparto** y circulación, lo que, al ser el núcleo de la acción, ha de deducirse de las circunstancias de hecho, para inferir el ánimo interno. **El elemento interno, en la simple tenencia**, se caracteriza por el perfecto conocimiento por parte del agente del carácter ilegal del contenido del material propagandístico y su retención para ser difundido..., no para su particular lectura y subsiguiente destrucción o inutilización (S. 16 diciembre 1972 12 noviembre 1973, 1 y 12 febrero 1974).

El delito de tendencia o de mero riesgo tipificado en el artículo 251 del Código penal exige, como elemento subjetivo de lo injusto, el "**animus diffundendi**" del material impreso, distribuido o que se posee para repartirlo por parte del autor. Pero ese "animus" y el contenido material de la propaganda deben venir enmarcados en la tendencia finalista que se persigue de lograr uno de los objetivos expresados en los cuatro números del artículo 251 (Sentencia 17 marzo 1973, 1 febrero 1974).

El menoscabo del Estado a que hace referencia el número 4.º del citado precepto no es sólo un desprestigio o menoscabo real, sino también moral. La expresión **Nación y Estado**, empleada por dicho artículo, lo son no en el sentido abstracto de incluir sólo al cuerpo o conjunto de habitantes de un país regidos por un mismo Gobierno, o al cuerpo político de una nación, sino que acoge un sentido más concreto y específico como la estructura política que integra, conforma o constituye el Estado y la Nación, por ser inseparable de ellos, por no poder existir Nación, ni Estado sin Gobierno o régimen que los dirija y represente. Por tanto, a efectos de protección jurídico-penal, no cabe distinguir entre los conceptos de Nación, Estado, Régimen y Gobierno, porque todos ellos se acogen dentro de tal tipo de propaganda ilegal (S. 17 marzo 1973). Así pues, señala las Sentencias de 26 octubre y 17 diciembre 1973, aunque deben distinguirse, a efectos de su adecuada protección penal, entre los conceptos de Estado, Nación, Régimen y Gobierno, aquí se toman en un sentido concreto de ataque a la idea estatal en su acepción real, no en su acepción abstracta. Por cuanto el delito político, al atacar al Estado, en sus estructuras o en su funcionalismo, vulnera también todos los demás elementos políticos que le están subordinados (S. 6 diciembre 1971).

Reducir, pues, el marco de este delito, como en general de toda delincuencia política, al ataque al Estado, entendido éste como pura abstracción condenadora de la organización política, sería tanto como minorar en la misma media la acción delictiva a las doctrinas ácratas, únicas que niegan radicalmente la entidad estatal. La "mens legis" considera fuera de la Ley no sólo a dichas doctrinas, sino a todas las que por perseguir la subversión violenta del Estado, buscar barrer los cimientos de toda la organización política imperante (SS. 26 octubre y 17 diciembre 1973), que considera al Régimen como "la exteriorización concreta del Estado".

La voluntad de propagar lo prohibido con fines de subversión violenta de la organización estatal o de perjudicar su crédito, etc..., es suficiente para que se consuma la figura delictiva prevista en los números 1.º y 4.º del artículo 251 del C. p. (S. 12 noviembre 1973 y 15 enero 1974).

El T. S. rechaza las **teorías subjetivas y objetivas** al efecto de deslindar **los actos preparatorios externos impunes de los actos iniciales de la ejecución** (tentativa), basándose en **criterios o teorías mixtas**, decidiendo en un supuesto en que el procesado fue aprehendido con dos clichés escritos a máquina dispuestos para ser multicopiados y repartidos..., que los actos ejecutivos del artículo 251 comprenden: no sólo el **realizar o hacer real y efectiva la propaganda**, sino también **la impresión** de todo género de publicaciones (estampar, editar o grabar las mismas); **la tenencia para ser repartidas**, en la cual la propaganda, ya impresa, se posee con **animus diffundendi**, sin necesidad de llegar al reparto material, y la **distribución**, el proporcionar, entregar o repartir la propaganda.

Mientras **las conductas de tenencia para la difusión no admiten estadios imperfectos de tentativa o frustración**, pues el legislador utiliza en este tipo de delito la fórmula de **delito de resultado cortado o de consumación anticipada**, con lo que precisamente los actos iniciales de ejecución se elevan a la categoría de delito consumado..., no sucede, en cambio, lo mismo con la conducta de la "impresión", ya que en ella los actos ejecutivos vienen constituidos ya **por la reproducción de la publicación tipográfica o por otro procedimiento especial distinto...**, por lo que existe un camino que recorrer, pudiendo, en consecuencia, darse actos externos atípicos y actos que significan un principio de ejecución y que, en este caso, generan la mera tentativa (S. 26 junio 1972, 9 noviembre 1973, 1 febrero 1974 y 14 mayo 1974).

La limitación de la responsabilidad penal a los meros autores con exclusión de los partícipes —cómplices y encubridores—, tal y como estatuyen los artículos 13 y 15 del C. p., afecta estrictamente a los que suponen ideación y formulación por medio de la imprenta de los delictivos consignados en los impresos delictivos en cuestión, pero sin llegar a extenderse a conductas distintas, como la de propagandas ilegales, en que la criminalidad estriba en el reparto o difusión de los llamamientos o dicitrios subversivos, cualquiera que fuera su redactor y abstracción hecha de los medios empleados o de la materia en que se plasme. Lo que implica un ente delictivo con sustantividad propia y autónoma en cuanto al régimen de ejecución y en cuanto a las normas genéricas sobre participación, diversas de las privilegiadas referidas a los delitos cometidos por medio de la imprenta, que tan sólo generan res-

ponsabilidad criminal en concepto de autoría y no de complicidad ni encubrimiento (S. 20 febrero 1973).

El delito tipificado en el artículo 251 del C. p. es un delito de **consumación anticipada o de resultado cortado que no precisa de la difusión para su consumación**, bastando la **mera tenencia con "animus diffundendi"** (SS. 6 diciembre 1971, 5 mayo 1973, 1 febrero y 24 abril 1974).

§ 8. Artículo 254, **Tenencia ilícita de arma de fuego.**—El artículo 254 del C. p. requiere para que pueda apreciarse el delito previsto en el mismo dos requisitos: uno positivo, integrado por la **tenencia del arma por el agente**. (mera posesión, sin necesidad de propiedad, con tal de que se manifieste un "animus rem sibi habendi"); otro negativo, **determinado por carecer de las oportunas guía y licencia fuera de su domicilio, o sólo de la guía si la guarda dentro de él.**

Se trata, por tanto, de un **delito de riesgo o peligro remoto, que no precisa de daño cierto**, ni de intención determinada por finalidades ulteriores, siendo, por consiguiente, un **delito formal o de simple actividad**, integrado por la desobediencia administrativa del agente hacia normas reglamentarias sobre tráfico y régimen de autorizaciones, contenidas en el Rgto. de Armas y Explosivos de 27 diciembre 1944. Es preciso, además, que el sujeto **tenga conciencia de la ilicitud de su acto**, de tenencia, aunque dicha conciencia se presuma "iuris tantum", según el párrafo 2.º del precepto, no desplazándose la presunción por no haberse demostrado propósitos ulteriores de cometer con el arma delito o de usar el arma poseída (S. 16 abril 1974).

La determinación del "**valor artístico-histórico**" de las armas exceptuadas de este delito por el artículo 259, deberá ser apreciada mediante un **juicio hipotético, lleno de relativismo y circunstancialidad**, por el Juez de lo penal, valorando "ex post facto" una situación acaecida "ex ante", a cuyo fin ha de apreciarse este destino ulterior, más que por estimaciones subjetivas, por **las objetivas: que se derivan de las armas mismas**, al manifestar en su contenido material un valor cierto por su arte indudable, o ser piezas de colección por pertenecer a la historia de la artesanía o de la fabricación, así como a su posible eficacia para el destino malo o bueno, conforme a reglas de experiencia, usos sociales, etcétera... Pero **siendo tales armas útiles para disparar, la prueba de su carácter artístico incumbe al inculpado**, no bastando alegar este carácter histórico o artístico, cuando el arma sea de actual creación, de fuego, hábil para su utilización e incluso de construcción común (S. 16 abril 1974). En idéntico sentido, S. 31 marzo 1954.

§ 9. Artículo 263, **Terrorismo.**—Casa el T. S. la sentencia del Tribunal: "a quo", condenatoria por el delito de terrorismo, y aprecia desórdenes públicos del artículo 248, en base a considerar "que la extraordinaria proliferación experimentada en estos últimos tiempos en todo el mundo por los delitos llamados de terrorismo, entendiéndose bajo tal denominación **aquellos que por medio de actos de extraordinaria violencia o grave intimidación, secuestros, daños, etc., tratan de infundir el terror en la población para coseguir determinados fines subversivos, políticos o sociales**, han inducido a los Gobiernos:

a celebrar reuniones a escala internacional como el Convenio de la Organización de Estados Americanos y el Convenio Internacional de París, celebrados ambos en el año 1971, y a introducir en sus Códigos una serie de medidas profilácticas y represivas, que han tenido reflejo en nuestra Patria a través de la Ley de reforma del Código penal, de 15 de diciembre de 1971, en la que se ha dado nueva redacción a algunos preceptos y creado otros, construyendo, en el **nuevo artículo 263, una figura de delito intermedia entre los tipos contenidos en los artículos 260 y 261 y aquellos otros contemplados en los artículos 245 y siguientes, denominados desórdenes públicos o delitos contra el orden público, de menor gravedad, que pudiéramos llamar de terrorismo impropio o pequeño terrorismo**, en el que las acciones realizadas son de menor gravedad y originan menor alarma que las señaladas en los artículos anteriores, pero van más allá que lo que supone la alteración objetiva del orden público, en tanto en cuanto **que si no necesitan producir terror, sí son suficientes para perturbar la paz pública**, que constituye el bien jurídico atacado en esta figura (S. 5 abril 1974).

Por el contrario, se aplica el artículo 263 en base a considerar:

A) “que dentro de la figura de la codelincuencia o de la pluralidad de partícipes existen formas de exacerbación de la misma consistentes en el elevado número de intervinientes en el delito de que se trate, dándose esa exacerbación de un modo discreto y casi normal en el caso de la cuadrilla—número 13, párrafo 2.º, del artículo 10 y artículo 502, ambos del Código penal—o de manera amplia como, v. g., en los artículos 149 a 151, 163, 164, 166 y siguientes, 172 y posteriores, 214 y siguientes, 218 y los que vienen a continuación, 246 y posteriores y 513 del mismo cuerpo legal; **distinguendo** la doctrina, en cuanto a este último supuesto, entre la llamada **delincuencia de las multitudes** o de las muchedumbres, singularizada por su carácter heterogéneo e inorgánico, formándose de modo instantáneo o al menos rápido y sin acuerdo previo, y la **asociación de malhechores o delincuencia asociada**, llamada también **delincuencia sectaria o delincuencia de grupo**, modalidad de participación caracterizada por la reunión de sus elementos componentes mediante previo acuerdo, y porque todos ellos actúan por una misma fe, por un mismo ideal y por un fin común. Correspondiendo a este término de la anterior clasificación el tipo de codelincuencia plasmado o definido en el artículo 263 del Código penal, el cual constituyó innovación de la reforma de 15 de noviembre de 1971, **respondiendo, según ciertos sectores doctrinales, a necesidades ficticias**, porque las conductas en dicho precepto criminalizadas podían incardinarse en otros artículos del dicho Código vigentes antes de la reforma, pero otros sectores doctrinales les denominan “**delitos contra el orden público equiparados al terrorismo**”, y alaban la previsión, siquiera sea “a posteriori”, del legislador, porque, en los últimos años, una de las tácticas o “modus operandi” de quienes en la clandestinidad combaten el sistema político imperante en España y desean perturbar no sólo el orden público, sino la paz, la tranquilidad y el sosiego ciudadanos, o anhelar mostrar de algún modo su protesta o disconformidad con las instituciones o la legislación vigentes, consiste en, obediendo las órdenes o consignas de sus generalmente anónimos dirigentes, concentrarse en un lugar periférico o a veces céntrico,

de una ciudad, acudiendo al lugar señalado individualmente, sin llamar la atención y desde diversas procedencias, y una vez integrado rápidamente el grupo, romper escaparates o cristalerías (preferentemente de entidades bancarias), volcar, dañar o incendiar vehículos automóviles, lanzar o arrojar piedras o artefactos explosivos, emitir gritos subversivos, atacar a las personas, poner obstáculos a la circulación rodada o ejecutar otros actos parecidos de vandalismo callejero, y una vez producida la alarma, sembrados el desasosiego y la intranquilidad y alterada la normal vida ciudadana, al acudir la fuerza pública, con estrategia guerrillera urbana planeada anticipadamente, previo ligero, breve y hasta aparente enfrentamiento con dicha fuerza o sin él, disolver el grupo inmediatamente, huyendo todos en diversas direcciones, hasta que, el mismo o sucesivos días, reaparezcan en otro lugar para realizar los mismos hechos u otros análogos.

B) A la luz de los principios enunciados, de la Exposición de Motivos de la reforma penal de 1971, donde se dice que el artículo 263 comprende la represión penal por parte del Código de los actos terroristas realizados individualmente y por grupos no organizados—**con mayor motivo si lo estuvieran—ni estables y la simple pertenencia a éstos**, y de las sentencias de este Tribunal de 12 y 19 de diciembre de 1973, es claro que, **sin necesidad de quebrantar el principio de personalidad de la pena—de todos modos no siempre imperante en la legislación española, donde hay bastantes excepciones—**, los requisitos de aplicación del citado artículo 263 son los siguientes:

1.º Actuación de varios formando grupo organizado o no y sin carácter estable;

2.º lesiones o vejaciones a las personas, desperfectos en las propiedades, obstaculización de las vías públicas u ocupación de edificios;

3.º finalidad conseguida de alteración del orden y perseguida o apetecida de atentar contra la paz pública, y

4.º subsidiariedad, pues de corresponder pena más grave en otro precepto del Código se aplica éste. Requisitos, objetivos y subjetivos que concurren en el presente caso, pues el relato de hechos de la sentencia recurrida—inatacado en casación—destaca que el 31 de octubre de 1972, y en Valencia, se reunieron unas veinticinco personas, de ambos sexos, convocados por el llamado **FRAP** (Frente Revolucionario Antifascista y Patriótico), entre las cuales se hallaba el procesado, las que ondeando banderas rojas y republicanas, realizaron a continuación los actos vandálicos que se detallan, entre los cuales figuran lanzamiento de piedras y de quince artefactos explosivos, interrupción del tráfico y heridas a un miembro de la Policía Armada, actos con los cuales se perturbó la paz social y se alteró el orden, siendo la actuación del procesado, como destaca el subrayado, plural y conjuntamente con los componentes del grupo, que contribuyó con su presencia a formar e integrar, cooperando a la antijurídica actividad de modo individual y personal, con esfuerzo propio y obediencia a la convocatoria realizada por el Frente Revolucionario antes consignado” (S. 16 abril 1974).

· § 10. Artículo 279 bis, **Alteración de placa de matrícula legítima de vehículo de motor.**

El delito previsto en el artículo 279 bis, párrafo 1.º, del C. p., como infracción formal de la obligación impuesta en los artículos 230 y siguientes del C. de la Circulación sobre matriculación de vehículos de motor, se ejecuta mediante la **conducta de falsificar, sustituir, alterar u omitir la placa de matrícula legítima de un automóvil, impidiendo su individualización y la determinación de su legítimo propietario**, a los efectos de control administrativo, jurídico-privado, social, penal y hasta de orden público.

El párrafo 2.º del mismo precepto establece un subtipo de penalidad agravada, constitutivo de un **delito de tendencia o de mera actividad ulterior, por cuanto a la conducta anteriormente delimitada debe agregarse la irregularidad como medio instrumental de un quehacer delictual diferente**, o sea, **para cometer algún delito o para lograr la impunidad, aunque no se consiga su propósito**, debiendo interpretarse dicha fórmula legal poniendo de medio en relación de la falsedad de la matrícula con el delito a realizar o a ocultar, tanto para el caso de ejecución como de encubrimiento, comprendiéndose en su contenido tanto las infracciones penales futuras como los delitos ya cometidos y también los encubrimientos de actos criminales de otra persona como los propios del falsificador o autoencubrimiento. Por consiguiente, se encuadra en tal figura legal **el comportamiento tendente a facilitar la impunidad del delito realizado de hurto de uso o común del mismo vehículo de motor, por no ser inherente al mismo el cambio de la matrícula del carruaje** (S. 28 febrero 1974).

§ 11. Artículo 303, **Falsedad en documento público** (302 : 4.º).

La existencia de este delito requiere:

1.º **Una representación gráfica del pensamiento** plasmada, con arreglo al sistema latino imperante en España, generalmente por escrito y en papel, destinada a tener consecuencias en el mundo exterior y a, con carácter preconstituido, acreditar algo, y que, a tenor de los artículos 596 de la LEC y 1.216 del C. c. merezca el calificativo de **público**, merced a la conjunción de los tres elementos de: **oficialidad** (intervención de Notario, funcionario o empleado público), **competencia de éste y formalidad** ("revestido de las solemnidades requeridas por la Ley").

2.º Que en dicho documento se cometa **inveracidad, incerteza, mendacidad, "mutatio veritatis", mudamiento o alteración esencial de la verdad, o falta de genuidad material, o ideológica, en cualquiera de las formas enumeradas en el artículo 302 del C. p.**

3.º Aun interviniendo un funcionario público, la inveracidad debe cometerse por un particular.

4.º **Voluntariedad de tales mudamientos o alteraciones, según lo dispuesto en el artículo 1.º del C. p., e integrada, como todas las manifestaciones dolosas, por la adición del elemento intelectual o cognoscitivo al volitivo** (S. 3 mayo 1974).

§ 12. Artículo 320, **Usurpación de funciones.**

El hecho de llamar el procesado la atención a un Guardia Municipal, cuando éste trataba de detener a un individuo como autor de un delito de abusos deshonestos, diciéndole que no eran modales y añadiendo mendazmente que era Inspector de Policía y que le iba a quitar la ropa cuando el Guardia le pidió que se identificara, es constitutivo del delito previsto en el artículo 320 del C. p., **al atribuirse el procesado carácter oficial y realizar actos propios de la profesión de tal carácter que dijo tener** (S. 8 febrero 1974).

§ 13. Artículo 344, **Delito contra la salud pública.**

“Sin afirmarse que el procesado se dedicase al tráfico de estupefacientes y sí tan sólo que se tenían sospechas de emplearse en él, el hecho de que, al ser registrado, le fuera ocupado en un bolsillo **un gramo aproximadamente de “griffa”**, sin que se diga que fuera consciente de llevarla consigo, ni el destino que se proponía dar a tan exigua cantidad, dentro del cual podría **cabere el propio consumo, exento de punición**, no cabe aplicar al caso de autos el artículo 344 del C. p. en la redacción de la Ley de 15 de noviembre de 1971”, por la que la Sala 2.^a casa la sentencia del Tribunal “a quo” y absuelve del delito imputado (S. 29 marzo 1974).

§ 14. Artículos 394-399, **Malversaciones.**

Los delitos del título VII, del Libro II, del C. p., son **delitos funcionariales**, es decir, cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos. Lo que prima es, por consiguiente, **el carácter de funcionario público** en el sujeto activo y la condición de **públicos de los fondos** (SS. 31 diciembre 1973 y 25 febrero 1974).

La **esencia** de los delitos de malversación (regulados en el capítulo X del título VII, del Libro II del C. p.) viene constituida por la **apropiación o distracción** de bienes muebles llevada a cabo por aquel o aquellos a quienes incumbe **el deber público de su custodia**. La gestión desleal del sujeto con los fondos públicos es la que determina un perjuicio patrimonial cierto (SS. 17 diciembre 1973 y 25 febrero 1974).

El **objeto de ataque** en este delito, en sus diversas modalidades, son bienes o intereses patrimoniales del Estado, Provincia o Municipio y en general los bienes de los entes públicos, tenga o no autonomía administrativa. El carácter de tales bienes es lo que determina la punición más grave de estos delitos que los relativos al patrimonio de los simples particulares (S. 17 diciembre 1973).

El **bien jurídico protegido** en el delito de malversación es el patrimonio estatal frente a sus custodios oficiales. Se ampara, por consiguiente, el derecho de propiedad del Estado contra la innoble y desleal apatencia de sus servidores, al burlar la **confianza** en ellos depositada, por quebrantar el deber de probidad exigido en la custodia de bienes públicos (SS. 10 abril 1973 y 25 febrero 1974).

Malversación propia (art. 394).

La configuración típica de este delito exige: un **elemento subjetivo** constituido por la calidad de funcionario público; otro **objetivo**, concretado por el hecho de que el sujeto activo tenga a su cargo o disposiciones caudales o efectos públicos; un **elemento normativo de lo injusto**, que posea estos caudales o efectos en relación de sus funciones materiales, y, finalmente, la **acción real de sustraer él mismo o consentir que otro sustraiga** tales bienes patrimoniales del Estado (SS. 10 abril 1973 y 15 enero 1974).

Malversación impropia (art. 399)

La **distracción** de los efectos puestos a su cargo en virtud de **depósito necesario** y la **falta de reintegro total de los mismos o de su valor, dentro de los diez días siguientes al de la incoación del sumario**, configura el delito tipificado en el art. 399 del C. p., al ser **funcionario público** el sujeto activo y **públicos también los caudales o efectos** (S. 27 febrero 1973).

La configuración de los elementos constitutivos del delito de **malversación impropia**, previsto en el artículo 399 del C. p., exige considerar este precepto como de carácter "**remisorio y extensivo**" a los preceptos anteriores (394 ss.) que regulan la malversaciones que la doctrina denomina "**propias**".

La **malversación impropia** atribuye, en forzada equiparación, pero legalmente impuesta, el **carácter de funcionario público de hecho al depositario de caudales embargados; asigna a los bienes embargados el carácter de fondos públicos** por su afectación a las resultas de un proceso y requiere:

- que **los bienes embargados hayan sido depositados** en el malversador que aceptara tenerlos, guardarlos y custodiarlos, sin reservas ni condicionamientos de ninguna clase.
- que **el sujeto disponga para sí o permita que otro disponga de los bienes embargados**, sustrayéndolos así de las responsabilidades a que habían quedado adscritos.
- es **indiferente** que el depositario judicial de los bienes embargados sea el dueño de los mismos o lo sea un tercero, pues lo que prevalece es el carácter de depositario y lo que se sanciona no es que se disponga como dueño, sino que se **quebrante el depósito judicial**, al disponer de aquellos bienes retenidos para responder en juicio del incumplimiento de obligaciones (SS. 31 diciembre 1973 y 25 febrero 1974).

El delito de **malversación impropia** previsto en el artículo 399 del C. p., se integra por los elementos siguientes:

- 1.º La **existencia de un embargo, secuestro o depósito de caudales efectuado por autoridad pública**, aunque aquellos bienes pertenezcan a particulares.
- 2.º El **nombramiento y la aceptación consiguiente y ejercicio del cargo de administrador o depositario de tales caudales** en favor de persona cierta y determinada.
- 3.º Un **acto de disposición de los bienes por parte de los administradores o depositarios, sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad que trabó el embargo**.

El acto de disposición puede consistir en:

- **sustraer** los bienes o dar consentimiento para que sean sustraídos (artículo 394).
- **negligencia o abandono inexcusable** que dé ocasión a que se efectúe la sustracción por otra persona (art. 395).
- **aplicación a usos propios** de los caudales embargados (art. 396).
- **aplicación de los bienes a carga, destino o fin distinto del que resulta del embargo** (art. 397).
- **negativa a entregar la cosa a la autoridad** que la embargó y depositó (artículo 398).
- **y cuantas formas de tipo más concreto** puedan imaginarse para sustraer aquellos bienes a los fines que se destinan, por razón del procedimiento donde se acordó el embargo, secuestro o depósito (SS. 28 noviembre 1972, 20 noviembre 1973 y 9 marzo 1974).

El **depositario de los bienes embargados** queda equiparado legalmente a **funcionario público de mero hecho, de forma temporal y transitoria** (S. 20 noviembre 1973).

Es **funcionario público** (con arreglo al artículo 119) todo el que se hallare por cualquier concepto **encargado de fondos públicos o establecimientos de instrucción o beneficencia**, y comprende a todos los que tengan la misión de atender servicios que afectan más o menos a la colectividad del bien común (SS. 23 diciembre 1967, 26 febrero 1971 y 7 abril 1973).

El **Jefe de Silo o de Almacén del Servicio Nacional del Trigo** ostenta la condición de **funcionario público**, con arreglo al artículo 119 del C. p. (S. 10 abril 1973).

El concepto de **caudales públicos** es un **concepto amplio, entendiéndose aquéllos como sinónimo de bienes embargados** y, como criterios orientadores, entendiéndose por públicos los referidos en el artículo 1.409 de la LEC toda clase de bienes muebles y semovientes, los del artículo 1.447 de la LEC y los que, según disposiciones civiles o penales, sean objeto de secuestro o depósito a disposiciones de la autoridad pública (S. 20 noviembre 1972).

En este sentido, han sido considerados **caudales públicos**: una motocicleta. (SS. 4 noviembre 1964, 8 octubre 1965); camiones (S. 17 octubre 1961); tractores (S. 30 abril 1970) y los bienes embargados en general por razón de su afectación judicial (S. 26 junio y 20 noviembre 1972).

Son **fondos públicos** los del Estado y de los entes públicos, los de la Administración Institucional, entidades públicas autónomas y de cualquier persona cuyo patrimonio venga fiscalizado públicamente en razón de la finalidad general que cumpla y de la naturaleza de los bienes de que se nutra (S. 7 abril 1973).

La expresión "**sustraer**" equivale a una "**amotio**" realizada por un extraño y equivale a **extraer, quitar o hurtar** (SS. 13 febrero 1973 y 7 febrero 1974).

El verbo "**distraer**" se utiliza en un sentido **más amplio** que el meramente semántico o gramatical, como comprensivo de separar, quitar, extraer o despojar los caudales o efectos estatales el **funcionario público**, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio, para hacerlos suyos:

o de otro, en apropiación definitiva, con deseo de no restituir. De lo que resulta la incardinación definitiva de las cosas al patrimonio del agente de modo antijurídico, siendo irrelevante se conozca o no la manera en que se realizó la sustracción apropiativa o la finalidad remota con que se hizo (SS. 10 abril 1973 y 7 febrero 1974).

Basta el **ataque consumado** para que surja el delito, con independencia del uso o aplicación dado a lo sustraído (S. 10 abril 1973).

(Art. 395) **Malversación culposa.**

La malversación propia se desvirtúa en la forma impropia del 395, pues su objetivo principal no es el lucro definitivo, sino que resulta una figura culposa, al ser cometida por el funcionario que por abandono o negligencia inexcusables diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales públicos en cantidad superior a 2.500 ptas.

Este tipo delictivo se integra por los siguientes elementos:

- el abandono o negligencia inexcusable, es decir, que haya incidido de modo indiscutible en una situación jurídica rayana con el dolo y malicia. Requisito que ha de interpretarse en el sentido de que la imprudencia ha de ser notoria, expresa y de evidente gravedad, quedando excluida la simple o negligente, que únicamente permite aplicar al funcionario descuidado sanciones disciplinarias (SS. 31 enero 1894, 13 febrero y 7 abril 1973).
- No siendo, por tanto, punible el abandono o negligencia corriente y explicable (S. 7 abril 1973, en sentido absolutorio).
- la sustracción de caudales o efectos de forma astuta y solapada, sin conocimiento ni connivencia con quien los custodia (SS. 4 marzo 1942, 24 noviembre 1954 y 15 junio 1957).
- si falta alguno de estos requisitos no existe delito (S. 13 febrero 1973).

Diferencia con la apropiación indebida.

La diferencia existente entre el delito de malversación y el de apropiación indebida estriba en que en el último la **apropiación no la realiza un funcionario público, sino un particular, y los fondos sustraídos son de naturaleza privada** (S. 12 junio 1973).

§ 15. Artículo 430, **Abusos deshonestos.**

Para este delito se requiere la concurrencia de uno de los tres supuestos que taxativamente se enumeran en el artículo 429: consentimiento del ofendido anulado por el uso de la fuerza o intimidación; por carencia de razón o de sentido; o por ser menor de doce años (S. 25 marzo 1974).

Los elementos constitutivos de este delito son: 1.º Acto o actos impúdicos u obscenos, contacto corporal con otra persona del mismo o diverso sexo; 2.º Ausencia del propósito de yacer; 3.º Conciencia de obrar en contra de, o sin la voluntad, del ofendido y propósito o intención maliciosa de emplear violencia o intimidación, o de aprovechar la indefensión o la corta edad de la víctima (dolo); 4.º Propósito lúbrico, libidinoso o ánimo específico de ex-

·citar o apagar la sexualidad (S. 16 abril 1974). En sentido idéntico 18 febrero y 18 abril 1974.

Frente a la teoría objetiva, para la cual basta el ejercitar actos obscenos y la voluntad de realizar actos deshonestos con la conciencia de que se ejecutan en contra de la voluntad de la víctima, la teoría subjetiva imperante exige el móvil lúbrico o libidinoso como el elemento subjetivo de lo injusto que da sentido antijurídico y culpable al tipo de los abusos deshonestos (SS. 3 octubre 1917, 19 octubre 1923, 20 marzo 1923, 29 mayo 1964, 7 diciembre 1965, 30 junio 1967, 25 febrero 1969, 7 febrero 1974 y 29 marzo 1974).

Diferencia entre este delito y el 429.

El delito de abusos deshonestos requiere que esté ausente el propósito de yacer (art. 430). El fin primordial de la violación es el yacimiento (S. 15 marzo 1974). Además, los abusos deshonestos encierran una gravedad menor, y tanto el sujeto activo como el pasivo pueden ser indistintamente varón o mujer, lo que no sucede en la violación (SS. 16 abril y 18 febrero 1974).

Diferencia entre los abusos deshonestos del artículo 430 y del artículo 436, párrafo 4.º

En el delito de abusos deshonestos del artículo 436, párrafo 4.º, aunque existe consentimiento del agraviado, está viciado por la ascendencia o prevalimiento del ofensor o por el engaño (S. 25 marzo 1974).

Diferencia entre el delito de abusos deshonestos y la falta del artículo 567:3.º

Aparte del criterio de la gravedad o levedad de la ofensa (expuesto en Ley de Bases de 23 diciembre 1961), en el delito se ataca principalmente la libertad sexual del individuo, ya de manera real, ya presunta: en la falta se atacan las buenas costumbres o la decencia pública o moralidad sexual colectiva (hábitos morales públicos), lo que explica el encuadramiento de la falta entre las que atacan el orden público (SS. 8 marzo, 8 y 18 octubre 1971, 15 febrero 1972, 19 enero 1973, 29 marzo, 18 marzo y 18 abril 1974). Mientras el delito ataca a persona o personas determinadas, la falta implica una leve ofensa a la moral (S. 30 junio 1967, 7 febrero 1974). En criterios cuantitativos, pero no cualitativos se basa la S. 25 febrero 1969.

§ 16. Artículo 431, Escándalo público.

El artículo 431 protege la moral individual de personas concretas y determinadas y la moral colectiva de la sociedad.

El delito se integra por:

- Un ataque al pudor o a las buenas costumbres.
- Hechos de grave escándalo en la moral personal del que los sufre presenciándolos, o de trascendencia que mira a la moral de otros, heridos

por el hecho escandaloso de conocer o presenciar los actos que hieren tales buenas costumbres.

- La expresión legal “de cualquier modo” revela el propósito del legislador de abarcar **todos los medios que reúnan los dos requisitos** antes expuestos: **ofensa al pudor y buenas costumbres y hechos de grave escándalo y trascendencia** (SS. 12 febrero 1973, 27 mayo 1972 y 5 marzo 1974).

Los actos de exhibicionismo sexual son constitutivos del delito previsto en el artículo 431, no de la falta penada en el número 3.º del 567. La línea diferencial entre el delito y la falta se establece en base al criterio de gravedad de los actos de impudicia pública, por el daño que causa a la recta formación moral de la juventud, por la grosera exhibición, etc... (SS. 16 septiembre 1969, 21 mayo 1970, 10 octubre 1972 y 5 marzo 1974).

§ 17. Artículos 434 y siguientes, **Estupro**.

Dejando a un lado el supuesto del denominado **estupro-incesto**, previsto en el artículo 435 del C. p., los artículos 434 y siguientes distinguen entre varias **moralidades** de estupro: a) El denominado **estupro simple, común, de seducción o engaño** (artículo 436, párrafo 1.º). b) El **estupro de prevalimiento**, que, a su vez, puede ser de: 1.º **Prevalimiento autoritario y doméstico** (artículo 434). 2.º **Prevalimiento de la edad de la ofendida** (artículo 436, párrafo 3.º). 3.º **Prevalimiento o abuso de la situación de angustiosa necesidad de la ofendida** (artículo 436, párrafo 2.º). 4.º **Prevalimiento patronal o laboral** (artículo 437) (S. 7 febrero 1974).

§ 18. Artículo 434, **Estupro autoritario y doméstico**.

En esta modalidad de estupro, el **engaño** típico del estupro común **viene sustituido por un abuso de superioridad moral o de respeto reverencial inherente a la condición de autoridad, ministerio sacerdotal** (como en el caso debatido en la Sentencia) **o posición familiar o educativa del sujeto activo del delito**, o por una especie de **coacción psicológica** que el ambiente puede ejercer sobre la menor en la relación de domesticidad que la misma soporta (SS. 30 junio y 28 septiembre 1959, 1 junio 1966, 27 junio 1967 y 7 febrero 1974).

Cuando el agente ejerce **ministerio sacerdotal** que lo relaciona con la estuprada, existe la presunción **iuris et de iure** de que la entrega de la mujer obedeció al sumiso respeto a la condición del varón. A diferencia de otros requisitos típicos del delito que, como **la honestidad o doncellez de la mujer**, se presumen en calidad de presunción **iuris tantum** (SS. 30 diciembre 1926, 22 febrero 1947, 2 enero 1951, 7 marzo 1955, 30 octubre 1960, 21 febrero 1961, 12 mayo 1962 y 7 febrero 1974).

§ 19. Artículo 436, párrafo 1.º, **Estupro común o de seducción**.

El **denominador común o genérico** del estupro viene configurado por el **acceso carnal con mujer honesta y libre (no casada) conseguido por seducción real o presunta** (S. 29 marzo 1974).

Los elementos del delito configurado en el artículo 436, párrafo 1.º, son: uno de carácter normativo, que la **mujer sea de edad comprendida entre los dieciséis y los veintitrés años; honesta** (a título de presunción *iuris tantum*); que haya un **yacimiento carnal consentido entre el varón y la mujer**, y tal yacimiento sea debido a **engaño o seducción por parte del último** (SS. 21 febrero 1974 y 11 marzo 1974).

La **edad límite de la mujer (veintitrés años)** se mantiene en un límite máximo quizá exagerado y abiertamente reñido con la mayoría de edad civil, declara la Sentencia de 13 de marzo de 1974.

Engaño.

La Sala 2.ª del T. S. casa la Sentencia de la Audiencia y absuelve del delito imputado, por considerar que **“la promesa de matrimonio condicionada a la circunstancia de quedar embarazada, la mujer no configura el engaño que requiere el estupro”** (SS. 24 mayo 1955; 7 abril 1964. 24 mayo 1970, 2 febrero 1971, 6 junio y 11 noviembre, 15 enero 1973 y 16 mayo 1974).

Reiterada doctrina del T. S. reputa engaño capaz de seducir a mujer menor de veintitrés años: **la promesa expresa de matrimonio, o tácita**, consistente en sostener relaciones matrimoniales o de noviazgo formal, públicas, consentidas por los progenitores y de cierta duración (SS. 20 abril 1894, 13 marzo 1902, 6 julio 1931, 20 septiembre 1959, 10 octubre 1972, 5 marzo 1974, 16 mayo 1974). La **promesa tácita** está representada por relaciones amorosas con joven de buena conducta y acreditada honestidad (S. 15 febrero 1974).

La **promesa de matrimonio**, para que integre este delito, ha de ser siempre **incondicionada**; en ningún caso puede hacerse depender de la realización de eventos extraños a la voluntad de los sujetos (S. 3 enero 1974).

El engaño es tan esencial al estupro simple o de seducción, que determina que parte de la doctrina denomine a esta modalidad delictiva **“estafa carnal”**, por su semejanza estructural en el fraudulento con el engaño empleado para apoderarse ilícitamente de los bienes patrimoniales ajenos que constituyen este delito (S. 3 enero 1974).

No existe estupro de seducción por faltar el engaño determinante de la entrega carnal, por cuanto **la promesa realizada por el procesado no lo fue para lograr la entrega de la mujer, ya convenida, sino para paliar o cubrir las posibles consecuencias de la misma** (S. 3 enero 1974).

A partir de la reforma de 6 de noviembre de 1942, **el engaño no precisa ser grave, bastando que revista cierta entidad capaz de mover la voluntad de la mujer honesta** (S. 11 marzo 1974).

El engaño viene identificado por una larga tradición jurídica, cristalizada incluso en el C. p. de 1928, con la promesa de matrimonio luego incumplida, sin razón plausible por parte del promitente. El engaño ha de ser, por consiguiente, **causante** (no subsiguiente = *dolus subsequens*) o determinante del yacimiento (S. 11 marzo 1974).

El elemento del engaño o queda destruido por el hecho de que el procesado, tras romper con la ofendida, se case en la misma aldea con una antigua novia, con la que también había tenido un hijo, pues esto significa o implica que la ofendida conociese necesariamente la existencia del otro no-

viazgo —que muy bien pudo ser oculto o clandestino—, ni es obstáculo que las relaciones se desarrollaron simultáneamente en el tiempo con aquel noviazgo (SS. 16 febrero 1970, 25 noviembre 1973 y 6 marzo 1974).

Honestidad.

La **honestidad** de la mujer de edad comprendida entre los dieciséis y los veintitrés y el engaño son elementos indispensables para el estupro de seducción, aunque la honestidad no esté expresada en la descripción típica, por cuanto viene siendo exigida por reiterada jurisprudencia (S. 11 marzo 1974).

La honestidad hace referencia a la **moralidad de la ofendida en el orden sexual**. Pero la honestidad que importa aquí es la **honestidad trascendente, la que observa y mantiene la mujer antes de la realización de los hechos, y no la que pierde a consecuencia de los mismos** (SS. 30 enero 1965, 7 abril 1970, 22 febrero 1974, 23 mayo 1974).

§ 20. Artículo 436, párrafo 3.º, Estupro de prevalimiento de la edad de la ofendida.

La ley de 6 de noviembre de 1942 y el párrafo 3.º del artículo 436 del C. p. de 1944, desnaturalizaron el concepto antiguo de estupro simple —“**goce de una doncella conseguido por seducción**”— creando una figura de fornicación pura y simple, de ayuntamiento carnal incondicionado, **de estupro ficticio, pues ni siquiera es preciso presumir el engaño cuando falta**. Basta el yacimiento carnal con mujer de edad comprendida entre los doce y los dieciséis años, honesta y dolo (S. 26 mayo 1964, 22 febrero 1974). Si concurre el engaño funciona como causa de agravación.

Esta modalidad es un **estupro ficticio o impropio**, pues **no** requiere para su consumación **engaño o prevalimiento personal** en el sujeto activo, sino simplemente yacer con mujer honesta mayor de doce y menor de dieciséis años, sin ninguna otra circunstancia (S. 29 marzo 1974).

En Sentencia que casa la de la Audiencia y absuelve por el delito imputado, la Sala 2.ª del T. S. declara que los elementos constitutivos de este delito son:

- 1.º **Un elemento objetivo de la acción:** el acceso carnal entre hombre y mujer.
- 2.º **Un elemento normativo personal:** mujer de edad comprendida entre los doce y los dieciséis años.
- 3.º **Un elemento subjetivo subyacente en la mujer:** que sea honesta, bien por su doncellerz, bien por su vida ordenada o buenas costumbres.
- 4.º **No requiere el elemento psicológico del engaño** (que es, en cambio, una condición modal en otras especies de estupro), **que, si concurre, agrava la punición** (S. 28 enero 1974).

Por consiguiente, existe el delito, a pesar de que la entrega carnal entre el procesado y la ofendida (de catorce años) se hizo **de mutuo acuerdo**, conociendo ésta el estado casado de aquél, y abandonando su domicilio a la bús-

queda del mismo, quien le hizo reflexionar sobre tal hecho, instándola a volver de tal decisión, pues ni el hombre, casado y de muy superior edad, debió promover dichas relaciones amorosas ilícitas, ni debió crear el clima de rebeldía de la muchacha con su madre, ni mucho menos aprovecharse de la salida de ésta de su casa..., pues su superioridad en edad, inteligencia y voluntad supone el prevalimiento característico de esta modalidad del estupro (S. 28 enero 1974).

§ 21. Artículo 437, **Estupro de prevalimiento laboral o patronal.**

Esta modalidad del estupro protege la moralidad de la mujer menor de veintitrés años, estando al servicio o a las órdenes del patrono de quien depende, no goza de la libertad indispensable para resistir las pretensiones lascivas del mismo; por lo que accede al acto sexual con consentimiento viciado por dicha relación de subordinación, sea ésta de orden económico, de servicio, etcétera... (S. 12 marzo 1974).

§ 22. Artículo 441, **Rapto impropio o consentido.**

El rapto previsto en el artículo 441, frente al rapto violento del artículo 440, se produce cuando el hombre sustrae a mujer, mayor de dieciséis años y menor de veintitrés, contando con su anuencia, trasladándola fuera del domicilio familiar, de sus tutores o guardadores o de cualquier lugar donde se halle legalmente protegida o amparada, llevándola a otro sitio distinto, por tiempo más o menos dilatado, en que su libertad sexual se encuentre desprovista de protección tutelar y al margen de toda seducción, que puede, sin embargo, concurrir, por ser suficiente la mera intención o ánimo del agente de actuar deshonestamente, consiga o no su propósito (S. 10 mayo 1974).

§ 23. Artículo 444:2.º, **Reconocimiento de prole (delito de estupro).**

No procede la imposición de esta medida, por cuanto el delito de estupro, de comisión instantánea y de efectos permanentes, tiene fijado en el párrafo 1.º del artículo 436 unos límites temporales como elemento normativo: edad de la mujer entre los dieciséis y los veintitrés años; por lo que, después de los veintitrés años, resulta imposible apreciar este delito aunque persista el engaño que lo determinó, pues falta la tutela legal. Por consiguiente, los yacimientos posteriores a los veintitrés años son atípicos y no están tutelados criminalmente. Así pues, si después de los veintitrés años se origina el embarazo y nacimiento de un hijo, no cabe imponer penalmente el reconocimiento de la prole, porque fue engendrado fuera de los límites cronológicos marcados legalmente, y al faltar entonces, aunque existiese antes, el estupro, se halla ausente la razón que impone tal reconocimiento judicial de la paternidad, trasladándose entonces la cuestión al Derecho privado (artículos 135 y concordantes del Código civil) (S. 21 febrero 1974).

§ 24. Artículo 492:2.º, **Amenazas.**

De naturaleza jurídica controvertida, el delito de amenazas se configura en nuestro derecho positivo como un **delito contra la libertad y la seguridad**, independiente de los ulteriores propósitos del agente en orden al ataque de otros bienes jurídicos (vida, integridad física, propiedad), o al menos ofreciendo de manera mediata y alejada tales objetivos. De ahí que la doctrina de la Sala 2.ª del T. S. configure la regulación prevista en los artículos 493 y 494 del C. p., por un lado, y en el artículo 585:1.º, 2.º y 3.º, por otro, como **“el anuncio de un mal futuro, injusto, determinado, posible, dependiente de la voluntad del sujeto activo y susceptible de producir intimidación en el amenazado”**. Este último requisito debe entenderse como **ideoneidad de la amenaza en sí misma, sin necesidad de que la perturbación anímica haya tenido lugar efectivamente; debiendo, asimismo, el ofensor perseverar en la idea significada con su amenaza, pues si tal perseverancia no concurre, estaremos en presencia de la mera contravención, la cual precisa sólo la amenaza de un mal delictivo, hecha de modo simple (no condicional) y verbal (de palabra y en el calor de la ira), y como elemento negativo: la ausencia de perseverancia en la idea entrañada en la amenaza** (S. 13 febrero 1974).

§ 25. Artículo 546 bis a), **Receptación.**

Los elementos indispensables para la existencia de este tipo delictivo son los siguientes:

1.º **Comisión de un delito contra los bienes en el que el receptor no haya intervenido de ninguna de las formas de participación** necesaria o auxiliadora previstas en los artículos 12, 14 y 16 del C. p.

2.º **Conocimiento por parte del receptor de la infracción cometida contra la propiedad ajena por otros sujetos y que los bienes recibidos de éstos procedan de tal infracción.** Tal conocimiento no ha de ser pormenorizado de la clase de delito de que se trate (siempre que sea contra la propiedad), bastando el conocimiento expresado en la frase de uso corriente por la Sala 2.ª: **“Conociendo su ilícita procedencia”**.

3.º **Aprovechamiento para sí de los efectos de ése o esos delitos contra la propiedad por parte del receptor, con un enriquecimiento injusto, sin necesidad de fijar la cuantía del beneficio económico** (S. 26 abril 1974).

Jurisprudencia procesal penal

(Sala 2.^a del Tribunal Supremo)

Tercer cuatrimestre de 1971

FERNANDO GISBERT CALABUIG
Del Instituto Español de Derecho Procesal

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: A) Principios esenciales del proceso penal. B) Fuentes del Derecho Procesal: Ley. Imprecisiones terminológicas.— II. PARTE GENERAL: 1) *Jurisdicción*: A) Límites: a) Delimitación con la jurisdicción civil. b) Delimitación con la jurisdicción militar. B) Competencia: en el delito de cheque en descubierto. 2) *Partes*: *Carácter de parte acusadora*. 3) *Objeto del proceso*: *Acción civil*: *Prescripción*. 4) *El proceso penal «stricto sensu»*: A) Desarrollo del proceso: Impertinencia de pruebas B) Terminación del proceso: Sentencia. a) Requisitos del artículo 142. b) Decisión de todas las pretensiones. c) Planteamiento de la tesis. d) Notificación de las sentencias. e) Pronunciamientos sobre costas. 5) *Impugnación del proceso*: A) Recurso de casación: a) Relevancia de los temas de preparación del recurso. b) Casación por infracción de Ley: a') Al amparo del número 1.º del artículo 849: a'') norma de utilización calificadora. b'') remisión integrativa a norma extrapenal. b') Al amparo del número 2.º del artículo 849: a'') alcance del error. b'') documento auténtico: Requisitos. c) Casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio: a') Al amparo del número 1.º del artículo 850: delegación de diligencias probatorias. b') Al amparo del número 1.º del artículo 851: a'') Falta de claridad de los hechos probados. b'') Contradicción entre los hechos probados. c'') Pre-determinación del fallo. c') Al amparo del número 3.º del artículo 851: resolución de todos los puntos objeto de debate. d') Al amparo del número 4.º del artículo 851: Punición por un delito más grave.—III. PARTE ESPECIAL: Procedimiento de urgencia: Costas por influencia cualitativa.—IV. EJECUCIÓN: Condena condicional en delito semipúblico.

I. INTRODUCCION

A) *Principios esenciales del proceso penal*: Los principios de acusación y su complementario de defensa dominan el proceso criminal Sentencia 25 octubre 1971.)

En el art. 733 de la LECrim. se vela por la pureza del principio acusatorio: (Sentencia 30 noviembre 1971.)

B) *Fuentes del Derecho Procesal: Ley: Imprecisiones terminológicas:* La Ley de Enjuiciamiento Criminal nunca ha manifestado una depurada terminología: técnica, para distinguir y nominar las partes acusadoras, según fueran particulares, populares y privadas. (Sentencia 4 noviembre 1971.)

II. PARTE GENERAL

1. JURISDICCIÓN: A) *Límites:* a) *Delimitación con la jurisdicción civil:* La primitiva doctrina de esta Sala ofreció primeramente el aspecto de estimar delito el simple hecho de que declarada por la jurisdicción civil el caso de una quiebra calificada de fraudulenta por la ausencia de libros, la jurisdicción penal se limitaba a aceptar el hecho de carácter civil y trasladándolo al orden penal y reputada por eso la quiebra fraudulenta, se resolvía la mera cuestión impositiva de la pena, sin entrar en otros detalles sobre el examen de la intención subjetiva y el de los actos que implicasen defraudación a los acreedores a la masa de ellos; pero esta doctrina fue evolucionando con un criterio más subjetivista e intencional, apropiado al Derecho punitivo y ya la S. de 13 de junio 1959, en el caso de la simple omisión de los libros de comercio afirmó que el hecho constituía un delito de imprudencia temeraria, criterio que luego fue confirmando por otras resoluciones abundantes en el mismo criterio, expresivo que para el orden penal ese detalle de los libros no constituía el delito de quiebra fraudulenta, si no constaba o se deducía al menos, que la quiebra obedecía al propósito del comerciante de defraudar a la masa de acreedores, porque el dolo específico de este delito era el ánimo de defraudarlos; criterio este que invocó el anterior de la doctrina y que repetido significó otra nueva, más científica y racional, que no ofrece duda alguna debe seguir siendo observada y respetada, y bajo este aspecto hay que examinar el hecho probado en sus detalles para buscar el dolo específico del agente y resolver el caso. (Sentencia 10 diciembre 1971.)

Si a los Tribunales de la jurisdicción civil corresponde declarar la quiebra defraudulenta si se da alguna de las circunstancias que relaciona el art. 890 del C. de c., o de culpable, si concurren los supuestos de los arts. 888 y 889 del mismo Ordenamiento legal, siendo esa declaración requisito inexcusable de procedibilidad en lo penal, sin que coarte o merme la soberanía de esta jurisdicción para conocer del caso enjuiciado en todas sus fases y para juzgar dentro de la esfera de su privativa competencia, es para esta finalidad menester, que en las resoluciones definitivas que dicten los Tribunales de instancia, aparezcan recogidos los hechos determinantes de la quiebra, en cuanto los reputen probados, sin reemplazarlos por declaraciones genéricas o por conceptos que por su amplitud y vaguedad desdibujen las actuaciones individuales, pues que la jurisdicción represiva, que no se satisface con la declaración civil de la quiebra y que no puede someterse ciegamente a una calificación que sólo a efectos mercantiles se hizo, precisa tener cabal conocimiento de cuáles fueron las actividades delictivas para dictar sus fallos, impidiendo, mediante un concreto y expresivo relato de aquéllas, que pueda fundadamente deducirse una reclamación casacional por el

cauce del núm. 1.º, primer inciso, del art. 851 de la LECrim., como la formulada en el recurso, que ha de ser acogida, toda vez que la narración histórica es más que fáctica conceptual en cuanto a las operaciones que realizaron los impugnantes, e imprecisa en relación con las irregularidades que se dicen cometidas en los libros de comercio. (Sentencia 5 noviembre 1971.)

b) *Delimitación con la jurisdicción militar*: Figurando como presuntos encartados un aforado y un paisano, es atractiva la competencia de la Jurisdicción Ordinaria porque ni se trata de un delito militar ni ha sido cometido en lugares que tengan adscripción militar, por lo que procede, de acuerdo con el dictamen del M.º Fiscal, afecto al Tribunal Supremo, y criterio declinatorio de la Jurisdicción Militar, declarar la preferente competencia del Juzgado de Instrucción número 14 de Madrid que indebidamente declinó su facultad de conocer en favor de la Jurisdicción Castrense, debiendo remitirse todo lo actuado a dicho Juzgado para que continúe el trámite de la causa con arreglo a Ley, y comunicar esta resolución con envío de testimonio literal de la misma al excelentísimo señor Capitán General de la Primera Región Militar, por medio de atento oficio. (Auto 4 diciembre 1971.)

B) *Competencia: En el delito de cheque en descubierto*: La competencia de los Juzgados de Instrucción para la incoación y conocimiento de los sumarios, viene determinada según el art. 14, núm. 2.º de la LECrim., por el lugar donde se cometa el delito, lo que no tendrá dificultad alguna de precisar, en los delitos en que no se exija resultado material, ni en los que se corresponda la declaración de voluntad con la modificación del mundo exterior, porque será el de omisión de aquélla, pero surgiendo en cambio las dificultades, cuando sea uno el lugar de la exteriorización de la voluntad delictiva, y otro diferente en lo territorial, el de la generación del evento, pues pugnan por resolver prevalentemente la cuestión, la teoría de la manifestación de voluntad fijando la competencia en el lugar donde ésta se ha producido, y la teoría del resultado, que recurre al sitio donde éste produce su efecto, si bien la solución no puede darse de manera definitiva, escogiendo «a priori» uno de ellos, sino atendiendo para aceptar una u otra, a la condición típica de la infracción aplicable, a sus diversos requisitos componentes, a sus estructuras dinámicas y jurídicas, y a su matiz expresivo y singularidad del supuesto, con un criterio relativo y circunstancial, en interpretación casuística siempre según cada delito. El delito de cheque en descubierto, del párr. 1.º del art. 535 bis del C. p. es una infracción sin resultado, dada su naturaleza de mera actividad, en que no se requiere un resultado ostensible, ni siquiera patrimonial, ya que el no pago, no lo significa, toda vez que el título-valor se entrega sin ánimo de defraudar, para representar un abono imposible o ficticio, por la carencia de fondos que lo impide, lo que en definitiva supone una simulación, por ser inauténtica la aparente y creída entrega del documento sin cobertura metálica; todo lo que determina que, lo relevante en esta figura penal, es el momento y lugar de manifestación de la voluntad delictiva, con la correspondiente entrega en vacío de cheque, que determina el instante consumativo y competencial, sin necesidad de esperar a la presentación al cobro y no pago, pues no supone más que el agotamiento del delito, irrelevante en sí, para fijar la consumación y la competencia misma. (Auto 22 octubre 1971.)

Apareciendo de lo actuado que los cheques se libraron en Castellón de la Plana contra Bancos de la misma ciudad y fueron entregados en Barcelona, en lo

que las Audiencias contendientes están conformes, la cuestión de competencia negativa planteada se ha de resolver de acuerdo con el núm. 3.º del art. 14 de la LECrim. en el sentido de que es la Audiencia de Barcelona a la que corresponde conocer de la causa, pues la más reciente doctrina de esta Sala contenida en los Autos de 8 noviembre y 13 diciembre 1968, 16 y 18 octubre 1969 y 6 mayo 1970, enseña que el texto legal sustantivo carga la antijuricidad por completo en la acción de dar el cheque en pago cuando sabe el librador que no podrá cobrarse por carecer el librado de la necesaria provisión de fondos, configurando así el delito como de estructura formal y señalando como lugar de comisión el de la entrega, ya que el frustrado cobro no significa sino la confirmación del dolo del librador al dar el talón en pago, o bien su culpa, si obró con negligencia, mas sin remitir la consumación al momento final de la trayectoria del documento, que no supone otra cosa que el agotamiento delictivo. (Auto 9 octubre 197.)

2. PARTES: CARÁCTER DE PARTE ACUSADORA: El ejercicio por los ciudadanos españoles, de las acciones penales públicas, o que actúen de oficio, a medio de la acusación particular, por su cualidad de ofendidos o damnificados por el delito, reconocida en el art. 101 de la LECrim., para una y más completa y amplia utilización del «ius puniendi», pidiendo justicia en los procesos ordinarios, según el art. 270 de la misma, deberá efectuarse, a través de la oportuna querrela, cumpliendo las exigencias formales del art. 277, bien iniciando con ella el proceso, o utilizándola para comparecer en el que estuviera ya en curso, de acuerdo con el art. 110, pero el art. 783 modificado por la Ley de 8 abril 1967, luego de reproducir en su primer párrafo, la posibilidad de ejercicio de la acción penal por la acusación particular, actuando en forma, en las diligencias preparatorias, y en los procesos de urgencia, en el segundo, innovando, permite a los particulares ofendidos o perjudicados, mostrarse parte en la causa sin necesidad de formalizar querrela, con lo que se introduce en estos procesos la cualidad de parte procesal acusadora sin ejercicio de querrela, que aunque estrictamente no puede denominarse querrelante, sin embargo lo es porque tiene iguales derechos que el que directamente lo sea, y no existe distinción alguna entre uno y otro supuesto, de ejercicio de querrela o de acusador sin su concurrencia. Si la LECrim. nunca ha manifestado una depurada terminología técnica, para distinguir y nominar las partes acusadoras, según fueran particulares, populares y privadas, como lo demuestran entre otros los arts. 19, núm. 5, 53, 108, 132, 274, 280, 311, 622, núm. 2, 642, 645, 649, 650, etc., este léxico imperfecto se sigue utilizando actualmente, luego de la reforma de la Ley de 8 abril 1967 ya citada, pues no se distingue a la hora de los efectos, entre acusador particular sin querrela y el querellante estricto, fijada implícitamente en dicho art. 783, como puede observarse especialmente en los arts. 790 y 797, al realmente hacer parigual su condición, sin ninguna diferencia, por lo que constituidos en partes, el uso de ambas expresiones han de estimarse en virtual sinonimia, abarcando a las dos situaciones personales. (Sentencia 4 noviembre 1971.)

3. OBJETO DEL PROCESO: ACCIÓN CIVIL: PRESCRIPCIÓN: Obstan a la estimación de la prescripción las siguientes razones: Primera. Lo tardío y extemporáneo de su planteamiento sólo verificado «in voce» en el informe final defen-

sivo, con olvido de que siendo la prescripción una excepción material debió ser alegada como máximo al concluir, y objeto de la correspondiente prueba, pues era el acusado que suscitaba esta excepción a quien incumbía probar plena y cumplidamente los presupuestos necesarios para que pudiera ser estimada, no siendo aceptable, ni conforme a las plenas facultades de contradicción de las partes y al principio de lealtad procesal que debe imperar en los procesados, al promover tan trascendental cuestión cuando ya las partes acusadoras habían informado y no les era dable contradecir la prescripción tardíamente esgrimida ni aportar contraprueba excluyente de su estimación. Segunda. Porque era rigurosamente inoperante para la prescripción de la acción civil dimanante de la comisión de un delito, el planteamiento de un pleito civil en el tiempo que medió entre el sobreseimiento provisional de esta causa y su reapertura, pues como ha declarado muy reiteradamente esta Sala no en una única sentencia sino en varias, entre ellas en las de 25 abril de 1956, 3 febrero 1958 y 18 junio 1968: a) Según el art. 1.092 las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del C. p. b) Porque según el art. 19 del C. p. toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente. c) Porque mientras no se extinga la responsabilidad penal por alguno de los modos que enumera el art. 112 se mantendrá viva la acción civil conjuntamente utilizada. d) Porque la interrupción del trámite del proceso penal no influye sobre el plazo prescriptivo de la acción civil dado que ésta como nacida de delito, está sometida al trámite y plazos del proceso criminal, y mientras subsista la acción para perseguir el hecho delictivo que es lo principal, quedan subsistentes todas sus consecuencias jurídicas, tanto penales como de otro orden derivadas del mismo. e) Porque mientras que está viva la acción penal para perseguir un delito conserva su virtualidad a todos los efectos, la acción civil concurrente ya que sería absurdo que se estimase prescrita la responsabilidad civil dimanante de un delito mientras no se hubiera pronunciado sentencia sobre la existencia del mismo o inexistencia del mismo. Tercera. Porque es rigurosamente inaplicable el plazo prescriptivo previsto en el art. 1.968 del C. c. que refiere a culpa o negligencia civil y extracontractual, no a la culpa penal, enteramente distinta y conectada inseparablemente en sus secuencias civiles a que exista o no el delito en este caso de imprudencia, del que se deriva la responsabilidad civil subsiguiente a la comisión del hecho delictivo y culposo. Cuarta. Porque el art. 117 del C. p., nada arguye en contra del entendimiento que se viene manteniendo, pues refiere tan sólo a la extinción de la responsabilidad civil nacida de delito lo que presupone que esta declaración, salvo supuestos excepcionales de reserva, nace al afirmarse ejecutoriamente la existencia del delito que la provoca, y sólo a partir de entonces podría entrar en juego las formas civiles de extinción de las obligaciones civiles declaradas en el fallo penal. (Sentencia 28 septiembre 1971.)

4. EL PROCESO PENAL «STRICTU SENSU»: A. *Desarrollo del proceso: Imperatinencia de pruebas*: No cabe apreciar la pertinencia, cuando las pruebas solicitada sean reiteración de otras ya efectuadas, de la propia condición y plenas de garantías, por su precedencia, porque representarían una duplicidad innecesaria, con pérdida de tiempo y esfuerzos, que en nada servirían para forjar por su inutilidad la mejor creencia de los jueces. (Sentencia 14 octubre 197.)

B) *Terminación del proceso*: a) *Requisitos del art. 142*: El art. 142 de la ley procesal y las normas legales que completaron de forma auténtica su verdadero alcance y contenido y la extensión de sus mandatos, obliga a los Tribunales de Justicia Penal como inherente servidumbre a su potestad, luego de analizar acuciosamente todos los problemas de hecho y derecho planteados en la causa, por complejos y arduos que fueren, y aunque exijan y requieran un detenidísimo examen de las actuaciones en cuestiones tan complicadas como en este caso las contables, y en una contradicción de intereses tan notoria y absoluta como la que ahora se advierte, y así, jurisprudencialmente, se ha dicho: a) que el cumplimiento de los requisitos preordenados por el art. 142 no representa y significa unas simples normas formalistas, sino que deben constituir un razonado todo jurídico que no olvide ni omita ninguna de las cuestiones planteadas conteniendo todos los «elementos precisos» para que si llegara al conocimiento del Tribunal de Casación pueda entrar en el examen de la certeza o error con que fueron resueltas. b) Los Tribunales deben relatar en sus fallos los hechos origen de las acusaciones formuladas, sin que puedan limitarse escueta y lacónicamente a negar su probanza, sin que cumplan el deber impuesto en este artículo si dejan de consignar elementos de hecho sustanciales, con las debidas precisiones. c) La consignación de hechos carentes de la precisión lógica requerida supone el incumplimiento del mandato contenido en este art. 142, pues no basta limitarse a referir las imputaciones acusatorias negando, sin más detalle y precisión, que tales imputaciones hayan sido acreditadas. (Sentencia 3 diciembre 1971.)

b) *Decisión de todas las pretensiones*: Para que la sentencia penal alcance su perfección técnica y cualitativa, dando satisfacción a los principios de acusación y su complementario de defensa, que dominan el proceso criminal, ha de decidir con juicio lógico todas las pretensiones y peticiones, más o menos contrapuestas entre sí, que produzcan las partes aceptándolas o rechazándolas, luego de examinarlas, pues de ignorarlas, dejándolas sin resolución, daría lugar al quebrantamiento de forma que establece el núm. 3.º del art. 851 de la LECrim, por no resolver todos los puntos que hayan sido objeto de acusación y defensa, y que el mandato de esta norma exige decidir, positiva o negativamente; mas para poderse entender ejercitada la formulación de tales pretensiones o peticiones, resulta imprescindible, que se hayan introducido formalmente en el proceso penal, en debida manera y en el instante oportuno, es decir, expresamente, y constando recogidos en el escrito de calificación definitiva, que determina el art. 650 y concordantes de la propia Ley ritualaria, porque de no suceder así, no puede conocerse con certeza por esta Sala, las cuestiones que las partes produjeron ante el Tribunal de instancia, al faltar constancia formal y exacta de las mismas, resultando en tal caso imposible, atender a las peticiones que se hagan en el recurso de casación. (Sentencia 25 octubre 1971.)

a) *Planteamiento de la tesis*: La coordinación de los arts. 851, núm. 4.º y 733 de la ordenanza procesal penal debe llevar a exigir el uso de la tesis cuando se pretenda pena por delito simplemente distinto para evitar la indefensión de la parte por el que se ve condenado al no haber tenido ocasión de dirigir el debate judicial sobre aquella diferente infracción, entonces es preciso decir que una tal hermenéutica puede prosperar si se trata de delitos diametralmente opuestos por su naturaleza jurídica, bien jurídico vulnerado, sujetos intervinientes y mo-

·dualidades típicas de ejecución que los separen profundamente, pero cuando como en el caso se trata de dos delitos —el de manifestación no pacífica y el de propaganda ilegal— incluidos en el mismo título II del Libro II del C. p., por atentar ambos contra la seguridad interior del Estado son «modus operandi» en principio análogo, entonces no hay duda de que las dos infracciones tienen tantos puntos de contacto que con frecuencia se ha planteado a esta Sala el problema de su diferenciación —Sentencias de 15 enero 1965, 17 enero 1967 y 23 junio 1971—, con todo lo cual lejos de vulnerarse el principio acusatorio por cuya pureza se vela en el art. 733 de la Ley procesal, el Tribunal de instancia se adecuó perfectamente al mismo al aplicar su calificación jurídica sobre los mismos hechos sometidos a debate y al imponer en definitiva una pena inferior a la solicitada por la acusación pública. (Sentencia 30 noviembre 1971.)

d) *Notificación de las sentencias*: De acuerdo con lo que establece el artículo 174, el legislador pretende que tan importante acto procesal como es la notificación de la resolución culminatoria del proceso llegue en la medida de lo posible a conocimiento personal de las partes intervinientes, puesto que de su aquietamiento o no con la sentencia depende que ella adquiera firmeza y pueda ejecutarse, garantía procesal tan importante que ha sido llevada al art. 80 del propio Código penal y que en la LECrim se reitera, por si cupiera alguna duda, cuando en los arts. 211 y 212 se vuelve a establecer el fundamental principio de que el término para interponer los respectivos recursos, entre ellos el de casación, no vencerá en tanto no se hubiere practicado la última notificación a los que hubieran sido parte en el juicio. (Sentencia 30 noviembre 1971.)

e) *Pronunciamiento sobre costas*: Según la práctica de la doctrina de esta Sala es ya punto declarado con reiteración, que cuando las actuaciones se siguen por varias infracciones se señala el pago de costas correspondientes a los delitos sobre los cuales existe condena, y de acuerdo con el precepto procesal antes citado, se declaran de oficio la parte de las costas que correspondan al delito de absolución, y siguiendo esta práctica y doctrina, ya con mucha duración y por tanto reiterada, esto se ha desconocido en este caso, y al haber dos condenas por dos delitos y una por una falta, en vez de seguir lo habitual de condenar a la parte correspondiente por el delito objeto de punición y condenar al pago de las costas correspondientes a un juicio de faltas, sin decir nada en este particular, se condena a dos terceras partes de costas, con lo que resulta de hecho que en realidad se condena en pago de costas por un delito del cual es absuelto el inculpado (el de amenazas) y se silencia lo que corresponda a la falta de lesiones, y como ello puede causar un perjuicio al recurrente en el aspecto económico, procede dar lugar al recurso en el sentido a que se refiere el presente razonamiento. (Sentencia 3 noviembre 1971.)

5. IMPUGNACIÓN DEL PROCESO: A) *Recurso de casación*: a) *Relevancia de los temas de preparación del recurso*: El primer motivo del recurso interpuesto por quebrantamiento de forma se ampara en el núm. 1.º del art. 850 de la LECrim por entender el recurrente que al no comparecer al acto del juicio oral uno de los testigos propuestos por la Defensa y admitido por el Tribunal, y al no accederse a la suspensión de dicho juicio, asimismo solicitada por la Defensa, se ocasionó la indefensión del procesado por tratarse de testimonio excepcional

importancia y decisivo para formar juicio, alegato que está en total incongruencia con la preparación del recurso en este punto, que para nada se refería a dicho extremo, sino a la inadmisión por el Tribunal, en trámite de calificación, de determinada prueba documental, negativa fundada en que la práctica de tal prueba vulneraba lo dispuesto en los arts. 46 y siguientes del C. de c., por lo que es visto, que, al cambiar la parte la base procesal de este motivo del recurso, atenta a lo dispuesto en el párr. 3.º del art. 855 de la citada Ley, cuyo fundamento no es otro que salvaguardar la certeza y seguridad no menos que la lealtad procesales que no toleran se introduzcan cuestiones nuevas que no han sido planteadas oportunamente, por lo que si el trámite de interposición del recurso como consecuencia que es del de preparación, debe seguir la pauta del mismo, tal lógica procesal se subvierte si caprichosamente se alteran los términos de las cuestiones propuestas al debate judicial, tal vez porque la parte que así procede advierte los fundamentos deleznable de lo que adujo en trámite anterior, pero no en todo caso con evidente menosprecio para las demás partes intervinientes en el proceso y para el propio órgano jurisdiccional que no puede tolerar desviacionismo procesal en aras de evidentes principios de economía, orden y claridad del debate propuesto, todo lo cual da pie a la causa de inadmisión, que ahora se torna en causa de desestimación, prevista en el núm. 4.º del art. 884 de la citada Ley. (Sentencia 7 octubre 1971.)

b) *Casación por infracción de Ley*: a') *Al amparo del núm. 1.º del artículo 849*: a'') *Norma de utilización calificadora*: El contenido estructural y esencia del recurso de casación por infracción de ley, que regula el núm. 1.º del art. 849 de la LECrim, es el proteger, contra la violación, o el desconocimiento de normas sustantivas penales, o de otros preceptos jurídicos del mismo carácter, que deban ser observados en aplicación de la ley penal, y ello, en el sentido dúplice de poderse examinar y censurar por esta Sala, si una norma se ha aplicado equivocadamente, por resultar imprecendente, en correcta calificación jurídica, o, si se ha dejado de aplicar, un precepto, que por su pertinencia e idoneidad jurídica, debió en cambio utilizarse, atendiendo a la narración realizada en los hechos probados según la convicción psicológica de la Audiencia; por lo que no será posible denunciar en el recurso, como indebidamente aplicada por el Tribunal inferior, una norma que no fue objeto de utilización calificadora por ella, expresa o tácitamente, y en cambio hacerlo de la que no se aplicó, porque al obrar así, el recurso queda vacío de contenido al faltarle una adecuación con lo acaecido y la debida correlación entre lo resuelto y la censura que propone. (Sentencia 11 octubre 1971.)

b'') *Remisión integrativa a norma extrapenal*: El recurso de casación por infracción de Ley del núm. 1 del art. 849 de la LECrim, sólo se otorga, cuando se hubiere aplicado o dejado de aplicar indebidamente un precepto penal de carácter sustantivo, u otra norma jurídica del mismo carácter «que deba observarse en la aplicación de la Ley penal», por lo que en este último supuesto, ha de haber una remisión integrativa del tipo, a la norma extrapenal, o al menos ser ésta indeclinablemente complementaria de aquél, de tal manera, que su eficacia se impusiera a la vez que la del precepto punitivo a pesar de ser civil, mercantil, administrativo, canónica, procesal o de otro carácter. No merecen la estimación de norma sustantiva penal, pero observable en aplicación de la ley punitiva, los arts. 534 y

535 del C. de c., relativos a la definición del cheque y sus requisitos, ni tampoco los 1.250 y 1.251 del C. c. relativos a la prueba de presunciones, porque ni su contenido le concede condición de sustantividad penal observable, ni se relacionan en absoluto con normas de esta última condición. (Auto 20 octubre 1971.)

b') *Al amparo del núm. 2.º del art. 849: a'')* *Alcance del error:* De acuerdo con lo previsto en el núm. 2.º del art. 849 de la LECrim, a efectos del recurso de casación se entiende que ha sido infringida la Ley cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de hecho si éste resulta de documentos auténticos, que muestran la equivocación evidente del juzgador y no estuvieren desvirtuados por otras pruebas, pero debe entenderse que no todo error de hecho obliga a la estimación del recurso y por ende a la casación de la sentencia, por nimia e intrascendente que sea la equivocación padecida por el juzgador de instancia, sino que tan sólo la impugnación puede ser acogida cuando por el alcance del error su subsanación mediante este cauce procesal pueda traer aparejada, como indeclinable y postulada consecuencia, alguna alteración en la fundamentación y en los pronunciamientos de la judicial resolución, ya que de otro modo es palmaria la esterilidad de tal proceder y del recurso mismo. (Sentencia 27 septiembre 1971.)

b'') *Documento auténtico: Requisitos:* Para que el documento auténtico ponga de relieve la equivocación evidente del Juzgador, en la apreciación de las pruebas, dando lugar a la casación que autoriza el núm. 2.º del art. 849 de la LECrim., es preciso, además de su procedencia formal, de persona legitimada, para constatar fehacientemente la realidad de las cosas, que su contenido intrínseco o esencial no pueda discutirse o ponerse lógicamente en duda, de contener una verdad absoluta, por la adecuación entre lo reflejado y lo sucedido en la vida práctica, a cuyo fin, negativamente, no ha de producirse contradicción por otras pruebas, que hagan, por su fuerza, desaparecer dicha prevalencia, o la pongan en entredicho racionalmente, pues entonces, la veracidad indispensable y apodíctica, deja de existir. (Sentencia 8 noviembre 1971.)

El rigor extremo que posee jurídicamente el término documento auténtico, que emplea el núm. 2. del art. 849 de la LECrim, pues exige que sea una prueba preconstituida pública o privada, y que por su contenido, contenga una realidad indiscutible, hace que se haya de exigir, para que se manifieste, que extrínseca y formalmente proceda de funcionario o persona legitimada para dar fe con sus actos, guardando las exigencias necesarias para su regular creación, y además, que revele o proclame por su fondo intrínseco, una verdad plena, innegable, incontrovertible, por hacer, hacia todos, un acacimiento perenne, para la posteridad, con acomodación absoluta, entre su literalidad expresa y lo sucedido en la vida real, por su certeza, y directo contenido, que elimine apreciaciones subjetivas, hipótesis, deducciones o razonamientos falibles; documento auténtico, que ha de estar en contradicción con los hechos probados, y sin desvirtuación por otras pruebas, y además poner de relieve la equivocación notoria e indudable del Juzgador. (Sentencia 15 noviembre 1971.)

Para que la soberana convicción psicológica, obtenida por la Audiencia, y reflejada en los hechos probados de su sentencia penal, como indispensable premisa menor, puede cambiarse total o parcialmente o realizar agregaciones, a medio del recurso de casación que autoriza el núm. 2.º del art. 849 de la LECrim, son condiciones indispensables, que hayan sido indebidamente preteridos, documentos:

auténticos, que tengan carácter de tales, por su legítima procedencia extrínseca, y que por su naturaleza intrínseca, hagan fe por sí mismos de una verdad incontrovertible, sin que estén desvirtuados por las demás pruebas, y además, que su contenido contrarie radical y directamente la narración fáctica, de manera trascendente, y no accidental e inocuamente, con repercusiones beneficiosas, en la calificación jurídica, para la parte que alega el error notorio padecido por el Tribunal de Instancia.

El efecto de la modificación calificadoradora por variación del hecho probado, no se conseguirá, por deducción de lo expuesto, cuando el documento no sea auténtico, por carecer de literosuficiencia formal o esencial, cuando no diga directamente, sin recurrir a hipótesis, deducciones o interpretaciones, lo que la parte pretende, y por fin, cuando su contenido no se oponga al hecho probado esencialmente, ni varíe la valoración jurídica realizada de las conductas juzgadas, como sucederá cuando se pretenda innecesariamente reiterar con su apoyo, datos que ya constan en la narración fáctica expresamente, y se quieren extraer de ellos consecuencias favorables, porque en este supuesto, lo que se efectúa, es una confusión de vías a emplear, ya que la que para este fin debe como exclusiva utilizarse es la del número 1.º del citado art. 849 de la Ordenanza procesal, que sin modificar los hechos, permite su valoración jurídica adecuada a través de la censura casacional, pero siempre con apoyo en normas penales aplicables indebidamente o dejadas sin razón de utilizar. (Sentencia 2 diciembre 1971.)

Carecen de la estimación de documento auténtico, a los efectos del núm. 2.º del art. 849 de la Ordenanza procesal, las declaraciones testificales, aunque procedan de la parte perjudicada, y se reflejen en el acta del juicio oral, porque éste declara formalmente su producción, pero no su certeza, que únicamente corresponde apreciar al Tribunal de Instancia, como tantas veces ha establecido esta Sala, más aún, cuando su valoración es siempre posible y su eficacia de credibilidad relativa. (Auto 27 octubre 1971.)

c) *Casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio:* a') *Al amparo del núm. 1.º del art. 850: Denegación de diligencias probatorias:* El testigo incomparecido en el juicio oral, es vecino de Las Palmas de Gran Canaria y el juicio se celebraba en Gerona, habiendo acreditado la causa de su incomparecencia por medio de certificado médico, pero es que, además, la Sala se consideró suficientemente instruida con la declaración que prestó en otro sumario, que obra por testimonio en esta causa, en la que afirma que no conoce al procesado, por lo que su falta de presencia en nada contribuía a la indefensión del impugnante. (Sentencia 30 septiembre 1971.)

b') *Al amparo del núm. 1.º del art. 851: a'') Falta de claridad de los hechos probados:* Se alega que la sentencia no expresa clara y terminantemente los hechos que se consideran probados, concretamente, por no determinarse cuáles son las alhajas que han sido apropiadas, las fechas de las anteriores sentencias dictadas contra el procesado, ni las penas impuestas en las mismas, motivo que no puede estimarse porque con toda evidencia es suficiente que se declare probado que se trata de alhajas, y la estimación económica íntegra de las mismas, apropiadas en su totalidad, sin necesidad de detallar cuántos objetos eran, de qué clase, y su aislada valoración, ya que esto último a nada positivo puede conducir; y en cuanto a los datos relativos a precedentes sentencias, debieron ciertamente consignarse,

pero su omisión tampoco es trascendente, cual se razonará al tratar de los motivos de fondo. (Sentencia 29 septiembre 1971.)

La claridad que toda resolución penal ha de manifestar en el hecho probado, como «a sensu contrario» exige el rúm. 1.º del art. 851 de la Ordenanza procesal, y que consiste, en que su contenido sea gramatical y léxico gráficamente inteligible y lógico, sin suscitar dudas o forzar a interpretaciones innecesarias, por la oscuridad de sus expresiones o la inconexidad de sus frases u oraciones, no puede confundirse con la ausencia de datos u omisiones en el relato fáctico, que interese reflejar a una parte, y que el Tribunal no hizo constar por no estimarlas probadas, porque estas lagunas tienen otra vía de ataque que no es la indicada, ajena a su amparo, ni tampoco suponen falta de claridad las precisiones implícitas del hecho probado y distintas a las deseadas que jamás afectan a la claridad, siendo únicamente materia de interpretación más o menos deductiva para la calificación adecuada del hecho delictivo. (Sentencia 14 octubre 1971.)

La claridad de la sentencia penal, exigida en el art. 851, núm. 1.º de la LECrim, porque su carencia produce, por ausencia de un requisito esencial, quebrantamiento de forma, supone tanto como redacción lógica e inteligible y ausencia de oscuridad léxica, que permite conocer el alcance real del hecho probado; y si la sentencia manifiesta un contenido inteligible, no cabe tratarse por esta vía de introducir en el relato nuevas precisiones que las partes juzgan omisiones del mismo, ni por tanto, volver a examinar las pruebas practicadas en instancia e interpretar su alcance, de manera contraria a como se hizo, para corregir la libertad soberana de que goza el Tribunal de instancia, para forjar su convicción psicológica, de acuerdo con el art. 741 y determinar la manera cómo, según su conciencia, ocurrieron los hechos juzgados que no se puede discutir por esta vía, al no ser la casación un recurso de apelación. (Auto 27 de octubre 1971.)

b") *Contradicción entre los hechos probados*: Para que se produzca contradicción entre dos pasajes de los hechos probados, constitutiva de quebrantamiento de forma que ampara el núm. 1.º del art. 851 de la LECrim., es preciso que se excluyan entre sí, lógica y semánticamente, por su incompatibilidad, al oponerse de manera irreconciliable, repeliéndose recíprocamente, por no poder al mismo tiempo ser ciertos y falsos derivándose un antitetismo insalvable para la buena comprensión, en contradicción de carácter interno, sobre extremos esenciales de la decisión, que influyan en el delito y en la responsabilidad, y que dan lugar a una laguna legal sobre la fijación normal de un dato de hecho, pues las frases o conceptos enfrentados, se destruyen, al ponerse en relación, resultando imposible su coordinación y siendo reconocible, mediante el empleo de las reglas elementales del criterio humano. (Sentencia 27 octubre 1971.)

La contradicción entre dos pasajes de los hechos probados, que impidan por su oposición, incompatibilidad o antitetismo, toda coherencia o armónica composición, por oponerse radicalmente el uno al otro, y que ampara el núm. 1.º del artículo 851 de la Ordenanza procesal, no se produce, si las palabras, frases u oraciones, significan gramaticalmente cosas distintas, referidas a distintos momentos de la conducta dinámica y no al mismo instante, y si la calificación de conjunto otorgada a lo sucedido, se corresponde con su desarrollo, no pudiéndose nunca admitir en esta vía, sustituir el criterio objetivo e imparcial del Juzgador, por el subjetivo e interesado de la parte, fraccionando actuaciones o interpretando arbi-

trariamente los conceptos semánticos, ni tampoco denunciar omisiones en los hechos probados, que tienen su acomodo en otras vías diferentes de recurso. (Sentencia 8 noviembre 1971.)

Cuando la controversia mantenida por las partes, ante el Tribunal de Instancia, suponga ejercicio de pretensiones tan radicalmente contradictorias, que la aceptación de las de la acusación, con la calificación penal, y correlativa condena, suponga la excluyente desestimación de la pretensión de defensa, de que el hecho no constituía infracción criminal, mantenida en sus respectivas conclusiones definitivas, es evidente, que no se incurre en el defecto procesal, establecido en el artículo 851, núm. 3.º de la LECrim., de no resolver en la sentencia penal, sobre todos los puntos —de hecho o de derecho—, que hayan sido objeto de acusación y defensa, porque si se acepta una de las pretensiones acusatorias, se entiende lógicamente excluida su contraria de tendencia absolutoria, porque una conducta no puede a la vez ser encajada en un tipo penal, y dejar de incardinarla en el mismo, sin incurrir en contradicción irremediable y de imposible aceptación, por lo que dicha resolución, al argumentar la condena, está desestimando la absolución por lógica excluyente, y además por decisión implícita. (Sentencia 1 diciembre 1971.)

c") *Predeterminación del fallo*: Se designan como vocablos predeterminantes del fallo los siguientes «se presentó en las oficinas», «se hizo pasar por jefe de compras» «sin existencia real» «se sirvieron dos pedidos, uno de los cuales fue devuelto y el otro lo vendió el procesado» «el dinero obtenido con estos hechos lo invirtió el procesado en sus gastos particulares», frases, que además de no haber sido empleadas por el legislador para definir el delito de estafa, por el que ha sido condenado el recurrente, son de uso corriente en el lenguaje vulgar, utilizadas para perfilar con claridad los hechos y poder llegar a su acertada calificación jurídica, no empleándose por otra parte palabras técnico-jurídicas, para cuyo entendimiento se necesitan conocimientos especiales de derecho. (Sentencia 28 septiembre 1971.)

Los Tribunales tienen que acudir, a veces, a expresiones descriptivas análogas con las del tipo penal, para no verse imposibilitados de hacer una clara y precisa relación del suceso, cuidando de no copiar el tipo penal; y sobre todo y ante todo, que lo que la Ley procesal no quiere es que se omita la relación circunstanciada de los hechos al incluir en el relato el concepto jurídico, que es la frase o vocablo que ha entrado dentro de la técnica penal, por haberla utilizado con exclusividad el legislador para dar nombre, individualizar y especificar el delito que sanciona. (Sentencia 16 octubre 1971.)

De manera cierta aunque indirecta, el art. 851 núm. 1.º de la LECrim, prohíbe emplear en los hechos probados de las sentencias penales, conceptos jurídicos que predeterminan el fallo, porque eliminan su indispensable mecanismo lógico argumental, con anacrónica anticipación de la condena y absolución, a medio de la utilización de palabras, vocablos o frases, que posean estricta condición técnico-jurídica penal, con los que el legislador dio nombre o definió, la esencia o núcleo de la infracción criminal típica, en forma sintética, resultando su significación léxica, sólo aprehensible a los juristas y no a las personas de cultura común, porque no son propias del lenguaje ordinario, que es el que se debe emplear para narrar las conductas juzgadas; por lo que en definitiva, sólo supondrá tal vicio

de forma, la repetición de las palabras que sean elemento valorativo de la norma «en lo jurídico, y no lo implicarán, las que reproduzcan elementos puramente descriptivos, ajenos a la significación jurídica, pues el legislador emplea en los tipos usuales, vocablos al alcance del profano, que aun repetidos por el juzgador, no son conceptos valorativos o normativos en estricto sentido, pues no suponen la definición del delito, ni por tanto, el quebrantamiento de forma. Aun empleados esos conceptos jurídicos valorativos del tipo penal, si en hipótesis e innominativamente, se hacen desaparecer del relato fáctico, sin que se resienta la descripción, gramatical y lógicamente, y lo que es más importante, sin producir con dicha desaparición «in mente», abstención léxica o laguna fáctica, y subsigue la misma calificación de derecho, que la efectuada por la resolución recurrida, es evidente, que el grave efecto del quebrantamiento de forma no puede aceptarse, por estéril o inútil, porque las consecuencias jurídicas serían las mismas si se rectificare, para hacer desaparecer las expresiones incorrectas, que si no se produjera dicha rectificación, con las ventajas de atender y dar satisfacción a los principios referentes de la economía procesal y de la rapidez en la administración de justicia, con todas las garantías de acierto y de defensa, por lo que en tal especial supuesto, la casación puede y debe obviar el quebrantamiento de forma, con su grave efecto de anular la sentencia, sin detrimento para ninguna parte, ni para intereses protegidos, calificando los hechos sobre los elementos básicos que persisten o subsigan en el relato corregido, de las conductas juzgadas, si se llega a la misma decisión, que la adoptada en su sentencia recurrida. (Sentencia 29 noviembre 1971.)

En la descripción de todo tipo penal, existen los denominados elementos valorativos jurídicos, en conjunción con los meramente descriptivos complementarios, que por su unión componen la infracción criminal definida, y así como la reproducción de los primeros por el Juzgador, dentro de los hechos declarados probados, sin otras adiciones complementarias que permitan su eliminación, supone el prohibido empleo de conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, que repudia, como vicio procesal, el núm. 1.º del art. 851 de la Ley de ritos, la copia de los segundos, puede efectuarse, por no contener la esencia o núcleo del delito, sin cometer tal vicio; pero dado este contenido exclusivo de la infracción criminal, lo que no puede admitirse como causante de la infracción indicada, es la denuncia del empleo de otras palabras, jurídicas o no, en el relato fáctico, porque éste necesariamente ha de efectuarlo el Juzgador, por imponérselo el art. 142, núm. 2.º de la misma ordenanza procesal, a medio del uso de expresiones o conceptos del idioma español, sin que el uso de las que sean jurídicas, sin pertenecer al tipo penal aplicado en la calificación, pueda producir la nulidad de la resolución, porque no se encuentra prohibido en aquella norma, según la interpreta esta Sala, sino sólo a voces jurídicas del delito aplicado y porque lo lógico es, que los técnicos en derecho que resultan ser los componentes del Tribunal de instancia, utilicen las palabras del acervo ordinario jurídico, máxime, si son de común comprensión por la generalidad de las personas, y éstos las emplean corrientemente en sus medios de comunicación verbal o escrita. (Sentencia 1 diciembre 1971.)

El vicio procesal de predeterminación del fallo que acarrea la nulidad de la sentencia conforme al inciso tercero del núm. 1.º del art. 851 de la LECrim., exige de consuno, según dicción literal e interpretación jurisprudencial de esta

Sala, los siguientes requisitos: a) Que se consignen como hechos en el relato probatorio, conceptos jurídicos, es decir que se incrusten en la narrativa fáctica de índole meramente descriptiva y cognoscitiva, juicios de valor acuñados en frases, palabras o locuciones que, bien han sido empleadas por el legislador con tal carácter axiológico en el tipo —los llamados elementos normativos o subjetivos— rebasando el carácter descriptivo de la función tipificadora, o bien que hacen referencia al juicio de culpabilidad —ausente, como es lo normal, del tipo— manifestado a través de expresiones reveladoras de los distintos «animi» que impulsaron al sujeto activo del delito, como el «animus necandi» en el homicidio; y b) que, a su vez, tales conceptos jurídicos predeterminan el fallo, lo cual quiere decir que, positivamente, lleven en sí mismos la calificación jurídica del delito juzgado, y, negativamente, que su supresión deje sin base fáctica el juicio de valor que encarnan. (Sentencia 9 diciembre 1971.)

c') *Al amparo del núm. 3.º del art. 851: Resolución de todos los puntos objeto de debate:* La norma del núm. 3.º del art. 851, debe circunscribirse a las cuestiones de derecho, y no a puntos de hecho cual lo es el que destaca el recurrente al expresar que en piso ocupado por el procesado quedaron algunas alhajas, extremo que la Sala de instancia no lo acepta, al omitirlo en la relación fáctica, lo que en manera alguna es equivalente a la no resolución de puntos objeto de la acusación y defensa. (Sentencia 29 septiembre 1971.)

Al acoger el Tribunal de instancia otras circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y de modo especial la atenuante 5.ª del art. 9.º del C. p. como muy cualificada, alegada por el M.º Fiscal, dejó resuelta, de modo negativo, la eximente de legítima defensa, núm. 4.º del art. 8.º, alegada «in voce» en el acto del juicio oral por las defensas, pues al no acogerla, ha de estimarse que la dejó rechazada, aunque lo más correcto es, y así es recomendable y conveniente, que los Tribunales expongan sus argumentos para rechazar circunstancias de tanta trascendencia como la alegada. (Sentencia 5 octubre 1971.)

El motivo tercero del art. 851 de la ordenanza procesal establecido por la ausencia de resolución en la sentencia penal de todos los puntos que hayan sido objeto de acusación y defensa, aunque se extienda no sólo a las cuestiones jurídicas, sino también a las de hecho, no autoriza a tratar por su cauce, de la modificación del criterio de la Audiencia, con el nuevo examen de las pruebas articuladas ante ella, para llegar a contraria conclusión que la que aquél forjó soberanamente, porque la manera de interpretar las pruebas practicadas no es posible someterla a censura en casación, a salvo la excepcional regulación del núm. 2.º del art. 849 de tan citada Ley procesal, ni tampoco se puede lograr, por su intermediación, volver a valorar su contenido. (Auto 27 octubre 1971.)

El necesario desenvolvimiento de los principios de la acusación y contradicción o defensa en el proceso penal, obliga a la resolución en la sentencia de todas las pretensiones que hayan sido objeto de la imputación y defensa, y que formalmente se introduzcan en el debate, a medio de las calificaciones definitivas, según se deriva de lo dispuesto en el art. 851 núm. 3.º de la LECrim.; pero esta exigencia positiva que exige la buena lógica jurídica, y que vela por la congruencia explicativa entre pretensiones y sentencia, se cumple en los supuestos denominado: doctrinalmente de resolución genérica, cuando solicitada por las partes la aplicación de alguna circunstancia eximente, atenuante o agravante de la responsabilidad cri-

minal, la Sala emplea, por estimar no tienen acogida los hechos, la frase ritual de «sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal», pues encierra la desestimación de todas ellas, aunque no se haga especial declaración de cada una de las invocadas, ya que quedan repudiadas por la declaración genérica de no concurrir, como dijo esta Sala, en sus resoluciones de 23 enero y 6 abril 1957 y 13 marzo y 16 junio 1958, puesto que incluso el ap. 4 del art. 142 de dicha ordenanza procesal, sólo obliga a consignar en los considerandos, los fundamentos doctrinales y legales de la calificación, de las circunstancias modificativas, en caso de haber ocurrido lo que «contrario sensu» significa que la obligación cede, en el supuesto de su inexistencia, aunque sea facultativo, y hasta conveniente, que el Tribunal razone su repulsa. (Sentencia 27 octubre 1971.)

Esta Sala viene adoptando criterios de cierta amplitud en el sentido de entender suficiente —a estos fines de repudio de la casación— que el Tribunal «a quo», reflejando en la sentencia la invocación de la circunstancia modificativa de que se trate, se pronuncie, con carácter general y sin concreta alusión a la invocada, por la no concurrencia de ninguna, o por la estimación de cualesquiera otras, silenciando la inaplicabilidad de otra también esgrimida, mas es de ver que en el supuesto presente la Audiencia Provincial al reflejar en su sentencia las conclusiones definitivas de la defensa del procesado calla por entero la invocación que la misma hizo en su escrito de calificación provisional, íntegramente elevado a definitiva, de la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica prevista en el núm. 10 del art. 9.º del C. p., solicitando la imposición de pena de acuerdo con esta tesis, y omite igualmente todo razonamiento acerca del extremo propuesto, olvidos que en principio pudieran provocar la estimación de este recurso de casación formal, bien que parezca más adecuada la solución opuesta, en razón a que la defensa al proponer al Tribunal la referida circunstancia atenuatoria omitió consignar con cuál otra debía reputarse de análoga significación, inexcusable ello para que el Juzgador pueda establecer el parangón y pronunciarse. (Sentencia 10 diciembre 1971.)

c') *Al amparo del núm. 4.º del art. 851: Punición por un delito más grave:*

El núm. 4.º del art. 851, se refiere a que se pene en la sentencia un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el Tribunal no hubiere procedido previamente como determina el art. 733; y ha de ser desestimado, toda vez que de lo que se trata es de que el Tribunal de instancia haciendo uso del arbitrio que le concede el art. 9 de la Ley de Vagos y Maleantes, declara la peligrosidad social del procesado y le aplica las consiguientes medidas de seguridad: es decir, que no se castiga por un delito más grave, sino que haciendo uso de una facultad legal, se declara el estado de peligro para la sociedad, del procesado, que no es un hecho delictivo, sino una situación del individuo del que la sociedad ha de defenderse. (Sentencia 30 septiembre 1971.)

III. PARTO ESPECIAL

Procedimiento de urgencia: Costas por influencia cualitativa: Cuando el artículo 802, párr. 2.º de la referida ordenanza procesal, precisa que la sentencia dictada en proceso de urgencia, resolverá sobre el pago por el condenado, de las costas causadas por el querellante particular, en esta última expresión evidente-

mente comprende, tanto al querellante «strictu sensu», como al acusador particular que intervino en el proceso sin querellarse, luego de empezado éste, de acuerdo con la posibilidad decretada en dicho art. 783, párr. 2.º, y con los propios derechos e intervención en el proceso, pues su actuación es idéntica, en orden al ejercicio de las pretensiones de condena, y lo que realmente interesa, es la influencia cualitativa que su actividad tuvo, en orden al resultado del proceso, o su influencia en él, al que con una u otra condición de querellante, o sin serlo, que no supone más que el ejercicio o no de una mera formalidad, ambos contribuyeron manifestando su voluntad de proceder ejercitando la acusación y desarrollándola efectivamente, por lo general en conjunción con el Fiscal, de manera más o menos trascendente el Tribunal soberanamente, y con su criterio irrecurrible, ha de apreciar, pues de llegar a la conclusión de sólo creer que el derecho a costas se puede ostentar por el querellante y no por el acusador, se llegaría a una conclusión injusta, por sin razón preterir al último, de conseguir sus costas a cargo del delincuente castigado. (Sentencia 4 noviembre 1971.)

IV. EJECUCION

Condena condicional de delito semipúblico: La aplicación de los beneficios de la condena condicional a los penados deben imperiosamente acordarla los Tribunales, al no quedar su discernimiento a criterio discrecional de tales órganos, puesto que lo es por ministerio de Ley, en textual expresión del párrafo inicial del art. 94 del C. p., aparte otro supuesto que aquí no interesa, en los delitos que se persiguen a instancia del agraviado, si mediase solicitud expresa de la parte ofendida, en la interpretación de cuya norma es del mayor interés la doctrina sentada por esta Sala en 22 enero 1970 (R. 41), expresiva de que ha de entenderse que instar la persecución de determinado delito no es otra cosa que el ejercicio de la acción penal por medio de la correspondiente querrela, con plena diferenciación de la denuncia, cual se infiere de los arts. 259, 270, 275, y 278, entre otros, de la LECrim., en los que se advierten locuciones cuales «querrela a instancia de parte», «instar el procedimiento» y otras similares, siendo necesario circunscribir el ámbito del precepto que se examina a los delitos que sólo pueden ser perseguidos por querrela del agraviado, no a los que no precisen tal requisito, aunque no puedan reputarse públicos, sino semipúblicos, cuando esté limitada la facultad de denunciarlos a ciertas personas o entidades, velando por el patrimonio moral de los menores, que el Estado no deja sin protección ante el posible abandono de sus guardadoes o representantes, a lo que responde igualmente la exigencia contenida en el art. 443 del Código sustantivo en el sentido de precisarse que el perdón otorgado por esos representantes sea aprobado por el Tribunal, oído el M.º Fiscal, precepto que sería burlado, si, después de denegada esa aprobación, se dejara el cumplimiento de la pena en manos de unas personas el criterio de las cuales fue ya rechazado por el Tribunal, siendo muy elocuente que esa misma norma aluda no sólo a que debe continuar el procedimiento en caso de rechazarse el perdón, sino también a que continúe la ejecución de la pena. (Sentencia 13 diciembre 1971.)

BELLAMY, J. G.: *The Law of Treason in England in the Later Middle Ages (El delito de traición en Inglaterra en la Baja Edad Media)*, Cambridge Studies in English Legal History, Cambridge University Press, 1970, 266 págs.

La temática del delito de alta traición no ha constituido, por así decirlo, un objeto de investigación específicamente monográfico en el seno de la literatura histórico-jurídica inglesa. De ahí que el estudio realizado por BELLAMY encierre un valor considerable, por ser una de las aportaciones más completas que, desde el punto de vista histórico, se hayan hecho sobre los orígenes, características, significado y alcance del denominado *Great Statute of Treasons* (Gran Estatuto sobre las Traiciones), promulgado en 1351 bajo el reinado de Eduardo III (25 Edw. 3, stat. 5, c.2) (1). De otro lado, la importancia de este estudio se acrecenta si se toma en consideración que gran parte de la normativa del *Treason Act*, 1351 —tal como se designa al Estatuto en las recopilaciones estatutarias— integra en la actualidad el derecho judicial y consuetudinario del “Common Law” (en virtud de reiterados fallos judiciales, a partir de *Rex v. Sindercombe*, en *State Trials*, V (1657), 842) y del derecho estatutario vigentes sobre el delito de alta traición, excepto en lo referente al delito de “petty treason”, ya derogado, y al de falsificación de moneda de curso legal y del Sello del Rey. En este sentido, al lado del *Treason Act*, 1795, del *Treason Act*, 1817, del *Treason Felony Act*, 1848 y del *Criminal Law Act*, 1967 (2), el Estatuto de 1351 sigue siendo una de las fuentes legales fundamentales a la hora de definir los contornos, a veces inaprehensibles en otras áreas jurídicas distintas a la británica, del siempre difícilmente delimitable delito de alta traición, el cual es, por lo demás, uno de los dos actos delictivos —el otro es el de piratería con violencia— para los cuales se conserva aún en Gran Bretaña la pena capital, en virtud del *Murder (Abolition of Death Penalty) Act*, 1965 y de la sección 11 (2) del *Criminal Damage Act*, 1971,

(1) El Estatuto fue confeccionado a solicitud del Parlamento inglés dirigida al Rey para que éste se pronunciara sobre qué actos delictivos constituían «traición». Cfr. *The Complete Statutes of England Classified and Annotated*, vol. IV, 1929, 273-276.

(2) Entre la cantidad ingente de Estatutos sobre el delito de traición en Gran Bretaña pueden citarse los siguientes: *Treason Act*, 1360-61 (34 Edw. 3), regulando la confiscación de los bienes y propiedades de los traidores muertos; *Treason Act*, 1495, (11 Hen. 7, c. 1) en cuya virtud servir a un rey *de facto* no es constitutivo de traición contra un rey *de jure*; *Attainder and Forfeiture for Treason*, 1541-2 (33 Hen. 8, c. 20), otorgando idéntico vigor y eficacia a los «attainders» por traición promulgados por el «Common Law» que a los promulgados por el Parlamento,

la cual ha suprimido el máximo castigo asignado para el delito de incendio en los navíos, arsenales, etc..., de Su Majestad (3).

Así pues, el libro de BELLAMY no representa solamente un estudio de la historia pasada del delito de traición, sino que, por las razones apuntadas, incide también a la hora de optar por una mejor comprensión del derecho vigente. Hecho constatado por el autor del prólogo, YALE, cuando apunta, citando al historiador PLUCKNETT, que "la historia de la traición en la Edad Media es como un signo característico de la naturaleza de este delito, ya que es uno de los pocos hechos delictivos que venían defi-

Treason Act, 1543-4 (35 Hen. 8 c. 2), regulando el proceso por alta traición de los pares (que deben ser juzgados por un «jurado de iguales») y la competencia del *King's Bench* para juzgar los delitos de esta especie cometidos fuera de Inglaterra; *Treason Act*, 1551 (5 & 6 Edw. 6, c. 11); *Treason Act*, 1553 (1 Mary Sess. 1, c. 1), derogando ciertos delitos considerados como traición, pero no previstos como tales en el Estatuto de 1351; *Treason Act*, 1554-5 (1 & 2 Phil. & Mary, c. 10), según el cual todo proceso por alta traición debe regirse por las normas del *Common Law*; *Treason Act*, 1695 (7 & 8 Will 3, c. 3), el cual recopila la normativa de 1351, reiterando reglas para el proceso por alta traición (dos testigos, presentación de acta de acusación al reo, derecho a ser defendido legalmente, etc...); *Treason Act*, 1708 (7 Anne c. 21), regulando la unión de Inglaterra con Escocia y su repercusión sobre el delito en concreto; *Treason Act*, 1746 (20 Geo. 3 c. 30), regulando los supuestos de «*impeachment*» o procesamiento por traición en el Parlamento, de corrupción de la sangre, y los casos de «*misprison*»; *Treason Act*, 1766 (6 Geo. 3, c. 53), sobre el nuevo juramento de alianza y seguridad, así como reitera las normas procesales, excluyendo del delito los casos de falsificación de sello real y de moneda; *Treason Act*, 1790 (30 Geo. 3, c. 48), sustituye la sentencia de mujeres condenadas por alta o pequeña traición (muerte por el fuego con la calidad de arrastrado) por la de «ser colgadas por el cuello hasta que mueran»; *Treason Act* 1795 (36 Geo. 3, c. 7), convertido por el Act de 1817 en estatuto de vigencia perpetua y derogado en parte por el *Treason Felony Act*, 1848, c. 12, crea nuevos delitos de traición; *Treason Act*, 1800 (39 & 40 Geo. 3 c. 93), establece que el proceso por alta traición será idéntico al seguido por el delito de asesinato; *Treason Act*, 1814 (54 Geo. 3, c. 146), modifica la pena en ciertos casos de alta traición, estableciendo la de calidad de arrastrado, horca y descuartizamiento según la voluntad del rey; *Treason Act*, 1817 (57 Geo. 3, c. 6), convierte al Estatuto de 1795 en ley perpetua, si bien es derogado parcialmente por el de 1848; *Treason Act*, 1842 (5 & 6 Vict. c. 51), creando nuevas figuras contra la persona de la soberana; *Treason Felony Act*, 1848 (11 & 12 Vict. c. 12), el cual establece una nueva normativa para la mejor seguridad de la Corona y del Gobierno del Reino Unido. Cfr. *The Complete Statutes of England Classified and Annotated*, vol. IV, 1929, págs. 297, 307, 308, 309, 313, 314, 328, 339, 353, 364, 383, 390, 431, 433, 474, 479. El proceso que en la actualidad se sigue en los supuestos por alta traición es idéntico al de los casos de asesinato. Finalmente, el *Criminal Law Act*, 1967 deroga de un modo total los estatutos de 1543, 1553, 1554, 1746, 1800, y la sección 7 del de 1708. Cfr. *Halsbury's Statutes of England*, vol. 6, 3.^a ed., London, 1969; 562.

(3) El *Murder (Abolition of Death Penalty) Act*, 1965, confirmado en su vigencia temporal de cinco años por sendas resoluciones de la Cámara de los Lores y de los Comunes en diciembre de 1969, dejaba subsistente la pena de muerte para el delito de alta traición (*Treason Act*, 1814, sec. 1, *Halsbury's Statutes*, vol. 6, '64), el de piratería con violencia (*Piracy Act*, 1837, sec. 2, *Halsbury's Statutes*, vol. 6, 86) y el incendio en navíos, almacenes y arsenales, etc... de Su Majestad (*Dockyards, Magazines, Ships, Ammunition and Stores Protection Act*, 1772, sec. 1, *Halsbury's Statutes*, vol. 6, 33). Sin embargo, en lo que respecta a la última de estas tres figuras delictivas, la pena de muerte ha sido suprimida en virtud del *Criminal Damage Act*, 1971.

nidos en las leyes (statutes) durante ese período; e igualmente es uno de los escasos delitos, cuyo radio de acción se vio ampliado por vía de la interpretación (*by construction*), a diferencia de lo que sucede con otras figuras delictivas que, como el crimen felón del Medievo, no se hallaban previstas en las leyes, ni tampoco definidas a través de la interpretación.

BELLAMY enfoca su estudio partiendo del concepto siempre aproximado, del delito de traición en la Edad Media inglesa, a través de las primeras fuentes legales anglo-sajonas y, posteriormente, de los tratadistas y comentaristas ingleses del Medievo. Seguidamente, indaga los orígenes del "proceso de estado" (*state trial*) en Gran Bretaña, para desembocar en el Estatuto de 1351, del cual estudia, especialmente, sus causas y motivaciones, así como las características del concepto de traición introducidas por aquél. Por último, investiga los "ensanchamientos" verificados por vía de la interpretación en el concepto introducido por el Estatuto de 1351, para finalizar con una sucinta exposición del *Bill of Attainder* o ley de proscripción de los traidores. En consecuencia, el comentario de su libro exige separar las diversas cuestiones, siguiendo la sistemática propia del mismo.

I.—El concepto medieval de la traición —delito que, a juicio de MAITLAND, "posee un perímetro muy vago y más de un centro"— presenta en Inglaterra dos núcleos o elementos básicos: el germánico y el romano.

El primero, basado en la idea de la ruptura o violación del deber de la fidelidad debida por todo súbdito a su señor (*Treubruch*). El segundo implica, en cambio, un ataque al concepto o idea de la *maiestas*, es decir, un insulto, atentado o resistencia a las personas constituidas en autoridad pública. Así, en los escritos medievales, el término que frecuentemente se asocia con el concepto germánico de la traición es el de *seditio*, mientras que el de *laesae maiestatis* hace exclusiva referencia al concepto romano. Es a partir de la caída del Imperio Romano en Occidente, cuando se produce un retroceso en la idea germánica de la traición —con la amplitud propia del vocablo *Verrätherei*— en favor de la más avanzada noción romana del menoscabo o atentado a la *maiestas*. De forma que, cuando los pueblos invasores consolidan sus estructuras estatales, fueron absorbiendo paulatinamente la atmósfera de la "románitas" y sus legisladores asumieron las dignidades que hubieran correspondidos a los sucesores de los emperadores romanos. Se produjo, así, una imitación, adoptándose las ideas que inspiraban la *lex romana*, al socaire de imitar el estilo imperial romano.

Este proceso de influencia afectó claramente a las leyes de los anglosajones, a través de un "medium" tan poderoso como la Iglesia, si bien es de advertir que, con anterioridad, no existía entre los anglosajones una idea "pura" y estrictamente germánica de la traición. La primera referencia a la traición se encuentra en las Leyes de Alfred, que distinguen entre el *complot* tramado contra la vida del señor y el *complot* dirigido a atentar contra la vida del rey; distinción que, a juicio de nues-

tro autor, puede muy bien constituir el punto de partida de la posterior división entre la *petit treason* (pequeña traición) y la *high treason* (alta traición), basada la primera en la *infidelitas* demostrada por el vasallo, servidor, clérigo, etc.... hacia su señor, y la segunda en el ataque contra los derechos, prerrogativas y persona regios. En tal sentido, la historia y evolución de la figura del *petty treason* demuestra lo acertado de la tesis de BELLAMY, ya que en las leyes penales del Medievo y del Renacimiento, este delito era un cajón de sastre omnicompreensivo de casos dispares a los que unía el núcleo de la *infidelitas*: muerte del señor por su vasallo, del marido por su mujer, del obispo por su clérigo subordinado; supuestos que desaparecen en 1827, como delito autónomo de *petty treason*, para ser tratados en adelante como homicidio o asesinato (4).

Otro dato significativo de la influencia romana en las Leyes de Alfred es la presencia en las mismas del delito de conspiración para cometer traición, concepción que deriva de la ley romana de *maiestas*, alusiva a los términos *conspiratio*, *coniuratio*, etc. (5).

En resumen, los anglosajones se vieron influenciados por las ideas romanas sobre la traición, delito creado antes del siglo II después de Cristo, como una protección al menoscabo de la autoridad de los tribunales de la plebe y que venía a ser una amalgama de ideas o principios diversos: de un lado, el *crimen perduellionis* (acto militar que manifestaba hostilidad contra el Estado); de otro, la idea de la *maiestas*, que incluía los insultos y atentados contra el emperador (deteriorar la púrpura real, destruir una estatua del emperador, etc...). Ideas todas ellas que reaparecen en las leyes de los Estados europeos de la Baja Edad Media.

Ello no obstante, a pesar del influjo de la idea romana de la *maiestas*, ésta no logró nunca sustituir por entero las ideas primitivas de los pueblos germánicos sobre la traición, ya que el espíritu medieval no estaba aún preparado para la recepción y subsiguiente aplicación de los principios y conceptos jurídicos romanos. A partir de los albores del siglo XIII, con el inicio del aprendizaje de las lenguas clásicas y del estudio renovado del Derecho romano, puede hablarse de un influjo romano claro y

(4) El delito de *petty treason* desaparece en virtud del Stat. 9 Geo. 4, c. 31, sect. 1 (1827), pasando sus supuestos de hecho a constituir un caso más de asesinato u homicidio no susceptible de acogerse al privilegio de clerecía (*benefit of clergy*). Cfr. W. HAWKINS: *A Treatise of the Pleas of the Crow; or A System of the Principal Matters relating to that Subject...*, 7.^a ed., London, 1975, vol. I, 205.

(5) En los textos y fuentes romanas, el término *consilium* es empleado a menudo como sinónimo de *conspiratio* o *coniuratio*, al igual que los vocablos *dolo malo iureiurando*, *dolo malo coire*, *punienda consilia*, etc... D.48.19, *De poenis*, L. 16, pr.: «... aut facta puniuntur, aut consilia, ut conjurationes et latronum conscientia, quosque alios suadendo juvisse sceleris est instar». Cfr. BIRNBAUM: *Vom dem Begriffe von «socius» in Quellen des römischen Strafrechts*, en *Archiv des Criminalrechts*, N. F., 1842, 18 ss., 38 ss., 41 ss. Por el contrario, en el *Codex*, L. IX, tit. VIII, *Ad Legem Juliam Majestatis*, los términos utilizados son los de *factio*, *scelestam factionem*, pero no el de *conjuratio*. Cfr. KLEINSCHROD. *Kann die L. 5 C. ad Legem Juliam Majestatis als ein allgemeines Gesetz gegen den Hochverrat überhaupt betrachtet werden?*, en *Archiv des Criminalrechts*, II, 2 (1800), 45 ss.

creciente, que, a su vez, comienza a decaer pronto, a causa de la conversión de los textos jurídicos romanos al marco y contexto propiamente británico. Pese a todo, ese ascendiente romano puede apreciarse en juristas británicos como GLANVILL (autor de *De Legibus et Consuetudinibus Regni Angliae*), el cual define la traición a imagen de la traición romana: "...quod in legibus dicitur lese maiestatis", aludiendo con el término "in legibus" a los textos romanos e incluyendo dos elementos en su definición: la muerte del rey y la sedición (*infidelitas*) del reino. Aunque, a este respecto, constata BELLAMY cómo el concepto de la *seditio regni* no suele ser manejado por los escritores posteriores, aparte de que su origen es dudoso, ya que tal vez proceda del antiguo delito germánico del *Landesverrat*, entendido como traición contra el territorio y el pueblo, ataque contra grupos organizados, como la familia, la comunidad y el Estado, etcétera, o, quizá, de la obra de los decretalistas o canonistas continentales, los cuales ponían el acento en la idea del amor a la *patria*. En cualquier caso, el término desaparece de los textos a partir del XIV y tampoco está incluido en el Estatuto de 1351.

Por otra parte, incluidos en el concepto de traición aparecen actos como la falsificación del sello real, delito que, pese a su origen romano, quisieron castigar los británicos con penas idénticas a las de la traición. En todo caso, no obstante el neto influjo romano en la idea germánica de la traición, las coordenadas de este delito parecen proceder de la opinión de GLANVILL, aceptada posteriormente por los jueces: traición es la muerte del rey o la traición (*betrayal*) al reino o al ejército.

Sin embargo, a partir del siglo XIII, se produce una alteración profunda en el substratum que sirve de base al delito de traición. Una serie de sucesos contribuyen a la decadencia del influjo romano: En primer término el proceder de los últimos Angevinos para los cuales su voluntad era *lex*, viniese o no basada en principios romanistas; en segundo, la considerable disminución del poder regio que la *Charta Magna* supuso, en cuanto pacto feudal, en cuya virtud las aspiraciones reales hacia una concepción teocrática del poder se vieron frustradas o, cuando menos, seriamente disminuidas. Y, finalmente, una nueva concepción del poder regio como unión del pueblo y del rey, que dará lugar a la aparición del verdadero bien jurídico protegido en este delito: La Corona (*the crown*).

Esta serie concatenada de sucesos ponen de relieve una vez más que los conceptos de traición dependen de la teoría de gobierno que prevalezca en un momento y país dados. Redescubierto el absolutismo en Aristóteles, ello determina que en la Baja Edad Media haya una tendencia marcada hacia él por parte de los reyes europeos; tendencia favorecida, además, por el llamado derecho de obediencia que predicaban los escritores eclesiásticos del XI, aunque, a decir verdad, referido más al Papa que al rey. El resultado no se hizo esperar: frente al derecho de obediencia en que parece basarse la concepción absolutista del Estado surge el derecho de resistencia. Y, de otro lado, mientras en los pueblos germánicos el rey vivía y legislaba conforme a la ley de su pueblo (pueblo y rey integran, de este modo, en el marco de esta concepción, el *regnum*, la corona),

los emperadores romanos habían sido, en cambio, mirados como sucesores de Dios y como tales hacían la ley (*A Deo Rex, a Rege lex*). No debe extrañarnos, en suma, que los monarcas del Medievo descubriesen, en este sentido, el arsenal de medidas que para imponer su autoridad les suministraba el Derecho romano. De ahí se infiere, en consecuencia, la romanización del delito de traición en muchos países europeos, por cuanto frente a aquella actitud regia de absolutismo surgía otra actitud "traicionera" (*rebellio*).

En síntesis, mientras en la Alta Edad Media el súbdito venía sujeto al rey, más por la lealtad debida que por la obediencia (rey y súbdito no eran libre, al venir obligados por una sola ley: la *lex regni*), este equilibrio se rompe, sin embargo, en la Baja Edad Media con la recepción de la concepción romana de la monarquía y de la *maiestas*. Aunque debe constatarse a este respecto que Inglaterra fue, en este aspecto "algo" diferente de la mayor parte de los países del continente europeo, puesto que la desconfianza formal del rey hacia los rebeldes rara vez dio lugar, si la rebelión fracasaba, a que se soslayase alguna de las formas judiciales ordinarias de penalidad. Cosa que, por el contrario, no sucedió en Francia, donde, primero un sistema administrativo confeccionado por jurisperitos en Derecho romano, y luego la falta de cohesión entre los señores feudales, determinaron una concepción teocrática de la monarquía con los efectos consiguientes sobre la concepción del delito de traición. Así, frente a la práctica de los *cas royaux* establecida en Francia —como procesos de carácter extraordinario para los delitos de carácter esencialmente políticos, entre los cuales aparece al lado de la traición el de conspiración (*combination*) (6)—, la aparición del proceso estatal inglés para estos supuestos es posterior y no llega, en realidad, a tener vigencia plena, ni duradera, según veremos.

(6) Aunque BELLAMY recurre, en este caso, al empleo del vocablo «*combination*», no parece que sea éste el utilizado precisamente en el Derecho penal del Antiguo Régimen en Francia. En el sentido que apunto, MUYART DE VOUGLANS (*Les Loix Criminelles de France dans leur ordre naturel*, París, 1780, 131, 137-8) no habla de *combinations*, ni de *complots*, sino de *conspiration*, *machination* ou *entreprise contre la Republique de Royaume*, términos a los que agrega los de *association*, *intelligence*, *ligue offensive ou deffensive avec les enemies du Roi*, al estudiar los «*Attentats contre le Souveraineté & la Sûreté de l'Etat*», en el capítulo dedicado a «*Los Crímenes contra el Estado o Crímenes de Lesa-Majestad Humana*». Tampoco puede decirse que el vocablo *combination* sea típico del lenguaje medieval inglés, puesto que, mientras los primeros Estatutos sobre la conspiración en Inglaterra (*Ordinance of Conspirators*, 1293, 21 Edw. I; *Articuli Super Chartas*, 1300, 28 Edw. I, Stat. 3, c. 10; *Definition of Conspirators*, 1304, 33 Edw. I, Stat. 2) aluden literalmente a «*conspirators, confeder, bind themselves by oath...*», términos a los que la praxis añade los de «*...omnibus coadunationibus, confederationibus et falsis alligantiis*», el vocablo *combination* comienza a generalizarse a partir del *Poulterer's Case* (1611). Cfr. R. S. WRIGHT: *The Law of Criminal Conspiracies and Agreements*, London, 1873, 16 ss., 90-1; James W. BRYAN: *The Development of the English Law of Conspiracy*, Da Capo Press, New York, 1970, reimpression de la ed. de 1909, 10 ss., 53 ss., esp. 115 ss., lugar donde da a la «*combination of labour*» el sentido moderno del término.

De otro lado, tampoco parece claro el origen o procedencia etimológica del vocablo «*complot*». Derivado del latín medieval, *complaudere*, *complodere*, *com-*

II.—Al efecto de delimitar lo más aproximadamente posible los contornos del delito de traición, recurre BELLAMY, para la época posterior a Eduardo I, a los tratadistas del Medievo, concretamente a Henrici de BRACON, FLETA y BRITON, para los cuales en el concepto de traición entran la muerte del rey, la conspiración para matar al rey y otros delitos diversos, como la falsificación de moneda y del sello regio, extremos estos últimos que no incluye el Estatuto de 1351. Asimismo, establecen una distinción que, desde un punto de vista relativo, podría ser el equivalente a la de *petty and high treason*, ya que hacen referencia a una traición “grande” y a una traición “pequeña”, si bien incluyen en la segunda la muerte del rey, la del señor por su vasallo y la violación de su esposa e hijas, con lo que no cabe hablar ya de una correspondencia entre el contenido de ambos conceptos.

Por otra parte, la penalidad asignada a este delito era la más grave, pues llevaba aparejado el castigo máximo “*cum poenae aggravatione corporalis*”. Frente a las horripilantes penas que caracterizan al delito de traición a partir del siglo XIII, en el siglo XII la pena fijada solía ser la de *calidad de arrastrado* —penalidad resucitada, por cierto, en España en 1823 para el general don Rafael del Riego (7)—, o la de ir atado a la cola de un caballo al lugar de la ejecución. Respecto a la pena de con-

plosus, pasa a las variantes inglesas de *to plot*, *to complot* (de uso moderno) y francesa de *peloter*, *compeloter*, *comploter*. El significado que le atribuye Du CANGE en su *Dictionnaire*, es el siguiente: «*peloter*» *battre*, *maltraiter* (pelotón), *battir*, golpear, pelotón; «*complot*» equivale a «plan bajo formado entre varias personas que se reúnen para formar una conspiración»; «*comploter*» equivale a «formar un complot. El término es, por consiguiente, del todo ajeno al lenguaje vulgar y jurídico alemán, en el que, frente a lo que sostienen KÖSTLIN (*System des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Theil*, I, Thübingen, 1855, 339 ss.) y SCHÜTZE (*Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen, Zugleich ein Beitrag zur Läuterung der gesammten Lehre am Verbrechermehrerheit*, Leipzig, 1869, 205-6), el primer autor que en Alemania hace uso del término no es KREESSII, sino FRÖLICH (*Commentarius in die Peinliche Hals Gericht Ordnung*, Frankfurt und Leipzig, 1720, II Parte, T. 7 (Raufhandel), pág. 184), el cual habla de «...*da einer aus den Comploten und Zusammengeschwornen...*»; lugar en el que también puede apreciarse la sinonimia establecida en Alemania entre el *complot* y la *Verschwörung*, si bien este último vocablo alude más bien a la idea de juramentarse o conjuramentarse.

(7) El tenor de la sentencia pronunciada contra el General don R. del Riego es: «La Sala Segunda de Señores Alcaldes de la Real Casa y Corte ha pronunciado la sentencia siguiente:

Se condena a don Rafael del Riego en la pena ordinaria de horca, a la que será conducido arrastrado por las calles del tránsito, en la confiscación de todos sus bienes para la Cámara de S. M., y asimismo en las costas procesales.

En su virtud ha sido puesto el reo en capilla a las diez de esta mañana». Cfr. *Gaceta de Madrid*, núm. 107, 6 noviembre 1823.

El Decreto de la Sala, dado en Madrid, el 5 de noviembre del mismo año disponía también: «... Procédase a la ejecución de la sentencia de muerte de horca con la calidad de arrastrado...». Consultada con el Rey esta sentencia, fue puesto el reo en capilla, y pasados los tres días fue conducido a la horca con un hábito blanco, sentado sobre un serón que tiraba un jumento. Los cofrades de la Caridad acompañaban al reo levantándole algunas pulgadas del suelo... «Ejecutada la sentencia de horca, se procedió a ejecutar el resto de la sentencia: «...con la cualidad de que del cadáver se desmembre su cabeza y cuartos, colocándose aquí-

fiscación de los bienes del traidor y desheradamiento perpetuo de sus herederos, no fue ésta, a juicio de BELLAMY, una práctica generalizada hasta el siglo XIV.

III.—La concepción regia de la necesidad de una mayor protección para la Corona es la que determina en el reinado de Eduardo I que se considere a la rebelión como constitutiva del delito de traición. Las causas son claras. Después de una época en que la *diffidatio* de la nobleza y el baronesado para con el monarca era tratada con suma benevolencia por parte del último, con Eduardo I desaparece la precaria situación del rey, necesitado anteriormente del apoyo de los señores feudales, y tributario en realidad del rey de Francia, por lo que la *diffidatio* de los nobles pasa a constituir el delito contemplado. Pero dado el inalienable derecho de los nobles a ser juzgados por los tribunales del "Common Law" o por el Parlamento, por un jurado de "iguales", surge entonces el "proceso estatal inglés", que hará desaparecer esa privilegiada situación y que tuvo su origen concreto en el proceso celebrado en 1282 contra David ap Gruffyd, durante el reinado de Eduardo I, en Shrewsbury. Este régimen procesal especial trae consigo un notable endurecimiento de la penalidad asignada al delito de alta traición, que subsistirá hasta el siglo XVIII. La pena era la de calidad de arrastrado, horca, destripamiento y descuartizamiento, con la alternativa de la decapitación en lugar de la horca cuando intervenía la clemencia regia o dada la condición noble del reo, y la de muerte por el fuego, cuando el acusado era mujer (8).

IV.—El Estatuto de 1351 es una de las leyes que, según BELLAMY, más reciamente ha guardado sus secretos de cara al invertigador. Sin negar la importancia enorme que dicho estatuto encierra de cara a la seguridad jurídica, las posturas doctrinales explayadas en torno a su finalidad inconcusa difieren sensiblemente. De un lado: MCKINSACK, PLUCKNETT y THORNLEY, mantienen que la finalidad, significado y alcance del estatuto fue más legal que política, al pretender tan sólo deslindar el delito de alta traición del de pequeña traición; al representar una medida financiera para la Corona, por cuanto se establecía como regla general la con-

lla en las Cabezas de San Juan, y el uno de sus cuartos en la ciudad de Sevilla, otro en isla de León, otro en la ciudad de Málaga, y el otro en esta córte en los parajes acostumbrados y como principales puntos en que el criminal Riego ha excitado la rebelión y manifestado su traidora conducta...». Cfr. *Procés du Général Raphael Riego*, en *Causas Politiques Célebres du dix-neuvième siècle*, París, 1827, t. III, 5 ss., 40 ss.; *Proceso original Seguido contra el General D. Rafael del Riego*, redactado por Vicente Santos, hijo del defensor del General, don Faustino Julián Santos, en *Colección de las causas más célebres*, t. II, 1838, 223 ss., 242 y 260; *Proceso del General don Rafael del Riego*, en *Colección de las causas más célebres*, por una Sociedad Literaria de amigos colaboradores, Barcelona, Imprenta de Ignacio Estivil, 1837, 211 ss., 222.

(8) La pena de calidad de arrastrado y del fuego para las mujeres condenadas por traición fue derogada por el *Treason Act*, 1790, siendo sustituida por la horca. Cfr. *The STATUTES, Third Revised Edition*, vol. II, London, 1950, 141-142; Sir Matthew HALE: *The History of the Pleas of the Crown*, 1736, vol. II, 399.

fiscación de los bienes del reo de traición en favor de la Corona, etc.... En contra de este sector de opinión, lo mismo CLARKE que William HOLDSWORTH, afirman su finalidad esencialmente política, que, a mi juicio, resulta indudable, al ponerse con su normativa coto a las arbitrariedades procesales y en materia de penas cometidas en la época anterior a la entrada en vigor del estatuto, especialmente bajo el reinado de Eduardo II. Además, representaba una especie de reconciliación entre el rey y el baronesado, al delimitar claramente las prerrogativas de uno y otro sector a la hora de confiscar los bienes y heredades del traidor. Ello no era, sin embargo, obstáculo a que el estatuto supusiese una extensión real del delito de traición con fines netamente políticos, según observa HOLDSWORTH, ya que era mucho más fácil obtener una condena por dicho delito que por cualquier otro de los diversos actos delictivos calificados como "*felonies*", aparte de que el reo de traición no podía, en ningún caso, acogerse al llamado privilegio de clerecía (*benefit of clergy*), lo cual, en caso contrario, hubiera supuesto una sensible pérdida económica para la Corona. BELAMY añade a estas causas otros factores de régimen interior como el desorden interno a causa de la peste negra, la guerra con Francia, la decrepitud del erario de la Corona, etc....

De cualquier modo, a partir del nuevo estatuto se sustenta un concepto de la monarquía semi-democrático: el rey es absoluto en su prerrogativa en lo tocante a su capacidad ejecutiva (*gubernaculum*), pero viene, en cambio, mediatizado por el pueblo y el Parlamento en lo relativo a la promulgación y derogación de las leyes (*jurisdictio*). Surge, de esta forma, el concepto de la Corona como la unión entre el rey y la comunidad de súbditos, por lo que ir contra el rey equivale a ir contra la Corona. La rebelión pasa, así, a ser un acto sinónimo de traición que, en consecuencia, no es un término calificativo o monopolizador de todos los comportamientos que caen dentro de este delito.

El estatuto establece como delito de traición seis comportamientos diversos: la conspiración (*compass or imagine*) para matar al rey o a la reina o a su hijo mayor o heredero; la violación de la reina, de la hija mayor (soltera) del rey o la esposa del hijo mayor y heredero del rey; el alzamiento en armas contra el rey dentro de los dominios de su reino o el unirse a los enemigos del monarca dentro de su reino, proporcionando aliento y ayuda a éstos, desde dentro o fuera del reino; la falsificación del Gran Sello o del sello privado del rey, y la falsificación de moneda inglesa (9); la muerte del Lord Canciller, del Lord Treasurer o de los jueces del rey (en lugares donde ejerzan éstos sus funciones); y, finalmente, la muerte del señor por su siervo, del marido por la esposa o del

(9) Ni los actos de falsificación del Gran Sello, ni del Sello privado, ni la falsificación de moneda de curso legal, constituyen delito de traición en la actualidad, viniendo regulados por el *Forgery Act*, 1830, c. 66 (ya derogada), el *Coinage Offences Act*, 1832, c. 34 (ya derogado), y actualmente por el *Forgery Act*, 1913, c. 27, el *Coinage Offences Act*, 1861, c. 99, el *Counterfeit Currency (Convention) Act*, 1935 y el *Coinage Offences Act*, 1936. Cfr. *The Complete Statutes*, vol. IV, 1929, 787, 588; HALSBURY'S STATUTES, vol. 6, 1969, 316-7.

prelado por un religioso o laico ligado por obediencia al mismo ("...il yad autre maner de treson, cest assavoir qant un servant tue son meistre, une feme que tue son baron, qant home seculer ou de religion tue son Prelat, a qi il doit foi & obediencia..."). El estatuto establece una clara distinción entre los supuestos de *high and petty treason*, si bien no hace uso de esa terminología, viniendo a constituir este último delito los casos de muerte dada por un inferior a un superior, sea aquel siervo, esposa, etcétera..., de éste. La confiscación de los bienes del traidor se estatuye con carácter general, confirmando así la práctica que se había iniciado a partir de 1397. Para, finalmente, confirmar que los supuestos de asesinato no son constitutivos de traición.

V.—Tras examinar la interpretación dada por los tribunales a la normativa del *Treason Act*, 1351, en todo caso declarada compatible con la doctrina del "Common Law" sobre el delito de traición, BELLAMY destaca el rasgo característico de la doctrina sentada en los años posteriores a 1351: un apego relativo a la normativa del estatuto, como lo demuestra el hecho de que los procesos entablados por traición diferían escasamente de los seguidos por otros delitos calificados como "*felonies*", salvo, claro está, en lo que respecta a la pena, mucho más grave, intimidante e infamante en los supuestos de alta traición.

VI.—El contenido de las "leyes de proscripción" (*Bill of Attainder*), como pena impuesta a los reos de ese delito, en la época que ahora nos ocupa, es estudiado con algún detalle por BELLAMY. Nota, en este sentido, cómo en un primer momento el término *atteindre*, tal y como es empleado por los tribunales, no significa otra cosa que *convictus*, es decir, condenado. Posteriormente viene a equivaler a ser juzgado "por notoriedad", esto es, a poseer "un mal nombre en la comunidad" en que vive el reo. Asimismo, destaca cómo el *Bill of Attainder* formaba parte de la condena por traición cuando ésta era pronunciada por los tribunales judiciales; mientras que, con posterioridad al siglo xv, por lo general era un acto legislativo promulgado por el Parlamento. En cualquier caso, el alcance y eficacia en ambos supuestos era el mismo, según declara el *Attainder and Forfeiture For Treason*, 1541-42, en cuya virtud los "*attainders*" pronunciados por el "Common Law" poseen idéntico vigor y eficacia que los pronunciados por el Parlamento (10).

Una persona "*attainder*" (*attinctus* = *blackned* = difamada, proscrita) era una persona civilmente muerta, por cuanto la proscripción equivalía a la muerte civil; sus bienes y propiedades eran objeto de confiscación por la Corona. Además, el *Bill of Attainder* llevaba consigo la corrupción de la sangre del condenado, impidiendo que la sucesión de sus

(10) *The Complete Statutes of England*, vol. IV, 1929, 307.

bienes pasase a sus herederos directos que habían vivido en vida del reo de traición (11).

Un caso típico de "Attainder", promulgado por el Parlamento, es el *Act of Attainder* legislado bajo el reinado de Carlos II (Stat 12 Chass. 2, c.30, 1660) contra Cromwell, Ireton y otros, por el proceso y ejecución de Carlos I, ordenando que los cadáveres de los mismos fuesen desenterrados, llevados en un serón al cadalso y allí colgados en sus ataúdes, para después ser enterrados bajo el mismo cadalso (12).

VII.—Concluye el estudio de BELLAMY con un capítulo dedicado a poner de relieve la fluctuación del delito de traición en razón de la forma de gobierno existente en un momento dado. Señala, a este respecto, cómo en la Baja Edad Media hubo en Inglaterra dos conceptos de traición: de un lado, el concepto de traición mantenido por el rey y sus consejeros—concepto aquí estudiado—; y de otro, el concepto sostenido por el baronesado, fundado en el establecimiento de una distinción entre la persona del rey y su cargo, de modo que la lealtad (*fidelitas*) era debida solamente al cargo regio, pero no a la persona del monarca; doctrina que causó impacto en el Parlamento hasta el punto de promulgarse leyes limitando las prerrogativas del monarca o haciendo responsables a sus ministros como traidores (13).

En resumen, la obra de BELLAMY es un magnífico exponente de lo que debe constituir una investigación histórica llena de rigor, enmarcada además en el contexto político de la época que estudia y que viene a arrojar un poco más de luz sobre un tema tan oscuro y escabroso como entraña el delito de traición en el Medioevo inglés. Máxime si se toma en consideración que la mayor parte de los tratadistas posteriores al siglo XVII se basan, a la hora de estudiar el Estatuto de 1351, más en los argumentos y fundamentaciones sentados por Sir Edward COKE y Sir Matthew HALE sobre la traición, que sobre la realidad histórico-política del mencionado estatuto.

PEDRO-LUIS YÁÑEZ ROMÁN

(11) Las consecuencias derivadas de un *Act of Attainder* eran, en suma: la muerte civil, la corrupción de la sangre, etc..., para el reo y sus herederos en vida de aquél. El *Corruption of Blood Act*, 1814 (54 Geo 3, c. 145) limita los efectos de esa penalidad a los delitos de traición, petit treason, asesinato, etc..., especificando que en los restantes no se extenderá a los herederos en vida del reo. Tanto las penas de atender como la de confiscación, corrupción de la sangre, etc..., fueron derogadas por el *Forfeiture Act*, 1870, 33 y 34 Vict., c. 23 sect. 1. Cfr. *The Complete Statutes of England*, vol. IV, 648. Con carácter general, véase Donald SO MERVELL: *Acts of Attainder*, en *L. Q. Rev.*, 67 (1951), 306-313; y, asimismo, KLEINSCHROD: *Ueber dem bürgerlichen Tod als Criminalstrafe*, en *Neues Archiv des Criminalrechts*, II (1818), 65-84.

(12) Cfr. *The Statutes, Third Revised Edition*, vol. I, 1950, 380-1; *Journal of the House of Commons*, VIII (6 diciembre 1660), 252; L. O. PIKE: *A History of Crime in England*, vol. II, 200, Apéndice, 630.

(13) Un caso de «conspiración legal» en la que estuvieron comprometidos palatinos destacados como Arundel, y otros, puede verse en el excelente estudio de Anthony GOODMAN: *The Loyal Conspiracy. The Lords Appellant under Richard II*, London, 1971.

Centre de Droit International (Institut de Sociologie) et A. B. J. D.: Reflexion sur la definition et la repression du terrorisme. Et la terreur d'etat. Universite Libre de Bruxelles. Editions de l'Université de Bruxelles. 1974 (1 vol. 16 + 24 cm. 292 págs.).

Del terrorismo podría hablarse también como de "el tema de nuestro tiempo", cuando en nuestros días se multiplican el terror y los actos terroristas. De terrorismo se trata en organismos internacionales o en la prensa diaria, en publicaciones especializadas y menos frecuentemente en publicaciones científicas o jurídicas, penales o criminológicas, de que damos amplia noticia en alguna ocasión. (1).

En debates y trabajos del Consejo de Europa, de las Naciones Unidas, en tratados internacionales actuales o en la Organización de Estados Americanos, por no citar sino algunos ejemplos, el terrorismo está a la orden del día.

Por ello, y por la necesidad de afrontar con serenidad y con rigor una consideración científica del fenómeno, el Centro de Derecho Internacional de Bruselas celebró en marzo de 1973 el coloquio de cuyas actas ahora damos noticia, habiendo sido su presidente de honor el profesor Henri ROUIN.

Proclamaron los organizadores del coloquio que el terrorismo se consideraba frecuentemente de manera "parcial, superficial, unilateral y legalista", y que no se puede seriamente tener su noción sin volcarse sobre sus causas y sus motivaciones, y sin prestar toda la atención a un terrorismo que por más difuso y enmascarado no es menos pernicioso: el terror del Estado.

Abogados, diplomáticos y profesores de la Universidad libre de Bruselas fueron los autores de los trabajos siguientes, ahora publicados: J. GOTOVICH, "Historia del terrorismo"; Pierre MERTENS, "Acto de terrorismo. Problema de calificación"; P. PIERSON-MATHY, "Formas nuevas de la lucha revolucionaria y cooperación internacional en el combate contrarrevolucionario"; Eric DAVID, "El terrorismo en derecho internacional"; Erik SUY, "La cuestión del terrorismo ante la XVII Asamblea", el autor fue presidente de la 6.^a Comisión en la XVII Sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas); Wilfred DE PAU, consejero de embajada, es autor de otro trabajo sobre la materia; Renata COCHARD, "El terrorismo y la extradición en derecho belga"; Pierre LEGROS, "La noción de terrorismo en Derecho Comparado"; Nart DE SCHUTTER, "Estudio de los mecanismos para reprimir el terrorismo".

Indudablemente, los ya ricos fondos de la Editorial de la Universidad de Bruselas se aumentan con una obra que es, y será, de necesaria consulta o estudio para cuantos seriamente afronten en el futuro tema tan interesante como actual. Su utilidad es mayor, al cerrarse la publicación

(1) Véase nuestra nota bibliográfica del libro de BAUDOIN, FORTI y SZABO: *Terrorisme et Justice*, Montreal 1970, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, Madrid, 1970, t. XXIII, III, págs. 728 a 730.

con unas "Conclusiones", por el profesor J. A. SALMON, director del Centro de Derecho Internacional, y extractos de diversos textos internacionales.

Pascual MENEU

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

Estadísticas Judiciales de España. Año 1969. I. N. E. Presidencia del Gobierno. Madrid 1973. Págs. 17-88.

De las varias secciones que componen la Estadística Judicial de 1969, vamos a ocuparnos únicamente de la Penal Común.

Los delitos apreciados desde 1960 a 1969 fueron:

Años	1960	1961	1962	1963	1964
Delitos apreciados	27.438	26.725	26.425	25.047	26.258
Años	1965	1966	1967	1968	1969
Delitos apreciados	32.156	33.369	30.871	35.850	39.292

En el año 1969 el mayor número de delitos fue el de los relativos a vehículos de motor, con 20.584, esto representó un 52,39 por 100 del total. En los delitos contra la propiedad se apreciaron 12.111, constituyendo un 30,82 por 100. Sumando ambas clases, tenemos que representaron el 83,12 por 100. El menor número correspondió a juegos ilícitos, con sólo un delito. No se apreció ninguno contra la seguridad exterior del Estado.

A partir de 1967 descienden los delitos contenidos en las leyes especiales al pasar los de tráfico al Código penal. Vemos que de 13.282 delitos de las leyes especiales en 1966, se pasa a 113 en 1967, aunque en 1969 aumentan a 169, ya sin los correspondientes a vehículos de motor.

Según el mes en que se cometieron, el mayor número tuvo lugar en agosto (3.432 = 8,73 por 100), seguido de octubre (3.364 = 8,56 por 100). En el que menos delitos se cometieron fue en el mes de febrero (2.689 = 6,84 por 100), En los relativos a tráfico la distribución es muy similar. En general, el número de delitos aumenta en los meses de calor y disminuye en invierno.

El 54,08 por 100 (21.251) se cometieron en capitales; el 22,94 por 100 (9.015) en municipios menores de 10.000 habitantes; el 15,94 por 100 (6.145) en municipios de más de 20.000 habitantes; y, por último, el 7,3 por 100 (2.869) en los 10.000 a 20.000 habitantes. En los delitos de tráfico se observa la misma distribución: 48,79 por 100 (10.042) en capitales; 28,22 por 100 (5.809) en municipios de menos de 10.000 habitantes; 15,12 por 100 (3.112) en los de más 20.000 habitantes, y, el 7,84 por 100 (1.614) en los municipios de 10.000 a 20.000 habitantes. En ambos

casos, aproximadamente las tres cuartas partes se realizaron en capitales y municipios menores de 10.000 habitantes.

En los delitos de tráfico los que arrojan mayor porcentaje son los de imprudencia punible (9.018 = 43,81 por 100), seguidos de la conducción sin permiso (4.828 = 23,46 por 100); en tercer lugar se encuentran los de uso indebido de vehículo (3.110 = 15,11 por 100). El menor porcentaje lo da el quebrantamiento de condena (18 = 0,9 por 100). También es mínimo el número de delitos sobre omisión de socorro (43 = 0,21 por 100, riesgos para la circulación (92 = 0,45 por 100), y sustitución, alteración, falsificación u omisión de placa de matrícula (66 = 0,32 por 100).

Se apreciaron 8.528 circunstancias modificativas de la responsabilidad; 6.150 agravantes y 2.378 atenuantes. De las agravantes, 4.792 fueron reincidencias y 1.035 reiteraciones. En las atenuantes, 1.887 correspondieron a menor edad de dieciocho años. En los delitos de vehículos de motor, de 1.919 circunstancias modificativas, 1.272 fueron agravantes, siendo las más frecuentes reincidencia y reiteración (856 y 392); de las 517 atenuantes, correspondieron a la menor edad de dieciocho años, 477.

No se impuso ninguna pena de muerte. 20 delitos fueron castigados con reclusión mayor, uno por delito de tráfico. Esto no deja de sorprender, ya que es realmente extraño encontrar esta pena impuesta para esta clase de delitos; creemos que podría tratarse únicamente de la agravante de la circunstancia 15 del artículo 10. Con reclusión menor encontramos castigados 140 delitos (3 por hechos relativos a tráfico); 858 con presidio y prisión mayor (22 de vehículos de motor); 6.119 con presidio y prisión menor (780 por delitos de tráfico); 13.146 casos se impuso la pena de arresto mayor (4.304 relativos a vehículos de motor); 35 fueron castigados con destierro, 127 con inhabilitación y suspensión de cargos públicos; en 18.583 casos se impuso una multa, de ellos, 15.215 fueron delitos de tráfico; la privación del permiso de conducir fue impuesta en 259 casos, de ellos, 258 se referían a tráfico.

De los 36.164 condenados, 34.512 fueron varones (95,44 por 100) y 1.650 mujeres (4,56 por 100).

Por edades, en los hombres, el 18,71 por 100 correspondió a los de 21 a 25 años (6.459). Desde los 16 años el número de condenados aumentó hasta los 25, que empieza a disminuir, llegando a ser sólo de 833 en los mayores de 60 años.

En las mujeres, el máximo se alcanzó entre los 41 y 50 años, constituyendo el 17,88 por 100 (295). La participación más pequeña fue la de las mujeres de 16 a 17 años, con sólo 60 (3,64 por 100).

En tráfico hubo 16.108 condenados (45,92 por 100), de los que 16.157 (97,28 por 100) fueron varones y 451 (2,72 por 100) mujeres. En los varones el mayor número se dio entre los de 20-25 años, con 3.198 (19,79 por 100); la menor participación fue la de mayores de 60, con 342 (2,12 por 100). La distribución por edades de los condenados es similar a la del resto de los delitos.

De las 451 mujeres condenadas, el 19,73 por 100 tenían de 21 a 25

años (89), el 15,88 por 100 de 41 a 50 (70). Sólo el 1,77 por 100 pasaba de los 60 (8), y el 3,33 por 100 (15) estaba entre los 16 y 17.

El delito de tráfico más frecuente entre los condenados de 16 a 17 años, fue el uso indebido de vehículo de motor (374); siendo el 24,42 por 100 de todos los delitos de tráfico cometidos por jóvenes de esa edad. Los de 18-20 cometieron 551 delitos de esta clase, lo cual representa el 39,99 por 100. A partir de esas edades el uso indebido de vehículo de motor comienza a disminuir. En la conducción sin permiso se observa también una gran participación de los jóvenes; de 3.157 delitos, 1.750 fueron cometidos por varones con edades comprendidas entre los 16 y 25 años. (55,75 por 100 del total).

De los 34.512 varones condenados por el total de los delitos, 19,190 eran solteros, 14.743 casados, y 315 viudos, en 264 casos no constó el estado civil. En las mujeres, 666 eran solteras, 838 casadas y 132 viudas, en 16 no constó su estado civil.

En cuanto al grado de instrucción, 28.152 tenían instrucción primaria, 5.863 media, 1.029 superior, en 665 casos carecían de ella. En 455 condenados no constó su grado de instrucción.

En relación con su profesión, 13.850 (38,29 por 100) eran artesanos y trabajadores ocupados en los diversos procesos de la producción. Les siguen los vendedores, 4.366 (12,07 por 100). El menor número lo dan los administradores, gerentes y directores, con 347 (0,95 por 100).

De los 36.164 condenados, 7.453 eran reiterantes y reincidentes. De ellos, 7.271 varones y 182 mujeres. En los relativos a vehículos de motor hubo 1.483 reiterantes y reincidentes (19,89 por 100). Las mayores cifras se dieron en los delitos contra la propiedad (4.069 = 54,59 por 100). En todos los delitos los reincidentes y reiterados tienen, generalmente, instrucción primaria (6.283 = 83,69 por 100).

La distribución de los reincidentes y reiterantes en relación con las edades, es la siguiente:

EADES	V.	M.
16-17	313	1
18-20	1.170	5
21-25	1.324	26
26-30	1.107	6
31-35	1.024	27
36-40	879	21
41-50	919	47
51-60	376	34
Más de 60	143	14

El resumen de movimiento en la Sala Segunda, fue de 2.967 recursos de casación despachados. Por infracción de ley 1.706; 184 por quebrantamiento de forma; contra sentencia en que se dictó pena de muerte, 2; inadmitidos, 120; desiertos, desistidos o desestimados, 955. Otros asuntos.

despachados fueron 269; 24 versaron sobre competencias; 217 recursos de queja y varios; 17 causas terminadas y 11 informes de indulto.

Pilar GÓMEZ PAVÓN

Instituto de Criminología de la Universidad de Panamá: *Los condenados de la Isla penal de Coiba*, Panamá, 1971, 82 págs.

Este Instituto de Criminología ha iniciado una serie de investigaciones sobre los penados que se encuentran en la colonia penal de la Isla de Coiba. Esta obra se ocupa del estudio especial de 407 de ellos. Consta esta colonia de diez campamentos, tres comunicados por tierra y el resto por mar; hay al frente de ellos sesenta guardianes, que suelen permanecer allí por lo menos en períodos de seis meses. Para el estudio, que procura buscar una representación homogénea, se han adiestrado a los penados en relación a la forma en que debían contestar los cuestionarios. Entre las conclusiones a que se llegan, cabe destacar: Se iniciaron en el delito, antes de cumplir los veinte años, poco más de la mitad de los delincuentes, una cuarta parte entre los veinte y veinticuatro años y el resto después de esa edad; se observa, en general, deficiencias culturales, laborales, así como problemas familiares; tiene interés destacar que el 3,6 por 100 tiene título universitario, mientras que carece de oficio uno de cada diez; más de la mitad han cometido delitos contra la propiedad y casi la cuarta parte contra las personas; son solteros el 51,5 por 100, casados el 16,9 por 100, unidos el 29,9 por 100, viudos el 1,2 y divorciados el 0,5 por 100. Salvo la titulación universitaria, los demás porcentajes son bastante similares a los de nuestra criminalidad, según las estadísticas judiciales del año 1969, los resultados fueron: solteros, el 55,5 por 100, casados el 43 por 100 y viudos el 1,5 por 100; no trabaja uno de cada catorce y se aprecian problemas laborales, culturales y familiares.

Se ocupa también el trabajo de otros aspectos, entre los que cabe mencionar: el trabajo, al que se dedican ocho horas diarias, grado de relación entre los reclusos y con los guardianes y problemática de socialización de los adultos.

Delinquentes habituales en robo y hurto, Panamá, 1973, 62 págs.

Se ocupa este trabajo especialmente de un estudio sociocriminológico de 107 reclusos habituales por robo y hurto de la población penitenciaria de la Isla penal de Coiba. El propósito de la investigación es conocer a los delinquentes habituales y sus repercusiones sociales; el método se encamina a descubrir una serie de situaciones del delincuente en relación con la sociedad y la ley, su contacto con otros delincuentes, así como conocer el interés por parte del interno para recuperarse; la habitualidad se enfoca principalmente desde el punto de vista de la "repetición de actos y por la manifiesta costumbre de violar la ley". Los datos que se ob-

tienen de la investigación tienen, en general, pocas variantes en relación con la criminalidad internacional, y en especial con la española. La iniciación en el delito comienza a edad temprana, casi la mitad iniciaron su vida criminal antes de los dieciocho años y otra cuarta parte entre los dieciocho y diecinueve; la criminalidad comienza a declinar a partir de los cuarenta. Si tenemos en cuenta la obra comentada anteriormente, vemos como se da un porcentaje mayor de participación en los delitos contra la propiedad entre los jóvenes menores de veinte años, que en otra clase de infracciones. Este fenómeno es internacional, pues la delincuencia juvenil suele iniciarse en los delitos contra la propiedad. Se sale de la tónica general el fenómeno de que casi las dos terceras partes han cometido el delito en el barrio donde residían, pues lo normal es delinquir lejos del lugar donde se vive, no sólo por respeto a los convecinos, sino también porque es mayor el riesgo de poder ser identificado por algún conocido.

Dieciséis condenados por consumo y tráfico de marihuana, Panamá, 1973,
60 págs.

También este trabajo se realiza en la Isla penal de Coiba. Se recoge el problema de los estupefacientes en Panamá, que en realidad es sólo de marihuana, teniendo poca importancia otros productos. Aunque hay jóvenes que se inician a los trece o catorce años, en realidad hasta los quince o dieciséis no comienza a tener cierta importancia. La participación de la mujer, que es mucho menor, comienza un poco más tarde. De los dieciséis autores estudiados casi todos tienen antecedentes, en especial por delitos contra la propiedad. Se recoge un caso especial de un sujeto que se inicia a los sesenta años, casado, con doce hijos, en el que la motivación hay que buscarla en el fracaso que le produce el cambio de residencia para mejorar su situación socioeconómica. Doce de los penados cumplen condena por tráfico y cuatro por consumo. No recogemos más conclusiones porque la muestra, al ser tan reducida, no ofrece interés en cuanto a consideraciones de tipo general. Termina el trabajo con una serie de recomendaciones de carácter preventivo dirigidos al Gobierno, la sociedad y la familia.

Alfonso SERRANO GÓMEZ

LE CLERE, Marcel: *La Police*. Presses Universitaires de France. París, 1972.

Cual el autor se propuso y expone en las primeras páginas, este libro constituye una presentación profunda de esta importante rama de la Administración general que es la policía, como una desmitificación de pseudo secretos más perjudiciales a las relaciones público-policía, al fin y al cabo, que una franca iluminación de los métodos y de los hombres.

Con este criterio, afortunado, no extrañará que el libro trate de forma tan científica como humana los más candentes problemas que la actuación de la Policía presenta en algunos Estados actualmente. El autor tiene para ello singular autoridad y experiencia: fue comisario divisionario en las delegaciones judiciales de la Prefectura de Policía de París, hasta su jubilación, y es, durante largos años, profesor del Instituto de Criminología de la Universidad de Derecho y Ciencias Sociales de París y del Instituto Internacional de Administración Pública. Su dominio en la materia lo acreditó al publicar en 1967 su "Manuel de Police Technique", editado por *Police-Revue* y también en su "Histoire de la Police", salido de estas mismas *Prensas Universitarias*.

Cinco son los capítulos en que se divide la obra: policía de orden, información política, la policía judicial, las policías paralelas, policías comparadas y nueva policía.

Anticipemos el más favorable juicio, porque la pluma del autor no retrocede ante los más difíciles temas y situaciones, esta grave situación, en no pocas ocasiones de la Policía, denunciada por el profesor DUVERGER desde la primera plana del diario francés "Le Monde", ayer no más, en su número del 24 de enero de 1974. Y lo hace con tanta serenidad y ponderación como energía y fidelidad a los más indeclinables principios que han de regir la vida de cualquier Estado de derecho digno de tal nombre. Ilustra la importancia que merecen los problemas de policía en una democracia, y lamenta que cuando existen millares de obras consagradas a la descripción de sistemas constitucionales, a la organización administrativa, al arte militar, etc., se encuentran difícilmente veinte monografías que traten exhaustiva o principalmente de lo que condiciona incluso la existencia de todo esto y de toda sociedad organizada: la Policía.

Al tratar de la policía política, propone para ella el nombre de policía de previsión, y afronta ya temas cual el de las escuchas telefónicas: "Todos los partidos del mundo deben saber que sus más secretos debates, en cuanto se pronuncian ante más de veinte personas, están antes de tres días sobre la mesa de algún ministerio".

Al tratar de la policía judicial, subraya que, curiosamente, "policía técnica" es un término nuevo, bastante poco empleado por los policías, y no vacila en atribuir la falta a sus maestros, que hace una cuarentena de años sólo apreciaban la formación empírica. Recuerda también cómo programas oficiales ignoran, por ejemplo, la obra del austriaco HANS GROSS, y aún los medios directivos desprecian a diplomados, profesores y obras de criminología, como criminalística. Al tratar del interrogatorio, magistralmente se refiere a las sevicias, "la insidiosa cuestión de las sevicias policíacas", afirmando que han existido y pueden subsistir en raras ocasiones, pero "son intolerables; están sancionadas, justamente, por el Código penal..., no aseguran ni el descubrimiento de la verdad...; el récord de los errores judiciales en Francia fue alcanzado bajo el régimen de la tortura legal, abrogado solamente en 1788". Termina destacando cómo la policía judicial, tras una recluta muy selecta, debe ser en ciencia y en honor, el equivalente del magistrado, cuerpo selecto, dotado

no sólo de una cultura general, sino de una severa ética al abrigo de corrupciones, presiones políticas, etc., que aseguren la estimación pública.

Pero a buen seguro que es el capítulo IV, dedicado a las policías paralelas, el que ha puesto a buena prueba las dotes del autor y retendrá, sin duda, la atención del lector, invitándole a la relectura de sus páginas más de una vez. Muy logradas páginas, francas, realistas y científicas a un tiempo, que empiezan con afirmaciones rotundas: "La verdadera policía paralela es, esencialmente, un fenómeno político. No tiene otra justificación que la de ser considerada más segura que la policía oficial por un gobierno, y se crea en todo régimen poco seguro de sobrevivir". "Este recuerdo histórico..., demuestra bastante las extrañas costumbres y la villanía de estas policías supletorias...".

Páginas sin desperdicio, que el autor no vacila en ilustrar con casos, como el secuestro del coronel Argoud en Alemania, "con desprecio total de las reglas que rigen las relaciones entre Estados, y por individuos que las autoridades afirmaron no haber podido identificar...", o con estos consejos se recomienda igualmente a los diplomáticos y hombres políticos que acompañen siempre la carga y descarga de sus equipajes en los hoteles, cuando algunas pérdidas o ciertos retrasos se explican por curiosidades rayanas en la indiscreción". No faltan párrafos dedicados a policías paralelas militares, cual el "Deuxieme bureau" francés, a las policías fiscales y diplomáticas y a los riesgos de la informática, con los ordenadores al uso: "los ordenadores van a penetrar cada vez más en la vida privada de cada ciudadano".

El capítulo V, policías comparadas, termina con unos párrafos dedicados a la Interpol: "tiene por fin la represión de crímenes y delitos de derecho común, con exclusión de toda intervención en materias políticas o religiosas y exclusivamente por el canal de policías autóctonas". Sugiere que la Interpol, "aun a riesgo de algunas dimisiones tome la iniciativa de edificar y promulgar un Código de Deontología Policial, del que la humanidad siente la necesidad", así como un "programa de conocimientos mínimos a exigir a un funcionario al que se confía, después de menos de cinco apresurados meses de escuela, el cuidado de decidir de un hombre, o simplemente de una situación, que implica responsabilidades civiles que pueden llegar a ser abrumadoras".

Termina el libro con el capítulo sobre policía nueva, en el que no falta tampoco para ilustrarlo el recuerdo de las sanciones que sufrió en Francia quien estuvo en el origen del secuestro de Ben Barka.

Obra sin desperdicio, de necesaria lectura para el mejor conocimiento de tan importantes cuestiones, por la que puede sentirse satisfecho su autor, cuando no ha retrocedido ante dificultades, y aun riesgos, que el tratar públicamente algunas cuestiones supone.

Pascual MENEU
Abogado

BERISTAIN, Antonio, S. J.: *Medidas penales en Derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica*. Reus, S. A., Madrid 1974. 436 págs. de 16 por 23 cms.

En un prólogo breve del profero BARBERO SANTOS se anuncia ya el carácter concomitante de la temática de la obra, con el manejo de cuestiones que suele tratar la moderna "Defensa social" y, efectivamente, el propio BERISTAIN confiesa en una nota preliminar: "esta preocupación por la paz y por la comprensión respetuosa de la persona (aunque sea delincuente), me ha impulsado a escribir las páginas siguientes, tendentes a iluminar algunos problemas de las medidas penales, actualmente en radical transformación y repletas de futuro", terminando esta presentación con un resumen de la estructura y del contenido de la obra, que puede condensarse en el siguiente sumario:

Parte I: "Teoría de las medidas".

Parte II: "Medidas penales en el Derecho positivo español".

Conclusiones.

Anexos: Formularios, Legislación española, Legislación extranjera y Bibliografía.

1. *Teoría de las medidas*

La profusa vigencia material de las medidas penales contrasta con el escaso nivel científico de su base teórica y, por otra parte, con la insuficiencia de medios materiales y personales para una justa y eficaz aplicación de esas medidas, máxime cuando la existencia de amplios márgenes de arbitrio judicial posibilitan la inobservancia del principio de legalidad y de otros derechos fundamentales de la persona. Estas medidas, que en la práctica están revolucionando el Derecho penal, no han sido objeto de suficiente atención por parte de la doctrina y, precisamente, esta obra pretende contribuir a la superación de dicho estado de anemia doctrinal.

En el segundo capítulo se aborda el tema de los antecedentes históricos de las medidas, afirmándose que "brotan principalmente del propio seno del Derecho penal, y no exclusivamente de otros campos jurídicos, como el civil o el administrativo... En nuestra opinión, siempre..., el Derecho penal ha tenido en cuenta la peligrosidad y la resocialización del delincuente...". Tales aseveraciones, con la correspondiente apoyatura argumental, reclaman para el Derecho punitivo una parte importante en la paternidad de las medidas, paternidad que le ha sido discutida por no pocos autores.

¿Cuál es el concepto de medida penal? Para responder a esta pregunta describe BERISTAIN las diversas posturas doctrinales, para concluir diciendo que "son medios asistenciales, consecuentes a un hecho típicamente antijurídico, aplicados por los órganos jurisdiccionales (con ayuda de peritos en las ciencias del hombre), a tenor de la ley, a las personas (naturales) peligrosas (con peligrosidad delictual) para lograr la prevención

especial", lo que parece significar la exclusión de la peligrosidad social no delictual o predelictual. Penas y medidas difieren "ontológica y formalmente, sustantiva y procesalmente. Sin embargo, no media entre ambas una separación "tajante". Por otra parte, el autor matiza igualmente el concepto de medida, contrastándolos con las *Nebenfolgen* alemanas, que considera reparaciones del daño causado por el delito "para compensar a la víctima y así lograr el restablecimiento del orden jurídico y la defensa de la sociedad". Unos diagramas del trinomio pena-medida-reparación penal expresan gráficamente las analogías y diferencias que median entre las tres modalidades punitivas.

A la hora de clasificar las medidas penales, el autor enumera en el capítulo cuarto los diversos conjuntos posibles, en base a los distintos criterios de ordenación: medidas pos y predelictuales, si se atiende al fundamento para su imposición; privativas de libertad, restrictivas de derechos, pecuniarias, etc., en función del bien jurídico al que afectan; respecto al destinatario, personales y no personales; aludiendo también a clasificaciones en base a la duración, la finalidad y su carácter sustantivo o complementario. Se distingue igualmente entre medidas de seguridad y de corrección, identificando estas últimas con las de protección.

La elección del término más adecuado para expresar el concepto recae sobre el vocablo *medidas penales*, "porque son las comprendidas en la legislación del Derecho penal, y las relacionadas más o menos directamente con la pena (para completarla o para sustituirla)". Y al plantearse en el capítulo siguiente —el sexto— el tema de la naturaleza jurídica —administrativa o penal— de estas medidas, concluye BERISTAIN que "...pertenecen al Derecho penal las medidas que fluyen como consecuencia de una actuación típicamente antijurídica. Las demás quedan adscritas a otras ramas del Derecho. Las reparaciones penales pertenecen al Derecho y a la sanción penal, pero no como medidas".

Termina la primera parte de esta obra con el estudio de la "justificación de las medidas", y tras exponer las teorías negativas, el autor se centra en las que consideran justificable la vigencia de tales medidas, eligiendo las que basan su bondad y necesidad en criterios utilitarios y de justicia, tanto en sus vertientes individuales como sociales, pero considerando que su justificación a nivel teórico exige, para que su aplicación práctica también lo esté, suficiente claridad en la doctrina y en la legislación, siempre respetuosa con los principios de legalidad y de autonomía jurisdiccional, sin olvidar una profunda formación criminológica en sus gestores.

2. *Medidas penales en el Derecho penal español*

La segunda parte de la obra, una vez sentados los cimientos teóricos en la primera, se dedica al estudio de las medidas penales en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (LPRS), en la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (LTTM), en el Código penal (CP), en el de Justicia Militar (CJM), en la Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea (LPPNA) y en la Ley de Caza (LC).

Después de estudiar comparativamente la Ley de Vagos y la vigente LPRS, considera el autor que la "pretendida separación entre la peligrosidad y el delito, por una parte, y entre la medida y la pena, por otra, resulta artificial y asistemática, especialmente cuando se refiera a la peligrosidad y a las medidas de los condenados por tres o más delitos... más científica era la regulación de la Ley de Vagos...", que conjugaba con más soltura ambas realidades. La nueva Ley reúne diversas medidas que pueden agruparse en las siguientes categorías: privativas de libertad, restrictivas de libertad, restrictivas de otros derechos, pecuniarias y admonitiva. A continuación se analiza cada una de estas medidas, prosiguiendo con la contemplación crítica de otros aspectos de la LPRS, tales como la ejecución de las medidas y el Registro Central de Penados y Peligrosos, abogando el autor por la necesidad de una profunda reforma en estos y otros aspectos de la vigente legislación.

El capítulo siguiente se dedica a las medidas previstas en la LTTM, que una vez descritas son valoradas críticamente, denunciando la posibilidad prevista en la LPRS de internar a menores en establecimientos para adultos, así como la inexistencia de medidas destinadas a los jóvenes (categoría intermedia a las de menores y adultos), la confusión entre menores delincuentes y no delincuentes precisados de meras ayudas asistenciales o de beneficencia (distinción entre reforma y protección), y, en general, el empleo de una "terminología imprecisa, poco técnica y excesivamente variada"; también se alude a la escasa rigidez procesal, a la posibilidad de imponer a los menores medidas más graves que a los adultos en iguales supuestos y al Tribunal de apelación como carente de la necesaria independencia, competencia y agilidad, para terminar poniendo en entredicho la constitucionalidad de los Tribunales tutelares de menores por su carácter especial. Centrando la atención en las medidas propiamente dichas, se distingue entre las "protectoras" y las "reformadoras", para analizar a continuación las "privativas de libertad", las "restrictivas de derechos" y la "admonitiva", y tras aludir a la realidad práctica de los TTM, torna BERISTAIN a un planteamiento crítico, denunciando la excesiva diversidad de campos a que se extienden estas medidas, la mezcla entre las preventivas y las penales, y en cuanto a estas últimas, en comparación con las aplicables a los adultos, se fija el criterio de que sólo deben diferenciarse en "lo subjetivo" pues "los presupuestos indispensables para imponer esas medidas deben ser objetivamente idénticos"; también se aconseja la conveniencia de evitar en lo posible el envío de menores a centros de internamientos que, en cualquier caso, no deben masificarse. Finalmente, se reitera la conveniencia de arbitrar medidas penales aplicables específicamente en el ámbito del Derecho penal juvenil.

Los dos últimos capítulos se dedican respectivamente, a las medidas en el CP y CJM, por una parte, y en la LPPNA y LC por otra. Tras rememorar el precedente del CP de 1928, se refiere el autor a la vigencia de la "tercera vía" en el CP y CJM, especificando que los artículos 27, 417 y 546 bis d) del primero de estos textos hay una serie de sanciones que pueden ser indistintamente penas o medidas, concretándose sólo.

su naturaleza en función del presupuesto y finalidad que se elijan, sin que exista prohibición alguna en el CP para que los Tribunales impongan tales sanciones con el presupuesto y fines propios de las medidas; en igual sentido se hace hincapié en las inhabilitaciones, suspensiones y privación del permiso para conducir, así como en la caución y en algunas interdicciones, examinando a continuación los artículos 209 y 210 del CJM con idéntico propósito. No se soslayan las llamadas medidas "innominadas" que contine el CP, tales como el internamiento de enajenados, establecimiento para educación de sordomudos, internamiento para jóvenes, prohibición de entrar en determinados lugares, destierro, protector y albergue para jóvenes y cierre temporal de establecimiento, haciendo finalmente consideraciones relativas al CJM y al Estudio para un anteproyecto de CP, antes de culminar el estudio de esta segunda parte con referencias a la LPPNA y LC.

3. Conclusiones

Cuatro páginas finales resumen las conclusiones de BERISTAIN, tras el reseñado estudio, que pueden condensarse en las siguientes citas literales:

I. Conclusiones respecto a la teoría general de las medidas penales:

1. "La parte primera y la parte segunda de este trabajo, así como la legislación extranjera del apéndice, muestran la importancia, cada día mayor de las medidas penales..."

"Los problemas en este campo exigen un replanteamiento radical de las coordenadas del Derecho penal (sustantivo y procesal) y, más aún, de la Penología, entendida en sentido amplio, como la parte del Derecho penal que estudia todas las consecuencias de la acción típicamente anti-jurídica".

2. "...La sanción penal consta de tres especies distintas. penas, medidas y reparaciones. Conviene prestar más atención al estudio sistemático de las dos últimas".

"Urge también distinguir con claridad el concepto (fundamental para las medidas) de peligrosidad *in genere* y sus clases principales... Las personas criminales difieren cualitativamente de las maleducadas, las antisociales de las asociales."

3. "...Como las penas, las medidas se justifican por su utilidad y necesidad para el individuo y la sociedad, por la imprescindibilidad del orden jurídico asistencial. Presuponen la peligrosidad. No presuponen la culpabilidad (propia de las penas)."

4. "...Las garantías que la ley regula para la imposición y aplicación de las penas deben mantenerse con tanto o mayor cuidado para la imposición y aplicación de las medidas penales."

"Las medidas predelictuales... pertenecen al Derecho privado, no al Derecho penal, Las autoridades gubernativas pueden adoptar medidas extrapenales de carácter preventivo y profiláctico..."

5. "Conviene distinguir —en lo posible— las medidas de seguridad y las medidas de protección..."

"La medida penal debe ser impuesta por el mismo Juez o Tribunal que imponga la pena, aunque probablemente en fase distinta."

II. Conclusiones respecto al Derecho positivo español.

1. "La legislación española acerca de las medidas penales resulta escasa, poco realista y asistemática..."

"La carencia casi total de instituciones y de personal especializado obligan a denunciar la artificialidad y la ausencia de realismo en un campo tan importante de la política criminal..."

2. "La Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social sigue las líneas generales de la LVM, con algunos avances... y algunos retrocesos... La nueva Ley vuelve a caer en cuatro de los defectos radicales de la LVM:

A) No autorizar en su texto los créditos indispensables para la construcción, dotación y puesta en marcha de las instituciones necesarias, con el correspondiente personal especializado.

B) Prestar poca atención a las medidas posdelictuales, para fijarse excesivamente en las predelictuales.

C) Considerar estas medidas predelictuales como propias del Derecho penal, mermando así excesivamente las libertades individuales.

D) Ofrecer insuficientes garantías procesales..."

3. "La LTTM regula asistemáticamente un número excesivo de medidas. Muchas de ellas, por su fundamento y su contenido, pertenecen al Derecho privado..."

"Urge la preparación y la puesta en vigor de una legislación complementaria... que regula las medidas penales aplicables a los jóvenes..."

4. "Las medidas (innominadas) del Código penal son insuficientes..."

"La próxima reforma del Código penal debía introducir en su articulado un amplio sistema de medidas posdelictuales de corrección y de seguridad."

"También convendría sistematizar dentro del CP una tercera especie de sanción, las reparaciones penales por el hecho típicamente antijurídico que comprenderían el comiso, la responsabilidad civil *ex delicto*, etc."

5. "En las circunstancias actuales existen más ventajas que inconvenientes para dividir el proceso penal en dos fases. En la fase primera se enjuiciaría el hecho culpable realizado por el acusado. En la fase segunda se investigaría científicamente la personalidad del autor para individualizar la sanción..."

4. Anexos

El Anexo I reproduce una serie de formularios relativos a trámites procesales de los TTM y de la LPRS. En el Anexo II se insertan la LTTM, LVM, LPRS y Reglamento LPRS. El Anexo III reúne legislación extranjera, procedente de diversos países europeos y americanos. Por úl-

timo, el Anexo IV distribuye la abundante bibliografía en cinco apartados: lengua castellana, francesa, alemana, inglesa e italiana.

Una crítica exhaustiva de la reseñada obra del profesor BERISTAIN, exigiría más espacio y, sobre todo, una exclusiva intención en tal sentido, renunciando a cualquier propósito de recensión. Como el objetivo principal de estas líneas era reseñar el contenido del libro, puede bastar con la constancia del interés de la temática elegida, tanto por su vigencia práctica y por la anemia doctrinal que padece, como por el carácter globalizador de la obra que trata el tema de las medidas penales en las diversas leyes hispanas que las contienen, siempre manteniendo un loable nivel de claridad y sin eludir tomas de posición, y todo ello con la apoyatura bibliográfica y de legislación extranjera que caracteriza al autor. La inclusión de formularios, unida al análisis de la vigente legislación, suman a los valores teóricos aludidos la practicidad de la obra, que, por otra parte, tendrá que ser tenida en cuenta para las futuras reformas legislativas.

Luis RODRÍGUEZ RAMOS

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *El alzamiento de bienes*. Editorial Praxis, Sociedad Anónima. 1973. 218 págs., con prólogo de don Octavio Pérez Vitoria y Moreno.

Compleja es la problemática que suscita el alzamiento de bienes, y de modo muy particular, el artículo 519 del Código penal español, objeto de la monografía que se presenta. Como destaca su autor, la materia se encuentra "a caballo entre el Derecho mercantil y el penal" y la "carga histórica" y tradicional desfase entre el Código penal y el de Comercio hacen difícil "hallar el límite que separa el delito de alzamiento de bienes de otras cuestiones civiles o mercantiles" (pág. 14). Por otra parte, la bibliografía es escasa —el tema ha preocupado más a los mercantilistas que a los penalistas—, y lo es, también, la jurisprudencia de nuestros tribunales, por tratarse de un delito de elevada "cifra negra"; factores todos ellos que contribuyen a resaltar el interés de la aportación del profesor Gonzalo QUINTERO.

En cuanto a la sistemática adoptada, advierte el propio autor que "la función del artículo 519 se precisa con mayor exactitud con el planteamiento final, dadas las especiales características del tipo" (pág. 15). Sigue, pues, los postulados finalistas que aplica con rigor y absoluta coherencia, destacando, desde luego, la claridad con que se analizan y exponen los más complejos problemas dogmáticos y el justo y ponderado papel que desempeñan las cuestiones metódicas y sistemáticas.

No es posible —en opinión del autor— diferenciar el alzamiento de bienes de otras conductas punibles de insolvencia, con anterioridad al siglo XIX: no hay, pues, en rigor, antecedentes históricos de este delito hasta la Codificación (pág. 168).

El artículo 519 tipifica un delito "pluriobjetivo" (pág. 46). Objeto de la tutela penal es, ante todo, el "deber" que pesa sobre el deudor de responder con todos sus bienes del cumplimiento de las obligaciones: se trata, en este sentido, de un "Pflichtdelikt". Pero ello no es obstáculo para que, además, se protejan otros bienes jurídicos: el patrimonio del acreedor, la buena fe del tráfico comercial, la relación jurídica obligacional en abstracto, las normas de derecho privado que configuran la relación "acreedor-deudor", e, incluso —eventualmente— la eficacia del procedimiento ejecutivo.

Por razón del "sujeto activo" —"comerciante" o "no comerciante"— configura el Código dos "tipos penales independientes"; el de ellos, "agravado", y que responde —a juicio de QUINTERO— al peculiar "status" del comerciante en el "tráfico fiduciario", merecedor de un tratamiento más severo. Pero es la "cualidad" del sujeto activo, y no la naturaleza de la obligación contraída, lo que debe determinar la aplicación de uno u otro tipo (pág. 72).

Los términos "alzarse" y "bienes" del artículo 519 son "elementos normativos" del tipo. Por "alzarse" entiende "cualquier acto de disposición sobre los propios bienes, ya físico, ya jurídico, que se presente, al menos aparentemente, como capaz de apartar los mismos, en todo o en parte, del destino que les impone la obligación que sobre el deudor pesara". (pág. 197). Pero no es decisivo el "modus operandi" concreto del deudor, ya que el alzamiento de bienes no es uno de los delitos "con medios de ejecución legalmente determinados" (pág. 56). El concepto de "bienes" es más amplio que el de "propiedad", comprendiendo también cualquiera otra titularidad de derecho con un contenido económico transformable en dinero (pág. 101).

Para el monografista, el delito de alzamiento no exige, como "resultado típico" el "perjuicio de los acreedores", pues el artículo 519 "no mira a la represión de la lesión al derecho de satisfacción de los acreedores, sino, simplemente, a la sanción del mero incumplimiento de la obligación, en la forma en que la ley aplicable a cada caso disponga" (pág. 57). Apartándose de un importante sector de la doctrina y jurisprudencia españolas, afirma que se trata de un delito de "mera actividad" y de "peligro abstracto" (pág. 59). Dicha tesis, en su opinión, permite distinguir el alzamiento de bienes de la quiebra por alzamiento, evita la impunidad de un sin fin de conductas, en otro caso atípicas, y justifica el tratamiento de favor que, desde la Reforma de 1944, recibe el alzamiento de bienes, dejando de ser la forma más grave de las defraudaciones (pág. 57).

En cuanto al "tipo subjetivo", considera el artículo 519 como modelo o muestra de "tipo doloso". No admite, por ello, la "imprudencia de hecho" aunque sí el "dolo eventual", compatible a su juicio con la obligada presencia del "elemento subjetivo del injusto" o ánimo de perjudicar a los acreedores (pág. 110).

En el capítulo IX examina, conjuntamente, la problemática de la "consumación" y de la "responsabilidad civil". Niega, en primer lugar, la configurabilidad de la tentativa y la frustración, por entender que el al-

zamiento es un "delito de consumación anticipada" (pág. 132). Respecto a la responsabilidad civil advierte que el "quantum" de la misma no es el de la obligación civil incumplida —obligación anterior e independiente de la "ex delicto" —sino el de los "perjuicios reales" ocasionados al acreedor por el incumplimiento (pág. 136).

Particular interés se concede en esta obra a la teoría de la "participación criminal". Para G. QUINTERO, el alzamiento de bienes es un delito "especial" (sólo el "deudor" —comerciante o no— puede ser "autor principal" del mismo) y, en cuanto infracción de un determinado "deber", es —además— un "impropio delito de propia mano" págs. 144 y 145). No admite, por tanto, la autoría mediata, pero el "extraño" —a su juicio— puede ser "considerado" autor en base a cualquiera de los números del artículo 14, ya que las limitaciones propias de los delitos "especiales" y de "propia mano" afectan sólo a la llamada "autoría principal". Finalmente, estima que "cualquiera que sea la calidad del partícipe, su castigo se medirá con arreglo a la pena establecida en el tipo realizado por el autor principal" (pág. 201), rechazando, así, toda tesis que acuda al artículo 60 del Código penal español para castigar a aquel con el tipo más grave o menos grave (según sea o no comerciante), con independencia del delito cometido por el autor principal.

Advierte, por último, G. QUINTERO, que la estructura y bien jurídico protegido en los respectivos tipos permiten distinguir el alzamiento de bienes de la quiebra fraudulenta del artículo 520 del Código penal, delito éste último de "resultado" que exige el "perjuicio de los acreedores" y la "declaración de insolvencia" por los tribunales civiles. El elemento subjetivo del injusto, que caracteriza al delito de alzamiento de bienes, le diferencia netamente, a su vez, del mero "fraude civil" (pág. 190). Concluye el autor admitiendo la posibilidad de un concurso "ideal" entre los delitos de alzamiento de bienes, estafa del número 2.º del artículo 531 y del artículo 532 y malversación del artículo 399, considerando superfluo el artículo 499 bis, introducido con la Reforma de 1971.

Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA
Profesor ayudante de Derecho penal

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Los delitos especiales y la teoría de la participación*. Editorial Cymys. Barcelona, 1974. 124 págs.

Si la "participación criminal" es uno de los centros neurálgicos en toda teoría del delito, no cabe duda que los llamados "delitos propios" o "especiales" constituyen la piedra de toque de aquélla. No es necesario resaltar el interés de esta nueva obra del profesor QUINTERO, pues ofrece una amplia visión de tan difícil problemática, clara y ágilmente expuesta, con fiel manejo de fuentes bibliográficas, especialmente alemana, pero atenta siempre a las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico. Su aportación es valiosa, y según se verá, algunas de las tesis del autor,

minoritarias aún en la doctrina española, representan una importante brecha en concepciones tradicionales.

Advierte G. QUINTERO que el concepto de delito "especial" surge históricamente ligado a las infracciones de "militares" y "funcionarios públicos" (pág. 12). Se parte de la idea, ante todo, de que ciertas leyes ("especiales") sólo van dirigidas a determinadas personas, con la consiguiente restricción del círculo de posibles "sujetos activos". Pero, desde BINDING, el planteamiento tradicional se enriquece con nuevas perspectivas, trasladándose el núcleo del mismo al campo del "bien jurídico protegido" y del contenido del "injusto", tratándose de explicar, así, la mencionada limitación de la autoría "principal" y de justificar, por otra parte, la punibilidad del "partícipe" (pág. 14).

"Siempre que una condición personal, sea física o sea jurídica, venga exigida por el sentido del tipo, estamos en presencia de un delito propio o especial" (pág. 15). Señala QUINTERO más de un centenar y medio de estos delitos en el Código penal español, si bien propugna importantes restricciones a este concepto: la cualidad personal exigida por el tipo, aunque no necesariamente "permanente", ha de ser siempre "positiva" (pág. 16), previa a la realización del hecho punible y no artificial ni exterior a su autor (pág. 18 y 19). No todo delito de omisión —añade— es un delito "especial", por más que el sujeto activo de aquél haya de encontrarse en una concreta "situación de deber" (pág. 21). Por último, distingue el monografista entre delito "especial" y "tipo cualificado": "debe hablarse de tipos cualificados cuando nos encontramos frente a variaciones de penalidad... previstas para las distintas conductas que realice una misma persona; por el contrario, habrá un tipo distinto, ya sea común, ya especial, cuando la variación proceda de que el hecho reciba distinta penalidad en función de un distinto carácter personal del autor" (páginas 25 a 27).

Las normas "especiales" van dirigidas a "todos" los ciudadanos: también el partícipe no cualificado es destinatario de las mismas (pág. 43). Niega el autor, por tanto, que el sujeto activo en los delitos especiales ocupe una peculiar "situación de deber" ante la norma, distinta a la de los restantes ciudadanos y que dicha posición especial fundamente, por sí sola, la antijuricidad (págs. 35 y 36): "...en la sociedad cabe destacar posiciones personales distintas entre los ciudadanos, y tales posiciones comportan una evidente trascendencia en muchos órdenes, pero este fenómeno es anterior al nacimiento del tipo. Aparecido éste se evidencia que el interés en él protegido ha alcanzado naturaleza comunitaria y a todos compete el deber de protegerlo y a todos afecta la norma que incrimina su lesión" (pág. 42).

El "tipo del partícipe" se configura con los elementos de la norma de la parte especial y aquellos que contiene la norma general sobre participación: aunque tributario del tipo principal, es distinto de éste y goza de sustantividad propia (pág. 49 y 67). Ahora bien, en cuanto a la antijuricidad, graduable por cierto, a juicio del autor, su contenido es básicamente el mismo para todos los partícipes (págs. 44 y 49), pudiéndose.

señalar, tan sólo, una diferencia de "intensidad" entre el injusto que realiza el cómplice y el del autor principal.

La punición del partícipe en los delitos especiales —propios o impropios— no se resuelve por el artículo 60 del Código penal español; la pena debe medirse, en todo caso, con arreglo a la señalada en el tipo del autor principal —no según la del delito común básico, en los delitos especiales impropios— (pág. 70 y 71).

Autor "principal" es aquel cuyo comportamiento puede subsumirse, sin más, en los respectivos tipos de la parte especial (pág. 77); para QUINTERO, no se encuentra recogido en el artículo 14, 1.º del Código penal. Lo característico de los delitos especiales es que el "extraño" no puede ser nunca "autor principal" —mediato o inmediato, ni coautor principal—: pero tales limitaciones no operan respecto a los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 14. Contra la doctrina española dominante sostiene que el "extraneus" puede ser "coautor material" (artículo 14, 1.º) de delitos especiales, siempre que la estructura del tipo concreto permita a aquél "tomar parte" en el hecho ejecutado por el autor principal (página 80).

El autor "mediato" es autor en sentido estricto y su punibilidad puede fundamentarse sin acudir al artículo 14 del Código penal. La autoría mediata se construye sobre la base de la falta de "dolo" en el "instrumento", y en esto se distingue de los supuestos contemplados en el artículo 14, 2.º del Código penal, pues tanto el "forzado" como el "inducido" actúan "dolosamente" (pág. 95). Rechaza G. QUINTERO la autoría mediata "con instrumento doloso": en tales casos, a su juicio, "no habrá más remedio —si se trata de un delito especial impropio— que castigar al llamado instrumento doloso como autor del mismo, y al extraño, como inductor. Si el delito es especial propio, se deberá declarar la atipicidad de tal conducta" (pág. 104). Admite, por el contrario, la autoría mediata del "intraneus" en los delitos especiales propios, excepto en los de "propia mano" (pág. 110); pero no la del "extraneus" que se sirve de un "cualificado", pues falta entonces el "hecho principal" y lo impide, además, la función limitadora del tipo (págs. 114 y 115).

Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA
Profesor ayudante de Derecho penal.

ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

New York University Law Review

Vol. 47, núm. 2, mayo 1972

The Proposed Federal Penal Code (El Código Penal Federal propuesto);
Págs. 320-348.

La Comisión Nacional de Reforma de las Leyes Penales Federales de los Estados Unidos, creada por el Congreso en 1966, con la misión de reformar y mejorar el sistema de justicia criminal federal, presentó en enero de 1971 un *Informe Final (Final Report)*, cuyas notas más sobresalientes eran:

A) En primer término, una simplificación de las secciones que constituían el articulado del *United States Code* (U.S.C.), mediante la eliminación de su seno de figuras delictivas duplicadas y la unificación de disposiciones desperdigadas asistemáticamente en dicho texto, ensanchando así el Título 18 del referido Código, relativo a las Leyes Penales Federales.

B) En segundo, ya en un plano más concreto, uno de los objetivos más ambiciosos de la Reforma ha sido el de dar una nueva definición del delito federal, en base a la mera acción delictiva y con independencia del elemento procesal integrado por el hecho de la jurisdicción federal, en cuanto ésta era la competente para conocer de tales delitos. Hasta ahora, las definiciones de los distintos tipos de delitos eran vagas y confusas, por cuanto el requisito de la jurisdiccionalidad había llegado a convertirse en la esencia misma del delito, con independencia del acto constitutivo de éste, cuya naturaleza pasaba, así, a un plano secundario. Este criterio originaba una subsiguiente multiplicidad y duplicación de figuras de delito idénticas o similares. En tal sentido, existían dos tipos de delitos distintos de asesinato, el cometido en un jurisdicción marítima y territorial especial [18 U. S. C. § 1111 (1970)] y el asesinato del Presidente y otros funcionarios públicos federales [18 U.S.C. 1751 (1970)], con lo que se acentuaba el interés federal en proteger una determinada jurisdicción especial (la marítima) y unos determinados funcionarios federales (el Presidente de Gobierno y otros).

Pero, además, esta duplicación de figuras delictivas procede de la Revisión del Código Penal Federal, efectuada en 25 de junio de 1948, que alteró la estructura y sistemática del Código, al optar por una clasifica-

ción puramente alfabética para todos los delitos, dejando, incluso, espacios en blanco a llenar por reformas posteriores. Desde entonces, la originalidad y complejidad del delito han determinado la inclusión asistemática de nuevos tipos delictivos. Por ejemplo, en 1965, se añadió el [(18 U.S.C. § 1751 (1970)], que prevenía el asesinato del Presidente.

La Comisión de Reforma ha seguido ahora, por el contrario, el sistema insito en las leyes penales estatales, en las cuales el núcleo de la definición del delito lo forma la acción criminal, no la base jurisdiccional. Y los presupuestos jurisdiccionales son enumerados en una sección aparte. Lo que, sin duda, aporta al Código mucha más lógica. Así, el párrafo 1.601 define ahora, dentro del homicidio, el delito de asesinato, sin referencia alguna a la base jurisdiccional, de la que se ocupa la sección 201, expresando la determinación de la jurisdicción federal *ratione personae*, *ratione loci*, etc.... Donde antes se prevenían, por ejemplo, cinco delitos distintos de asesinato (el de personas enroladas en las actividades pro-Derechos civiles, el cometido en una jurisdicción marítima y territorial especial, el de empleados federales en el cumplimiento de sus deberes, el del Presidente y el cometido con ocasión de robar un banco), ahora aparece definido uno tan sólo.

La ventajas de este nuevo método definitorio son evidentes: evitar la multiplicidad y repetición de idénticos tipos de delito; un mejor cumplimiento de lo dispuesto en los tratados internacionales de extradición; facilitar una mejor individualización y graduación de la pena a imponer una simplificación de los procedimientos federales para el Gobierno, por cuanto hasta ahora el carácter federal del delito exigía que el procesado hubiese conocido, a efectos de delimitar la jurisdicción competente, la naturaleza federal de su acto delictivo o hubiese debido conocerla o preverla. Por el contrario, al quedar reducido el problema jurisdiccional a una simple cuestión de qué jurisdicción es la soberana para conocer y castigar ciertos delitos, el grado de culpabilidad del delincuente no depende ya de si conocía o no, en el momento de la comisión de su acto delictivo, cuál era la jurisdicción competente para juzgarlo: la federal o la estatal.

Otras consecuencias derivadas del método definitorio adoptado por la Comisión de Reforma son la concesión de más facultades al Gobierno Federal, dotándole de más efectividad, de la posibilidad de pronunciar unas sentencias más racionales, lo que no es obstáculo para el planteamiento de nuevos problemas.

Así, la ampliación del concepto del denominado "*piggy-back*" como criterio base para determinar la existencia de la jurisdicción o competencia federal ha supuesto el ensanchamiento de la sección 201 (b) del Título 18 del *U.S. Code*, por cuanto, en materia de delitos contra las personas y contra la propiedad, caerá dentro de la competencia federal todo delito cometido por medio de un delito federal o en inmediata conexión con éste. Por ejemplo, el supuesto de hurtar un coche para robar un banco asegurado con arreglo al sistema federal, implica que el Gobierno federal puede acusar al procesado, no sólo del último delito (atracó a un

banco federal), sino también del primero. Lo que, de inmediato, plantea enormes problemas de conexión en los que se interfieren las leyes locales o estatales y las leyes federales; aparte de la dificultad inherente a la delimitación conceptual del término "closely related" (en conexión estrecha) que se aplica al delito no federal para ponerlo en relación con el de carácter federal, a fin de determinar la jurisdicción competente.

C) Dentro de las reformas de carácter sustantivo o material, destaca la del delito de conspiración (*criminal conspiracy*). Hasta ahora era totalmente aceptada la definición del "Common Law" inglés sobre la *conspiracy*: "...acuerdo de dos o más personas para, por alguna acción concertada, llevar a cabo algún fin, no criminal o ilegal en sí mismo, por medios criminales o ilegales"; o "acuerdo de dos o más personas para producir un objetivo dañoso (*harmful objective*)". A partir de ahora será preciso el "acuerdo de dos o más personas para cometer un delito previsto en el Código". Con lo que desaparecerá, posiblemente, la práctica de tratar a la conspiración con total independencia del delito sustantivo a la hora de imponer la pena; aunque, sólo en este punto, pues el delito de conspiración sigue considerándose como una figura autónoma de delito.

D) Por último, en materia de penas se introducen importantes novedades:

En primer término, la no exclusión *a priori* de la condena condicional bajo régimen de prueba (*probation*) y de la libertad vigilada bajo palabra (*parole*) de los condenados a pena de muerte (conmutada) y a pena de prisión perpetua; por lo que podrán solicitar que se les apliquen tales beneficios.

Y, en segundo, mantiene, si bien limitada a algunos delitos tan sólo, la pena capital. Precepto éste que, en cualquier caso, se encontrará obstaculizado en sus posibilidades de aplicación práctica por el fallo judicial de anticonstitucionalidad de la pena capital recaído, a nivel federal y estatal, en *Furman v. Georgia*, el 29 de junio de 1972.

El *Informe Final* del Proyecto ha sido aprobado, con sustanciales modificaciones, en abril de 1974, por el Senado norteamericano.

Pedro-Luis YÁÑEZ ROMÁN

NOTICARIO

CONFERENCIAS DEL PROFESOR BARBERO SANTOS, EN DICIEMBRE DE 1973, EN VARIAS UNIVERSIDADES ALEMANAS:

El profesor Barbero Santos, catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valladolid, se trasladó en diciembre de 1973 a Alemania, aceptando una invitación del Servicio Alemán de Intercambio Científico, efectuada en el marco del Convenio Cultural Hispano-Alemán. El doctor Marino Barbero Santos ha sido precisamente una de las cinco personalidades de la vida académica española invitadas en 1973, en este marco, a efectuar una visita a aquel país, de acuerdo con los términos de la comunicación oficial cursada por el embajador de la República Federal de Alemania en nuestro país, profesor Meyer-Lindenberg.

Con este motivo, el profesor Barbero Santos recibió invitaciones de numerosas universidades alemanas para pronunciar conferencias, aceptando hacerlo en cuatro de ellas, disertando en las Universidades de Friburgo de Brisgovia, el 3 de diciembre; en la de Saarbrücken, el 6, y en la de Colonia, el 10. Razones personales le obligaron a cancelar la que había de pronunciar en Francfort el día 13.

El tema elegido, *Postulados político-criminales del sistema punitivo español desde el Código de 1848*, despertó el más vivo interés, verificándose a continuación de las conferencias animados coloquios. Un particular significado ha tenido, sin duda, para el profesor Barbero la conferencia friburguesa, por ser el hoy catedrático de la Universidad vallisoletana antiguo alumno de aquella ilustre Alma Mater, porque la presentación o "laudatio" la efectuó el profesor Jescheck, ex-rector de la misma y uno de sus maestros, y porque entre los asistentes se encontraba el pleno de sus compañeros del Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional, la más importante institución del mundo en el ámbito del Derecho penal, y a la que el profesor de Valladolid se encuentra tan vinculado.

I SIMPOSIO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA BIOLOGICA. INSTITUTO OSCAR FREIRE, Sao Paulo 8-12 agosto 1974

La Sociedad Internacional de Criminología y el Instituto Oscar Freire convinieron la creación de una sección especializada y autónoma del Instituto Internacional de Criminología, EL CENTRO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA BIOLOGICA Y MEDICO LEGAL.

Sus fines serán la investigación en los campos que le dan título, con personal científico procedentes, principalmente, de la Universidad de Sao

Paulo, la enseñanza criminológica o difusión de aquellas, para especialistas latino americanos y la publicación de una revista en tres ediciones: portugués, español e inglés-francés.

El Centro Internacional de Criminología Biológica y Médico Legal, así constituido, lo dirige un Consejo, con un Comité Ejecutivo, formado por representantes de la Sociedad Internacional, del Instituto Oscar Freire, miembros cooptados y miembros natos, que son los señores A. M. AMAR (director), NEGREIROS PENTEADO, PEREIRA BICUDO, CANESTRI, CANEPA, LEJINS, QUIRÓS CUARZÓN, DRAPKIN, ETE, J. PINATEL y J. ANTONIO DE FONSECA.

Los temas de su primer simposio internacional son.

"Aporte científico de la bioquímica en relación al comportamiento antisocial y los problemas de su contribución a la prevención y a la readaptación del delincuente."

"Genética y criminalidad. Estado actual de la investigación. Análisis de las posibilidades prácticas."

"Aspectos político-criminales del problema de las drogas. La psicofarmacología; prevención y tratamiento."

"La sistematización de la investigación médico legal: los aspectos conceptuales, éticos y jurídico penales."

Pascual MENEU MONLEÓN

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

ORGANIZADO POR LA FUNDACION ALEMANA ALEXANDER VON HUMBOLDT, SE HA CELEBRADO, EN EL MES DE OCTUBRE DE 1973, EN LUDWIGSBURG, UN SYMPOSIUM CON AMPLIA PARTICIPACION DE PROFESORES ESPAÑOLES DE DERECHO PENAL

Del 7 al 12 de octubre de 1974 se ha celebrado en Ludwigsburg, organizado por la Fundación Alexander von Humboldt, un symposium bajo el lema "Colaboración internacional en el ámbito del Derecho penal". En el encuentro han participado la generalidad de los profesores de Derecho penal y de Criminología de todo el mundo —una treintena— antiguos pensionados de la Fundación von Humboldt que, por vez primera en su larga y admirable historia de mecenas de la investigación científica, reunía a un grupo de antiguos y actuales becarios para que se ocupasen de analizar los problemas más importante que afectan a la disciplina, junto a una representación de los profesores alemanes más destacados de la misma especialidad. La representación española estuvo integrada por los siguientes profesores: Barbero Santos, Cerezo Mir, Córdoba Roda, Gimbernat Ordeig, Muñoz Conde, Polcino Navarrete y Suárez Montes.

Fueron numerosos y del más notable interés los temas tratados. En la primera parte del symposium los participantes, divididos en grupos regionales, estudiaron las relaciones entre el Derecho penal alemán y el

Derecho penal de los respectivos países y, asimismo, las reformas efectuadas o en preparación en ellos. En la segunda, la división fue temática: la criminalidad económica, los elementos de la culpabilidad y el Derecho penal internacional, fueron objeto de estudio de los respectivos grupos. Aparte de ello, en la sesión de apertura se trató de la reforma penal alemana y de la formación investigadora de los becarios extranjeros en el Max-Planck-Institut friburgués.

En los próximos meses un volumen recogerá las ponencias, intervenciones y conclusiones de este importante symposium. Será entonces el momento de ocuparnos con amplitud de él. Por su excepcional trascendencia reproduciremos a continuación, sin embargo, a modo de significativo anticipo, las conclusiones tomadas en la sesión de trabajo del 9 de octubre, por el grupo regional hispano-luso-latinoamericano, y que fueron aprobadas por unanimidad en la sesión de clausura.

A) La reforma del Derecho penal debe partir en estos países de un estudio profundo de los problemas actuales de política criminal y de las bases dogmáticas para su realización, que la investigación científica ha puesto de manifiesto, pero que los proyectos y reformas de los últimos años no siempre han tomado en consideración.

B) La futura legislación penal debe basarse en los principios de legalidad y culpabilidad, que los últimos proyectos y reformas punitivas sólo contemplan, en general, de una manera defectuosa (salvo su voto el doctor Yáñez).

C) Es preciso renunciar a la utilización del Derecho penal como instrumento para la imposición de ideologías políticas o de concepciones morales que impidan una organización pluralista de la sociedad

D) Deben eliminarse del futuro Derecho penal los medios inhumanos de represión, como la pena de muerte y las privativas de libertad de duración indeterminada, o de excesiva duración.

E) La reforma del Derecho penal requiere como complemento imprescindible la reestructuración del derecho de ejecución de penas.

F) La cooperación científica internacional se considera uno de los medios más adecuados para el logro de los objetivos señalados.

CONFERENCIAS SOBRE DELINCUENCIA JUVENIL

El Departamento de Derecho penal de la Facultad de Derecho de San Sebastián organizó un *Ciclo de conferencias sobre Delincuencia Juvenil*, del 8 al 17 de mayo de este año 1974, según el programa siguiente:

8 de mayo.—Introducción por el presidente del Tribunal Tutelar de Menores de San Sebastián, don José María de Lojendio.

A continuación el secretario general de la Asociación Internacional de Derecho penal, doctor Giacomo Barletta, de Catania, expuso el tema: "*Imputabilidad: semi-enfermedad y menores de 18 años*".

9 de mayo.—El director del Departamento de Derecho penal de la Facultad de Derecho de Valladolid, profesor doctor Marino Barbero San-

tos, disertó sobre: "*Tratamiento de la delincuencia juvenil en el Derecho comparado y español*".

15 de mayo.—El doctor Julio Caro Baroja, miembro de la Real Academia de la Historia, disertó sobre "*El problema de las testificaciones de jóvenes en los procesos de brujería*".

16 de mayo.—El director del Departamento de Derecho penal de la Facultad de Derecho de San Sebastián, profesor doctor Antonio Berinstain, habló sobre: "*Los jóvenes, ¿delincuentes o víctimas de la droga?*".

17 de mayo.—El director del Departamento penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, profesor doctor José María Rodríguez Devesa, pronunció la lección de clausura sobre "*Edad juvenil y delitos de tráfico*".

La Fundación "Orea y Luz" de la Universidad Complutense de Madrid, convoca un premio de 250.000 pesetas sobre el tema "Indemnización a las víctimas de errores judiciales". Los trabajos han de presentarse en la Secretaría de la Facultad de Derecho antes del día 31 de marzo de 1977 acompañados de escrito dirigido al "Presidente del Patronato de la Fundación Orea y Luz". Pueden concurrir los licenciados y doctores que hubieran cursado sus estudios en la Universidad referida.

El Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Chile (Valparaíso) ha convocado unas "Jornadas Internacionales de Derecho penal en celebración del centenario del Código penal chileno" que tendrán lugar los días 7 a 12 de noviembre. Los temas a tratar son:

1. La fundamentación doctrinal y la orientación político-criminal del Código penal chileno en el panorama actual del Derecho penal.
2. El principio de culpabilidad en el Código penal chileno.
3. Problemas básicos de la autoría y la participación en el Código penal chileno.
4. Los bienes jurídicos protegidos en el Código penal chileno y la ordenación de su Parte especial.

El Servicio de Prensa del Consejo de Europa ha difundido un extracto del "rapport" que presentará en la sesión del 30 de septiembre. Bertil Lidgard (Suecia) en Estrasburgo, sobre "La abolición de la pena de muerte". La situación en los diecisiete Estados miembros del Consejo es la siguiente:

- a) La han abolido para los delitos de derecho común y también para.

los militares y leyes de excepción: Austria, República Federal Alemana, Islandia y Suecia.

b) La mantienen sólo en el derecho militar, particularmente en tiempo de guerra: Bélgica, Dinamarca, Italia, Luxemburgo, Malta, Holanda, Noruega, Suiza y el Reino Unido.

c) La mantienen, incluso en el derecho común: Chipre, Francia, Irlanda y Turquía.

El ponente pide que la Asamblea del Consejo de Europa interese de los gobiernos de los Estados miembros que mantienen la pena de muerte para delitos de derecho común que la supriman, y requiere a aquellos Estados miembros que la conservan para delitos militares o crímenes de guerra, para que examinen la posibilidad de la abolición.

INDICE GENERAL DEL TOMO XXVII

FASCICULO I

Enero - Abril MCMLXXIV

Páginas

Sección Doctrinal

<i>Heinz Mattes —In Memoriam—</i> , por Marino Barbero Santos	5
<i>El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos</i> , por Angel Torío López	25
<i>La estructuración jurídica del delito culposo, problema actual de la dogmática</i> , por Ruperto Núñez Barbero	61

Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal 1974</i> , por Pedro-Luis Yáñez Román ...	121
<i>Jurisprudencia procesal penal (Sala 2.^a del T. S.)</i> , por Fernando Gisbert Calabuig	145

Revista de Libros

BELLAMY, J. G.: <i>The Law of Treason in England in the Later Middle Ages</i> , por Pedro-Luis Yáñez Román	161
A. B. J. D.: <i>Reflexión sur la definition et la represión du Terrorisme</i> , por Pascual Meneu	172
I. N. E.: <i>Estadísticas judiciales de España. Año 1969</i> , por Pilar Gómez Pavón.	173
Instituto de Criminología de la Universidad de Panamá: <i>Los condenados de la Isla penal de Coiba. Delincuentes habituales en robo y hurto. Dieciséis condenado por consumo y tráfico de marihuana</i> , por Alfonso Serrano Gómez	176
LE CLERE, Marcel: <i>La police</i> , por Pascual Meneu	177
BERISTAIN, Antonio, S. J.: <i>Medidas penales en Derecho contemporáneo</i> , por Luis Rodríguez Ramos	180

Anuario de Derecho penal y Ciencias penales

Páginas

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: <i>El alzamiento de bienes. Los delitos especiales y la teoría de la participación</i> , por Antonio García-Pablo de Molina	185
--	-----

Revista de Revistas

ESTADOS UNIDOS: <i>New York University Review</i> , por Pedro-Luis Yáñez Román	191
---	-----

Noticario

NOTICIARIO	195
-------------------	-----

Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal</i> 1974, por Pedro-Luis Yáñez Román	121
<i>Jurisprudencia procesal penal</i> (Sala 2. ^a del T. S.), por Fernando Gisbert Calabuig.	145

Revista de Libros

BELLAMY, J. G.: <i>The Law of Treason in England in the Later Middle Ages</i> , por Pedro-Luis Yáñez Román	161
A. B. J. D.: <i>Reflexión sur la definition et la repression du Terrorisme</i> , por Pascual Meneu	172
I. N. E.: <i>Estadísticas judiciales de España. Año 1969</i> , por Pilar Gómez Pavón.	173
Instituto de Criminología de la Universidad de Panamá: <i>Los condenados de la Isla penal de Coiba. Delincuentes habituales en robo y hurto. Dieciséis condenados por consumo y tráfico de marihuana</i> , por Alfonso Serrano Gómez.	176
LE CLERE, Marcel: <i>La police</i> , por Pascual Meneu	177
BERISTAIN, Antonio, S. J.: <i>Medidas penales en Derecho contemporáneo</i> , por Luis Rodríguez Ramos	180
QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: <i>El alzamiento de bienes. Los delitos especiales y la teoría de la participación</i> , por Antonio García-Pablo de Molina	185

Revista de Revistas

ESTADOS UNIDOS: <i>New York University Review</i> , por Pedro-Luis Yáñez Román.	191
---	-----

Noticario	195
-------------------------	-----

Suscripción anual: España, 800,— pesetas
Extranjero, 950,— pesetas
Número suelto, España, 350,— pesetas
Extranjero, 450,— pesetas