

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XII
FASCICULO III



SEPBRE. - DICBRE.
MCMLIX

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:
EUGENIO CUELLO CALÓN
Catedrático de Derecho penal

Subdirector:
JUAN DEL ROSAL
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Madrid

Redactor-Jefe
ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS
Magistrado de la Sala de lo Criminal del
Tribunal Supremo

Secretario:
DIEGO MOSQUETE
Profesor Encargado de Cátedra de Dere-
cho penal de la Universidad de Madrid

INDICE

	<u>Páginas</u>
Sección Doctrinal	
<i>Hacia una posible concepción unitaria juridico-penal de la culpabilidad</i> , por Antonio Quintano Ripollés.....	485
<i>Presupuestos metódicos del concepto de culpabilidad. Sobre las concepciones «normativas» en Derecho penal</i> , por Salvatore Messina.....	541
<i>El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal</i> , por José Cerezo	561
Sección Legislativa	
<i>Situación administrativa de los funcionarios procesados</i> , por Juan Luis de la Vallina Velarde	573
Sección de Jurisprudencia	
<i>Valoración psicológica del móvil del infanticidio</i> , por Juan del Rosal	585
<i>Jurisprudencia penal correspondiente al segundo cuatrimestre de 1958</i> , por José María González Serrano	590
Revista de libros	603

BATAGLINI, Giulio: "La Querela", por *Eugenio Cuello Calón*; CAMARGO HERNÁNDEZ, César: "El principio de la legalidad de los delitos y de las penas", por *Diego Mosquete*; CONSTAN, Jean: "Les systèmes de répression en matière d'infractions économiques", por *Domingo Teruel Carralero*; GARCÍA BASALO: "La política penitenciaria del Estado de San Pablo", por *Diego Mosquete*; GERMAIN, Charles: "Éléments de science pénitentiaire", por *Alberto Laguía Arrazola*; GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José: "Principios de Derecho procesal mexicano", por *Eugenio Cuello Calón*; GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOECHEA, José: "¿La guerra:

ANUARIO DE DERECHO PENAL

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

Periodicidad: CUATRIMESTRAL

Precio de suscripción: España, 150 ptas. Extranjero, 200 ptas.

Precio del fascículo suelto: España, 80 ptas. Extranjero, 100 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948

Ultimo fascículo aparecido: mayo-agosto 1959.

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, suscripciones, venta de fascículos, separatas, etc., dirigirla al Servicio de Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, núm. 6, teléfono 22-92-42, Madrid.

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

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS.

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 3

**ANUARIO DE DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

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



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

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TOMO XII
FASCICULO III



SEPBRE - DICBRE
MCMLIX

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.

SECCION DOCTRINAL

ANTONIO QUINTANO RIPOLLES

HACIA UNA POSIBLE CONCEPCION UNITARIA JURIDICO-PENAL DE LA CULPABILIDAD

SALVATORE MESSINA

PRESUPUESTOS METODICOS DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD.—SOBRE LAS CONCEPCIONES «NORMATIVAS» EN DERECHO PENAL

DR. JOSE CEREZO

EL CONCEPTO DE LA ACCION FINALISTA COMO FUNDAMENTO DEL SISTEMA DEL DERECHO PENAL

Hacia una posible concepción unitaria jurídico-penal de la culpabilidad (*)

ANTONIO QUINTANO RIPOLLES

Magistrado del Tribunal Supremo

SUMARIO: I. Alcance del problema.—II. La doctrina alemana.—III. La doctrina italiana.—IV. La doctrina francesa.—V. La doctrina suiza.—VI. La doctrina de la *Guilt* anglo-sajona.—VII. La posición positivista integral y la abolición de la culpabilidad en la doctrina y *praxis* soviéticas.—VIII. La doctrina española.—IX. Nuestra posición: De la concepción unitaria de la culpabilidad, análisis, síntesis y situación estructural del concepto.

I. ALCANCE DEL PROBLEMA

En la semántica tradicional común y gramatical el vocablo «culpabilidad» ha venido respondiendo a su acepción latina de *culpabilitas*, a modo de calidad de «culpable» o responsable de un acto o conducta tenidos por pecaminosos o criminales. En esta acepción vastísima es claro que la culpabilidad es concepto de amplitud abismal, interesando más allá del Derecho a la Teología, la Metafísica, la Moral y, en general, a todas las disciplinas de tipo humano y culturalista. Como tal principio metajurídico (más no quiere decir extraño al Derecho, sino sito en él, pero más allá de él), preocupó siempre, mucho antes que a los juristas, a los más egregios espíritus filosóficos, desde Platón a Hegel, culminando en el siglo XIII con las armónicas e insuperadas soluciones que procuró Santo Tomás de Aquino al desarrollar la tesis liberoarbitrista y voluntarista agustiniana del *omne peccatum est in voluntate* (*Summa Theológica*, II a II æ, q. LIX, art. 1).

Aun reconociendo la inmersión de tan trascendental problema en el Derecho penal, a modo de presupuesto del que, como el nuestro, descansa o pretende descansar en *substrata* espiritualistas (no siempre felizmente perfilados por su técnica), no ha de ser éste el tema del actual trabajo. Bello y apasionante entre todos, rebasaría en mucho el carácter jurídico penal y, sobre todo, la posible competencia de su autor. Es su propósito circunscribirlo a

* Ese artículo está destinado al Libro-Homenaje en honor del Profesor don Nicolás Pérez Serrano, que ha de aparecer en el presente año.

la mera exposición, siquiera esquemática, del moderno despliegue de las doctrinas de la culpabilidad en la dogmática iuspenalista hoy dirigente y referida exclusivamente a cuestiones puramente técnicas. Si bien ellas tienen sus raíces harto visibles en lo filosófico y aun en lo teológico, presentan aspectos genuinamente penales y en absoluto modernos, puesto que nacen prácticamente con el siglo y no se plantearon siquiera, al menos de un modo consciente, en el tiempo de las grandes codificaciones. Entonces, y mucho después, la noción de la culpabilidad fué la ordinaria y, por decir así, ingenua implicada en el vocablo. Aun así, fué ya un notable triunfo de los puntos de vista de espiritualidad del Derecho y de la teoría general del delito, a influjos de la Iglesia, de los teólogos morales y de los canonistas, pues, como es bien sabido, la tradición germánica, y en gran parte la romana, abogaba por la intrascendencia de lo espiritual y subjetivo (predominio de la *Erfolgshaftung* o «responsabilidad por el resultado» sobre la *Culpshaftung* o «responsabilidad por la culpabilidad»).

En el mentado estadio cultural en que nuestros códigos penales surgen, confluyendo en lo que a este asunto atañe, la tradición católica vernácula con la iusnaturalista racionalista del Iluminismo, inspirador de los modelos franceses e itálicos, el léxico del Código penal español se acoge, como los demás de la época, a la acepción usual de la voz, en que el adjetivo «culpable» se asimila ordinariamente al de «responsable» y aun al sustantivo de «re»; como sucede, entre otros, en el art. 232, circunstancia primera, en que, al tratar del atentado, se prevé la circunstancia de que «el culpable pusiere manos en la autoridad». No otro sentido de generalidad, no exenta de vaguedad, tuvieron en las otras lenguas románicas la *culpabilité* francesa y la *colpevolezza* italiana.

En los idiomas germánicos, por el contrario, tanto el vocablo sajón *Guilt* como el germano de *Schuld*, éste sobre todo, encerraron acepciones algo más concretas, referidas a un débito referible a obligaciones exigibles. Tal es la doble significación, incluso técnico-jurídica, de la palabra alemana *Schuld*, aplicable a las obligaciones de Derecho civil (*Schuldrecht*, «derecho de obligaciones») y a la culpabilidad en el sentido penal y ordinario que ésta tuvo y sigue teniendo en las lenguas latinas (1). No es aventurado, quizá, el pensar que a estas divergencias lexicológicas respondan las diferencias de concepto y que, en consecuencia, la doctrina alemana haya sido la que, por imperativos de tradición lingüística, ha preferido constantemente las acepciones de tipo jurídico y normativo, en tanto que la latina, italiana y española se pronunciaron preferentemente por las ético-psicológicas, que respondían con mayor

(1) Según BINDING, la voz germánica de *Schuld* deriva de *Skulan*, significando originariamente el «deber» o *Sollen*, y lo debido en virtud de cualquier título (V. Die Normen, t. II, pág. 267).

fidelidad al eco milenario de la *culpabilitas* romana. Es ésta una mera sugerencia de interés más bien histórico, ya que, en la actualidad, los problemas cardinales se hallan planteados en otro terreno. En todos, empero, lo filológico trasciende siempre, pues, como dijo el gran Gierke, «las palabras son la carne y no los trajes de las instituciones jurídicas».

Conforme a la aludida significación tradicional, usual en los códigos y en la doctrina, el término culpabilidad no suscitó en sí cuestiones dogmáticas, aunque si copia de ellas en lo filosófico trasladado a lo jurídico, notablemente en torno al libre albedrío y el determinismo, que tanto apasionaron a las escuelas clásica y positivista en las postrimerías del pasado siglo. Fué la *magna questio* del tiempo, en la que pareció jugarse hasta la existencia misma del Derecho penal (2). En el alborar de la presente centuria, sin embargo, al apagarse en la paz o armisticio de las escuelas los fulgores de tales querellas que obviamente desbordaban el campo del Derecho y concentrarse todos los afanes en la construcción de una teoría del delito en puridad técnica y dogmática, prevaleciendo la primera en la ciencia italiana y la segunda en la alemana, la cuestión de la culpabilidad quedó definitivamente centrada en el terreno jurídico. Prescindiéndose, aunque no desentendiéndose en la mejor doctrina, de los factores metafísicos y metajurídicos en general, dicha noción pasó a ser, sobre todo desde el trascendental libro de Ernesto Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, de 1906, uno de los tres caracteres o elementos de la infracción criminal, al ser definida ésta jurídicamente como acto típico, antijurídico y *culpable*. Es entonces, empero, cuando la doctrina se esfuerza en precisar con inauditos alardes de sutileza y profundidad el alcance y naturaleza de tales conceptos, cuestión en torno a la cual viene girando gran parte de la ciencia jurídico-penal de lo que va de siglo. Entre ellos, el más discutido y aun el tenido generalmente por cardinal es el de la culpabilidad, cuyo sino parece ser el de suscitar querellas.

Aceptándose con escasas, aunque bien lamentables desviaciones, tales como la del positivismo integral y la del marxismo soviético (v. VII), los presupuestos ideales que la voz de culpabilidad secularmente evoca, llegó la hora de problematizar su naturaleza específica jurídico-penal en derredor al doble tópico de su psicologismo o normativismo. Cuestión nacida, como en seguida ha de verse, en la doctrina alemana, ha ido infiltrándose en las extranjeras, donde no siempre se conservan los puntos de vista de la discusión originaria, propugnándose en los espíritus más clarivi-

(2) En referencia concreta a la culpabilidad y en la bibliografía alemana del fin de siglo son de citar como culminantes las obras de KULENBECK: *Der Schuld begriff als Einheit von Wille und Vorstellung in ursächlicher Begehung zum Verantwortlichkeitserfolg* 1892, en sentido liberoarbitrista, y de LÖFFLER: *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleich, und dogmat. Darstellung*, 1895, confesadamente determinista.

dentes y clásicos—*in bonam partem*—una conciliación sincrética que se busca afanosamente en diversos caminos. Tras de exponer los seguidos por los maestros más prestigiosos o significativos, osaremos mostrar el nuestro, parvo e infecundo como tal, pero propio, como la casa de Lope y el huerto de Epicuro.

II. LA DOCTRINA ALEMANA

La caracterización metajurídica y, concretamente, en lo penal, psicológica de la culpabilidad, fué la *communis opinio* en Alemania como en el resto del mundo hasta que el a la sazón profesor de la Universidad de Tubinga, Reinhard Frank, la reclamó exclusivamente para la técnica jurídica en su famosa obra *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, aparecida en 1907, esto es, al año siguiente de la de Beling. En ella no se niega la participación de elementos extrajurídicos, notablemente psicológicos, en la noción de la culpabilidad, como tan a menudo se ha sostenido tendenciosamente o sin fundamento, pues lo que es verdad se hace es añadir a los mismos (3) la que ya desde entonces había de ser condición decisiva, es decir, la de lo normativo. Se erigió como esencia de lo culpable la denominada «reprochabilidad» o *Verwerfbarkeit*, que, como tal; es un juicio de valor, normativo y culturalista, no fenómeno metafísico o físico como los que hasta entonces habían preocupado exclusivamente a los penalistas, tanto a los de comunión clásica como a los de positivista.

La innovación de Frank, el normativismo en la culpabilidad que no apareció nominativamente hasta la 18 edición de su *Kommentar*, respondía en toda evidencia al movimiento contemporáneo renovador del idealismo filosófico germano que dirigieron Windelband y Rickert en el seno de la escuela de Baden. Reforzó, sin embargo, sus posiciones filosóficas merced al vigor prestado a poco por el axiologismo o Filosofía de los valores, encarnado en las próceres figuras de Max Scheler y Nicolai Hartmann. Ya con este bagaje axiológico James Goldschmidt pudo aportar nuevas armas dialécticas a la concepción normativa de la culpabilidad, lo que hizo primero esquemáticamente en una monografía sobre el estado de necesidad (*Der Notstand, ein Schuldproblem*, publicada en 1913 en el «Osterreichische Zeitschrift», IV) y luego, ya con pleno desarrollo, en el trabajo polémico *Normativer Schuldbegriff*, de 1930, inserto en el Libro Homénaje a Frank (4). Entre ambos estudios

(3) Con la expresión literal de *mehr erfordert als diese psychische Beziehung* («más se requiere que estas relaciones psíquicas»), ob. cit. en el texto y *Kommentar*, ed. de 1931, pág. 136.

(4) En *Festgabe für Reinhard Frank*, 1930, tomo I; hay traducción española de MARGARITA GOLDSCHMIDT y R. C. NÚÑEZ, bajo el título de *La concepción normativa de la culpabilidad*, Buenos Aires, Depalma, 1943, con un interesante «Bosquejo» de R. C. NÚÑEZ, al que más tarde se hará mención.

goldschmidtianos había visto la luz, en 1932, el de *Schuld und Vorwurf*, de FREUDENTHAL, insistiendo en la parificación de conceptos del binomio «Culpabilidad-Reproche». Serviales de enlace una noción puramente normativa, pero no extraña a la axiología eticista, la de la «exigibilidad» o *Zumutbarkeit*, que venía así a incrustarse un tanto teratológicamente en la estructura relativamente tradicional de lo culpable (5).

Es en J. Goldschmidt donde, en las obras citadas, notablemente en la segunda, aparece con todo vigor de construcción tectónicamente acabada la concepción normativa de la culpabilidad en sus perfiles, por decirlo así, clásicos. Lo es, por lo menos, en lo que se refiere a su pureza, ya que no a su aceptación mayoritaria, ni siquiera en el ámbito del normativismo alemán. Partía el decano de Berlín de la publicidad independiente de normas: la de derecho, definidora de la noción de lo injusto, y la de deber, que lo es de la culpabilidad. Tan original y seductor punto de vista en lo lógico acarrearba, sin embargo, la consecuencia demasiado extremada y plena de consecuencias, de contemplar la culpabilidad como una variante de la antijuricidad, referida no a normas puramente jurídicas, sino de deber, la por su autor denominada *Pflichtwidrigkeit* o «anti-deber», con los consiguientes trastornos en la construcción jurídica del delito. Lo importante, sin embargo—aparte de esta peculiaridad de la tesis goldschmidtitiana—, era lo de presentar la noción de lo culpable como una situación de hecho valorizada normativamente.

Bien que sin excluir expresamente en ninguno de sus supuestos la posible presencia de elementos psíquicos o morales, Goldschmidt venía implícitamente a romper la tradición positivo-sociológica de su maestro Von Liszt, que definió la culpabilidad como «la relación subjetiva del autor con el resultado antijurídico, en la que se engarza la responsabilidad» (6), es decir, en un plano genuinamente naturalista. Y es que Goldschmidt, al menos en esta ocasión, se remonta por encima del positivismo de la generación anterior al idealismo kantiano más ortodoxo. Las afinidades indubitadas entre su «norma de deber» y el «imperativo categórico» han sido sagazmente reveladas por Ricardo C. Núñez en su Prefacio a la edición argentina de la obra del profesor berlinés y, en efecto, entre el carácter de juridicidad que lo culposo y su norma de reproche ostenta en lo goldschmidtitiano y el absolutismo característico kantiano media tan sólo una diversidad de matiz, de *quantum* más bien que de esencia. Más radical que Frank, en quien no se había consu-

(5) Así, en *Schuld und Vorwurf*, 9, 21, FREUDENTHAL acusa la presencia de elementos éticos en la culpabilidad, a la par que psicológicos.

(6) VON LISZT: *Lehrbuch*, ed. 7, pág. 137. Era, en rigor, la misma definición del vienés MIRICKA en *Die Formen der Strafschuld*, 1903, pág. 107, es decir, «relación entre la psiquis del autor y el resultado efectivo definido positivamente como punible», y la de MITERMAIER en *Kritische Beiträge*, pág. 31, acentuando en el efecto físico la condición de querido y conocido.

mado la ruptura con lo psíquico y ético, el normativismo de Goldschmidt, y más pronunciadamente aún el de sus sucesores, no retrocede ante tan grave eventualidad; así, Werner Goldschmidt, deduciendo las últimas consecuencias de las premisas paternas, llega a afirmar de un modo rotundo, que James no había osado, que «la concepción normativa de la culpabilidad *se opone* a la concepción psicológica de la misma» (7).

A mi modo de ver, el cerrado absolutismo que la enunciada tesis acarrea, y que es otro resabio de su formación kantiana, fué el vicio, capital por lo demás, de la valiosa y sutil teoría pura del normativismo en la culpabilidad. Lo corrigió felizmente, manteniendo sus postulados esenciales, que son siempre los axiológicos, el profesor Mezger, que con ello adquirió uno de los más preciados lauros en la dogmática moderna. Más fiel a la versión originaria frankiana y con visión más moderna y libre en lo filosófico, no solamente respeta la presencia de elementos psicológicos en la culpabilidad, sino que les añade expresamente otros de sustancia óntica bien caracterizados, sobre todo los de las básicas nociones de lo justo y lo injusto. Ya en su *Lehrbuch* de 1931, 1933 y 1949 (que es el tan conocido en España en la versión de la edición segunda del profesor Rodríguez Muñoz) había formulado su personal teoría de la culpabilidad, todavía más claramente perfilada por su mayor concisión y puesta rigurosamente al día en el *Studienbuch* de 1952 (8). En ella es dicha acción atributo de la construcción del delito y manifestada por la (reprochabilidad del acto antijurídico perpetrado) (*Vorwerfbarkeit der begangenen Rechtswidrigkeit*). Ello no implica, como en la teoría de los Goldschmidt, una contraposición estructural frente y aun contra lo psicológico, sino meramente una adición (*Zusatz*). Con meridiana claridad lo pone de manifiesto Mezger diciendo que «la concepción normativa de lo culpable no agota su contenido en las relaciones psicológicas constatadas, sino que las *añade* un esencial juicio valorativo, el de la reprochabilidad» (9). Por si esto fuera poco, en su breve, pero precioso opúsculo *Moderne Wege*, que es a modo de complemento filosófico de los Tratados, el maestro de Munich aporta el elemento óntico ya mentado de lo injusto, sosteniendo categóricamente que «culpabilidad es lo injusto personalmente reprochable» (*Schuld ist persönlich vorwerfbares Unrecht*).

El desplazamiento de la noción de la culpabilidad al campo de

(7) W. GOLDSCHMIDT: «Normativismo y normologismo», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Madrid, 1951, III, pág. 510. Anteriormente, no con tanto radicalismo, en el artículo «La culpabilidad», de la *Revista de Derecho público*, julio-agosto 1935, traducido por DEL ROSAL.

(8) En cuarta edición, de la Beckische Verlag, Munich-Berlín, 1952; en otro sentido, la duplicidad de perspectivas del «deber ser» y el «poder» había sido ya enunciada y aplicada por KOHLRAUSCH, pero en referencia a la imputabilidad, en *Festgabe für Güterbock*, 1910.

(9) MEZGER: *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlín-Munich, 1950, pág. 33.

lo subjetivo, fenómeno propio de la doctrina normativa, pero no privativo de ella, por serlo asimismo de la psicologista, sufre en la técnica mezgeriana un nuevo avance al transponerse del sujeto delincuente al de otros sujetos encargados de valorar el reproche. Es este punto de vista una aportación insigne a la teoría de la culpabilidad, y aun a la del delito en general, susceptible de ser desarrollada hasta quizá resolver la pugna en una perspectiva de sincretismo que hemos de intentar, con la vista puesta en nuestra dogmática, al final de este trabajo. Pese a su gran valor intrínseco y, sobre todo, de posibilidades, es en este extremo trascendental donde la opinión general, incluso dentro de la concepción normativa, dejó de seguir a Mezger, prefiriéndose la tesis, dudosamente normativista, de Von Hippel, para quien en todo caso el juicio valorativo habría de llevarse a cabo en la conciencia del propio infractor (10).

Así como, de un lado, la posición de Mezger restó en el extremo que queda dicho no pocos partidarios al normativismo, su expreso reconocimiento del psicologismo en plano de pacífica coexistencia le proporcionó nuevos adeptos, venidos incluso del campo del positivismo. Hizo posible, entre otras menos sensacionales, lo que se ha llamado «conversión» del *Lehrbuch* de Von Liszt-Schmidt al concepto normativo de la culpabilidad, observada a partir de su 25 edición, de 1925. En la nueva versión lisztiana, o, mejor dicho, schmidtiana, pues a Eberhard Schmidt se debe el cambio de rumbo como editor y adicionador del famoso Tratado, se introduce en la doctrina normativa de la culpabilidad una noción originariamente extraña a él y de evidente raigambre positivista, la de lo caracterológico. Según ella, la culpabilidad, lejos de ser una relación de autor y acto, consistiría en una total confusión con la conducta y carácter del culpable, la *Charakterschuld*. Con lo que dicho está que se proporciona fácil acceso al recinto normativista, inexpugnable hasta entonces para ellas, a las valoraciones naturalistas y sociológicas gratas a las mentes positivistas, tales como la de peligrosidad (11). Como así era de esperar, la lata interpretación schmidtiana del normativismo ha ganado al mismo amplias zonas de opinión que antes le fueron confesadamente adversas, sobre todo en el campo del neopositivismo y de la criminología (Radbruch, Kaddecka, Seelig, Lenz, entre los más conocidos «conversos»). No hay que perder de vista, sin embargo, que tan espectaculares victorias de la doctrina normativa pueden en fin de cuentas resultar pírricas para dicho sistema; obrando el caracterologismo como caballo de Troya del positivismo para penetrar y arrui-

(10) VON HIPPEL: *Deutsches Strafrecht*, 1930, t. II, pág. 279.

(11) VON LISZT-EB. SCHMIDT: *Lehrbuch*, 25 edición, 1925, t. I, pág. 216. En la originaria versión lisztiana, antes de las ediciones de EBERHARD SCHMIDT, como en la 7.^a citada, pág. 137, se definía la culpabilidad como la «relación jurídica del autor al resultado antijurídico, en que se halla engarzada la responsabilidad».

nar la fortaleza tan laboriosa y limpiamente construída. Es algo que se hace constar a modo de advertencia y augurio, pues la consideración a fondo de la *Charakterschuld* no es de este lugar al afectar primordialmente a lo criminológico más que a la estructura jurídico-penal de la infracción.

Sumamente interesante y mucho menos conocida que las anteriores es la interpretación rigurosamente unitaria del normativismo en la culpabilidad debida al profesor Helmut von Weber en su libro de la anteguerra *Zum Aufbau des Strafrechtssystems* (12), donde tan finamente se anticipan las ulteriores doctrinas finalistas en sus más extremas e interesantes consecuencias. Después de afirmar la intangibilidad absoluta del dogma «no hay pena sin culpa», doblemente meritorio en un clima de tan cerrado utilitarismo como el nacionalsocialista, el profesor de Bonn estima que el reproche radica en la pena misma y que, por tanto, una y otra noción presuponen la presencia de la culpabilidad realizada o en vías de realizarse, no dice cuándo ni de qué forma. Dado que, a su vez, la idea de reprochabilidad subyace en la de antijuricidad de la acción delatándose en su dinámica, pues «reprochamos al autor que se haya comportado antijurídicamente» es menester buscar un factor más concreto que defina por sí mismo la culpabilidad. Von Weber lo halla no más en la relativamente tradicional noción del «deber» o *Sollen*, sino en la del «poder» o *Können*. Propone, en consecuencia, la caracterización del acto culpable como «el obrar antijurídicamente quien pudiera haberse comportado conforme a derecho» (*Schuldhaft handelt, wer rechtswidrig handelt, obwohl er rechtmässig handeln konnte*). Quien no *puddere* conducirse así—sigue diciendo—, estará libre de reproche y por tanto dejará de ser tenido por culpable.

La sistemática de von Weber tiene el profundo mérito de separar perfectamente la culpabilidad de la antijuricidad, asignando a ésta una nota de «deber» y a la primera la de «poder», con lo que los campos de ambos elementos quedan harto mejor deslindados que en el confuso y ambiguo binomio de lo subjetivo y lo objetivo, preferido en la terminología usual pese a su equivocidad, y quien sabe si por ello, con el fin de evitar críticas que resultan tanto más fáciles cuanto más claros son los conceptos. Al mismo tiempo, el normativismo en manos de von Weber vino a hacer peligrar uno de los postulados básicos de su clásico definidor James Goldschmidt: el del «anti-deber» o *Pflichtwidrigkeit*. Lo cual, sin embargo, afecta más a la terminología y al tecnicismo que a la esencia propia de la institución.

A] situar en la noción de poder, y, por tanto, en la evitabilidad del acto o conducta la doctrina normativa de lo culpable, von Weber obliga de rechazo a suscitar otra vez la temática del libre

(12) VON WEBER: «Zum Aufbau des Strafrechtssystems», *Fremmansche Buchhandlung*, Biedermann Jena, 1935, pág. 11.

albedrío y del determinismo, avivando así el resplandor de los mal apagados rescoldos de la lucha de escuelas entre clásicos y positivistas. Es evidente, en efecto, que sólo puede evitarse algo cuando se es libre, ya que la idea de poderío es inseparable de la de libertad, con la que nace y perece. No lo elude el autor en su *Grundriss* (13), aun a trueque de violar el armisticio entre las escuelas, haciendo de la libertad humana el presupuesto filosófico indeclinable no sólo de la culpabilidad, sino de todo el Derecho penal, por serlo precisamente de la pena. Claro es que pudiera concebirse, al modo positivista, como un Derecho defensivo o educativo en base a medidas de seguridad, pero en él no desempeñaría papel alguno relevante ni siquiera genuino el valor de la culpabilidad, no interesando, por tanto, a nuestro tema.

Otra novísima versión del normativismo podemos encontrar en Maurach, el reciente sucesor de Mezger en una cátedra de Munich. Conforme a su característica sistemática de absoluta separación de «derecho de acto» y «de autor», estima dicho profesor que la tipicidad y la antijuridicidad hacen referencia al primero de dichos aspectos de lo delictivo, en tanto que la culpabilidad, por ser juicio de valor (de «desvalor» más bien o *Unwerturteil*), se refiere más concretamente al «derecho de autor», al atribuirse a éste «su» acto (14). De este modo introduce, no para su claridad ciertamente, el concepto de la «atribuibilidad» o *Zurechenbarkeit*, propio de la responsabilidad por el hecho o *Tatverantwortlichkeit*, que veremos más tarde es inadecuado a nuestra dogmática.

De otra parte, Maurach desarrolla y completa el hallazgo de von Weber de poner el acento de lo culpable en el factor del «poder». Lo hace procurando su alianza con lo voluntarista en una fórmula ciertamente feliz: la de que «la culpabilidad no es tria tanto en el querer el acto como en el *mal uso* del poder querer» (*Missbrauch des Wollenkönnens*), cuya sutileza rivaliza con la fecundidad de sus consecuencias en toda la teoría del delito (15). Por lo que atañe a la ya mentada «responsabilidad del acto» (*Tatverantwortung*) su conciliación con la dogmática culpabilista no es tan sencilla; a mi modo de ver es hasta imposible, por resultar incongruentes ambas nociones. Maurach pretende paliar lo absurdo de su temeraria empresa gracias a una nueva sutileza, la de considerar la culpabilidad como un segundo y superior grado de la imputabilidad, partiendo de este concepto y aun del de responsabilidad (16) para admitir lo por él denominado un tanto paradójicamente «injusto no culpable» (*Schuldloses Unrecht*). No es ello otra cosa, en el fondo, que una especie de

(13) VON WEBER: *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2 ed., Dümmler Bonn, 1948, pág. 107.

(14) MAURACH: *Grundriss des Strafrechts. Allg. Teil* Wolfenbüttel, 1948, pág. 87.

(15) MAURACH: *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*. 1948.

(16) MAURACH: *Grundriss*, cit. pág. 97.

antijuridicidad objetiva o pretendidamente tal, consecuencia de la separación immoderada de la responsabilidad de acto y de autor, sustentáculo de toda la doctrina personal maurachiana (17). No es de extrañar que después de tan preciosistas lucubraciones, el profesor muniqueés hable de una crisis del concepto de culpabilidad.

El malogrado profesor Schönke adhirió a la doctrina normativa de la culpa sin renunciar por eso a ver en lo culpable, al modo psicologista, «la relación anímica del autor con el acto». Lo que hizo fué estimar dicha valoración de relación como un juicio normativo de valor y no como una simple fórmula naturalista o lógica (18). Añadió a esta postura, más bien ecléctica, una consideración sumamente interesante aunque no absolutamente original: la de contrastar la conciencia valorativa del culpable o presunto culpable con la de la comunidad mayoritaria, la de la *Allgemeinheit*, como dice para no restaurar expresiones de ecos más bien nefandos, como la famosa de «conciencia popular». Por lo demás, estimaba, como Maurach, que la culpabilidad se identifica prácticamente con la imputabilidad, proponiendo para superar los equívocos (?) el uso del neologismo de «capacidad de culposidad» (*Schuldfähigkeit*). Por lo que toca a la esencia originaria de dicho concepto un tanto monstruosamente unitario, Schönke la introduce contra Kantorowicz y Radbruch (19) en el acto mismo culpable y no en su autor, aunque luego derive a éste incluso en la formas de culpabilidad caracterológica y de conducta, que al no rechazarlas parece aceptar. En esta dirección, más que valiente temeraria, de objetivizar la culpabilidad, se había distinguido, ya en 1928, el profesor Erik Wolf, contra el subjetivismo de Mezger (20).

Queda, en fin, por examinar, dentro de la doctrina alemana afín al normativismo, pese a sus variedades a veces tan fundamentales, la posición de Hans Welzel, que también en este asunto proclama soluciones extremas tan propias de su originalísima personalidad. Lo es, antes que ninguna otra, la de la franca confusión conceptual de la culpabilidad y la responsabilidad cuando se trate de actos antijurídicos. «La responsabilidad por actos antijurídicos—dice terminantemente—, es la culpabilidad» (21).

Tras de la afirmación antedicha, que en cierto modo es un

(17) MAURACH: *Grundriss*, cit. pág. 73.

(18) SCHÖNKE: *Kommentar*, 4 ed., 1949, pág. 172.

(19) KANTOROWICZ: *Tat. und Schuld*, 1933; RADBRUCH, en *Festschrift für Frank*, t. I, pág. 171.

(20) ERICK WOLF: *Strafrechtliche Schuldlehre*, 1928, I, 128, la define textualmente así: *rechtlich Schuld ist die Vorwerfbarkeit der Nichterfüllung einer von der Rechtsordnung geforderte Pflicht* («jurídicamente la culpabilidad es la reprochabilidad dimanante del incumplimiento de un deber exigido por el ordenamiento jurídico»).

(21) WELZEL: *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, Berlín, De Gruyter, 1947, pág. 73.

retorno a la concepciones confusionistas originarias, en la semántica ordinaria y tradicional de la culpabilidad, da un paso más en tal dirección, al situar la esencia de lo culpable no en la idea de «poder», como von Weber, sino en la de la «voluntad», insertándose así en la sistemática welzeliana la denominada *Willensschuld* o «culpabilidad de voluntad». Lo cual sirve al maestro del finalismo para adscribir la noción de lo culpable a lo humano, físico y singular, excluyendo de ese modo de ella a las colectividades.

Poco significaría lo dicho a no coordinarse, como es inexcusable, con la doctrina general del finalismo ortodoxo sobre la contextura del delito. Dado que en ella el dolo y la culpa (*stricto sensu*) son considerados no tanto como elementos, grados o formas de la culpabilidad, sino *momentos constitutivos* de la acción criminal y de lo injusto personal, es claro que en el sistema finalista purista el tema de la culpabilidad resulta en una posición algo excéntrica. Lo es más si se tiene en cuenta la constante relación, que en esa doctrina se mantiene con la tipicidad, hasta el extremo de que en Welzel y Niese la finalidad misma se condiciona por lo típico en una perspectiva de voluntarismo, según la consagrada fórmula de la *finale Verwirklichungswille* o «voluntad final de realización» (del tipo). Es a lo que Radbruch y Lang-Hinrichsen denominan por su complejidad estructural «superconcepto del delito» (*Verbrechensoberbegriff*). No hay que hablar, por todo eso de una nueva tentativa de objetivización de lo culpable, puesto que en la ortodoxia finalista se admite en la noción de lo típico su faceta subjetiva o *subjektiver Tatbestand*. Sin tener esto en cuenta puede fácilmente incurrirse en error sobre la concepción welzeliana de la culpabilidad y adscribirla ligeramente a los sistemas tradicionales de objetivismo. Lo que, de otro lado, sería una grave incongruencia en el sistema que, en este aspecto tan capital, quedaría al margen del movimiento normativo. El despojo que sufre en Welzel la culpabilidad al privársela de sus tan obvias formas como son el dolo y la imprudencia, en beneficio de la acción, es ciertamente osado y con razón ha sido calificado por Rodríguez Muñoz como la más heterodoxa de las doctrinas welzelianas, por lo demás tan pródiga en originalidades de todo género. Las hipertrofias conceptuales, como la de la acción en el finalismo de Welzel trae consigo esta y otras consecuencias y que en aras de ello se sacrifican nociones tan esenciales en el delito como es la de la culpabilidad, ya que no negándola, pues Welzel jamás lo hace, sí privándola de contenido y sustantividad estructural.

Pese a lo dicho y a la precaria situación de lo culpable en la construcción de la teoría del delito welzeliana, su adscripción al normativismo queda fuera de dudas. La fidelidad del maestro a los postulados filosóficos de los valores, singularmente a los de Nicolai Hartmann, no puede por menos de reflejarse en el de-

cisivo tema de la culpabilidad y así es, en efecto, aunque sea de una manera desviada. Recuérdese que en una de sus primeras obras fundamentales, ya en 1935, al deslindar los campos de lo natural y normativo, Welzel considera filosóficamente la culpabilidad como un genuino juicio de valor, en el que «el culpable prefiere los valores inferiores a los superiores», el todo en una operación de carácter más bien emocional, sin que precise a quien corresponda concretamente tal labor valorativa, «desvalorativa» mejor dicho (22). En el *Deutsche Strafrecht in seinem Grundzügen*, de 1947, bien que caracterizada la culpabilidad, como queda dicho, con la responsabilidad, y en inmediata independencia de la acción, hace algunas concesiones a la facultad del poder, conforme al patrón de von Weber, puesto que habla de «haber conocido o podido conocer... o evitar la desaprobación (*Miszbilligung*) del acto» (pág. 30). No habla, empero, de valoración, que pocas líneas más arriba había situado en la de la Comunidad, pero referida no a lo culpable, sino a lo antijurídico.

A falta de otras precisiones y a pesar de lo enteco del papel asignado a la culpabilidad en la tesis welzeliana, sobre todo por desplazar de ella el dolo y la imprudencia, este despojo sirve, a su vez, para posibilitar la estructura más pura y quintaesenciada de tal concepto, que no precisaría la presencia de elemento psíquico alguno, ni en el dolo siquiera. Claro que para ello sería necesario sacrificar algo del riguroso exclusivismo de la acción, que es plomo en el ala de la teoría pura del maestro. Lo han intentado con singular fortuna dos de sus más insignes discípulos, Werner Niese y Karl Engisch, aun a trueque de sacrificar la ortodoxia en aras precisamente de los fueros de la culpabilidad. El primero comienza por colocar su complemento del finalismo, que es la «finalidad como valor», en el terreno de la culpabilidad y no ya en el absorbente y tiránico de la acción. En seguida refiere al dolo y a la imprudencia la noción unitaria de la culpabilidad y preocupado, ante todo, por la perfecta separación de aquellos elementos de la acción, ve en el dolo y la imprudencia conjuntamente objetos de la valoración de culpabilidad, el uno con conocimiento pleno de la ilicitud y el otro tan sólo potencial (23). En cuanto a K. Engisch, extremando las posibilidades normativistas del finalismo llega a afirmar que el autor del delito no es en sí y de por sí «culpable», siéndolo únicamente en fuerza del juicio de culpabilidad pronunciado por el juez (24). Con lo que visto queda que Engisch, utilizando la técnica finalista queda fuera de la or-

(22) WELZEL: *Naturalismus und Wertphilosophie in Strafrecht*, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1935, pág. 80.

(23) NIESE: *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951, pág. 64.

(24) ENGISCH: *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, página 16. En este trabajo rompe con la ortodoxia del finalismo welzeliano, hacia el que tanta comprensión había mostrado en su estudio del *Kohlrausch-Festschrift*, de 1944, pág. 147.

todoxía wezeliana y aun deserta con armas y bagajes a la concepción puramente normativa y más bien mezgeriana de la culpabilidad. Justamente en el ulterior Libro Homenaje a Mezger vuelve a perfilar su punto de vista normativo (en *Die Normativen Tatbestandselemente in Strafrecht*, «Festschrift», cit. 1954, página 127) si bien en aspectos que no interesan a nuestro tema.

Que con el finalismo, ortodoxo o heterodoxo, se haya conseguido plenamente un concepto unitario de la culpabilidad, tanto tiempo anhelado por la dogmática moderna, es más bien un *desideratum* de programa (25) que una realidad cierta, como luego se verá en la estimativa crítica de los resultados doctrinales examinados. Con todo y con eso, el camino marcado por el profesor Engisch es, a mi modo de ver y puesta la vista en la dogmática española, el de más seguros resultados hacia tal meta, como me permito exponerla al fin de este trabajo.

* * *

Con lo dicho sobre la concepción normativa de la culpabilidad en la ciencia penal alemana, aunque no agote el tema ni se haga referencia bibliográfica completa, sino de antología más bien (26), parece haber materia suficiente para caracterizarla como mayoritaria, con las importantes divergencias ya señaladas. Desde la desaparición de Von Liszt y el cambio de rumbo mencionado del editor de su Tratado puede afirmarse, en términos generales, que el *puro* psicologismo ha desertado de la doctrina alemana de la culpabilidad jurídico-penal en tanto que elemento caracterizador de la misma. Quizá la única excepción insigne, aunque ya antigua, sea la de Radbruch, con su intento de psicologización—valga el vocablo—, del dolo y la culpa en un plano integral (27). De todos

(25) WELZEL: *Um die finale Handlungslehre*, 1949, pág. 27 (en la edición argentina, fragmentaria, *La teoría de la acción*, Buenos Aires, Depalma, 1951, pág. 34). Por su parte, en *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Berlín, 1940, dentro del clima ideológico nacionalsocialista, había relacionado la idea de culpabilidad con el tópico de la «comunidad popular», a modo de desacuerdo entre sus concepciones valorativas y las personales del presunto culpable idea plena de posibilidades no lo suficientemente desarrolladas por WELZEL en su doctrina ulterior, pero susceptibles y dignas de serlo.

(26) Complétese la directamente compulsada y citada en este trabajo con la abundantísima antigua de BINDING en *Die Normen*, 2 ed. Leipzig, t. II, 1914, pág. 259 (*Literarische Vorbemerkung*); la más moderna en la última edición del *Lehrbuch*, de MEZGER, y la todavía más actualizada, con referencias también a lo español, en DÍAZ PALOS: *Culpabilidad jurídico-penal*, Barcelona, Bosch, 1954, separata de la *Nueva Enciclopedia jurídica española*, de Seix, y en *Tratado*, de Asúa, T. V.

(27) RADBRUCH: *Über den Schuldbegriff*, 194, y *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, XXIV, 333. Siguiéron a RADBRUCH y a VON LISZT, entre otr.s., BELING, MITTERMAIER, VON MERKEL, LIEPMANN y GRAF ZU DOHNA. Este último, sin embargo, barruntó posibles esencias normativas en la culpabilidad al caracterizar la «voluntad culpable» como una

modos, la aceptación por parte de la mejor doctrina normativa de la presencia de factores psíquicos en la gestación del juicio de valor ha venido a solventar prácticamente la vieja pugna entre normativistas y psicologistas, trasplantada más bien al problema de la caracterización discriminatoria de dolo y culpa, que aunque afín es distinto del que aquí se trata. Lo que sí parece definitivamente superado a este respecto es la enseñanza de Von Liszt de que dolo y culpa (imprudencia) sean la culpabilidad misma (*Schuld*), para degradarse estructuralmente al rango de meros elementos, formas o grados de ella. Lo que, como se comprende, apenas si afecta a sus esencias, aunque sea de suma trascendencia a los efectos del tecnicismo de la construcción del delito.

* * *

En direcciones afines al psicologismo, pero con matiz más bien ético o de otras estimaciones no estrictamente jurídicas, son muchas las opiniones a reseñar, antiguas sobre todo, que harían interminable este trabajo expositivo. Una cierta originalidad mereció en su día la definición de culpabilidad brindada por Van Calker, voluntarista y trascendentalista (de trascendencia la mutación del orden jurídico, se entiende). Dice así: «La culpabilidad (*Schuld*) es la relación entre la voluntad del agente y un hecho o acto capaz de alterar una situación jurídica dada» (28).

También gozó cierto predicamento en su época la desorbitada visión de la culpabilidad en el «sintomatismo» de Tésar, asignable al normativismo en cuanto que veía en el delito, culpable por ser tal, una «falta de consistencia o intensidad en las *normas del deber*» (29). Volviendo por los fueros de lo culpable, Tésar sacrificó, al contrario que Welzel, la acción y hasta la antijuridicidad, que, como más tarde se verá, constituye la falta capital de su ambicioso sistema.

Tampoco faltaron en Alemania, como es de suponer, sobre todo en la vecindad del positivismo lisztiano, las posiciones sociológicas más o menos conectadas con lo jurídico estricto. Baste señalar entre ellas, por su relativo respeto a la noción de culpabilidad, la de Baumgarten, que la definía «como el acto de libre voluntad con contenido antisocial» (30). Innúmeras, pero de discutible interés actual, son las posiciones de este matiz de *telos* extrajurídico.

violación de la máxima kantiana de «obrar conforme a la conducta que se quisiera ver erigida en norma universal (en artículo del *Gerichts-saal*, LXV, pág. 316). Zu Dohna, en su póstumo trabajo insertado en el *Zeitschrift f. d. ges. St. W.* (1954, IV) se mostró de acuerdo con el normativismo de Mezger, reduciendo los malentendidos entre ambos puntos de vista a equívocos de terminología (v. mi recensión de dicho artículo en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1955, I).

(28) VAN CALKER: *Ethische Werte in Strafrecht*, 1904, pág. 20.

(29) TÉSAR: *Symptomatische Bedeutung*, pág. 205.

(30) BAUMGARTEN: *Aufbau der Verbrechenslehre*, 1911, pág. 110.

Una posición muy digna de tenerse en cuenta, por el contrario, es la del gran penalista y filósofo del Derecho Max Ernesto Mayer, en cuyo arsenal de la doble normatividad cultural y jurídica halló materiales para su original construcción ya citada el normativista J. Goldschmidt. A él se debe, como a Beling, el haber defendido con generosa exaltación espiritualista los fueros de la culpabilidad en abstracto, calificada como «dignidad» del Derecho penal. Sin embargo, a la hora de hacer referencia a su naturaleza y esencia, M. E. Mayer la define sin gran originalidad (la acción culpable o *schuldhafte Handlung*) como «la de una voluntad quebrantadora del deber (*Pflichtwidrig*), que tiene como consecuencia un resultado antijurídico» (31). Fácilmente se comprende la gravedad del error, por lo menos metodológico, dimante de la situación de lo antijurídico tras de lo culpable, ya que, como Beling observara, la acción culpable sin previo obrar antijurídico es una quimera, doctrina desde entonces prevalente y seguramente cierta, que entre nosotros adopta con singular energía el maestro Cuello Cañón. Es de estimar en M. E. Mayer, sin embargo, aparte de su genérico postulado culturalista de la culpabilidad, el modo y forma de su estimativa, que no ha de ser absoluta y *a priorística*, sino relativa e inmersa en la realidad espiritual de cada tiempo, que presta a la noción su variable y peculiar contenido (32). Sugestión muy digna como hipótesis de trabajo, bien que tomada como *granum salis* para no caer en los riesgos inherentes a todo integral relativismo.

El desarrollo técnico jurídico más perfecto de la noción de la culpabilidad llevado a cabo en la ciencia alemana no confesadamente normativista, ni psicologista tampoco, por supuesto, es, a mi modo de ver, el realizado por Carlos Binding. Lo hace materia del copioso tercer libro del tomo II de su monumental obra *Die Normen und Ihre Übertretung*, que es, con el *Programm*, de Carrara, la más perfecta y armónica de toda la ciencia del Derecho penal. Me parece difícil catalogar exactamente la posición del sumo maestro alemán en el problema que nos ocupa si se le sitúa, como es hoy de rigor, en su doble luz del naturalismo y el normativismo. Por lo pronto, no hay que perder de vista que el autor de *Die Normen* es, por su genialidad misma, rebelde a toda disciplina cerrada de escuela y grupo, distinguiendo frecuentemente con su acerada crítica a los corifeos dogmáticos de una u otra dirección. Al no aceptar el normativismo ya formulado por Frank en la segunda edición de su obra famosa, lógico parece, sin embargo, situar a Binding entre los no normativistas en materia de culpabilidad. Hay que hacerlo, empero, con las necesarias reservas, pues a la vista está cómo en su libro dirige las censuras y burlas más acerbas precisamente contra los psicologizantes, mo-

(31) MAX ERNEST MAYER: *Die schuldhafte Handlung*, 1901, pág. 106.

(32) M. E. MAYER: Ob. cit., pág. 13.

ralizantes y sociologizantes de su tiempo. Trataré de exponer en pocas líneas su doctrina, en la que es dable entresacar argumentos para la realidad de una teoría unitaria de lo culpable, bien que expresamente no se persiga por el autor, enemigo nato de todo lo programático en materia de conceptos.

Por firme y cerrada que sea la crítica de Binding contra los juristas psicólogos al uso, a quienes no regatea aceradas y donosas burlas, no deja por ello de rendir pleitesía a las esencias anímicas del hombre, incluso en el acotado campo del Derecho, lo que, al fin y al cabo, es fundamental para el tema de la culpabilidad, que privado de ese sustrato carece hasta de razón de ser. Por lo mismo hay que poner de relieve las palabras elevadas y contundentes del maestro al comienzo del volumen citado, esto es, que «el alma humana resulta la suprema fuente de todas las acciones»; añadiendo que, quien eso niegue, priva al Derecho de su *ratio essendi* (33). A pesar de lo dicho, tiene por filológicamente probado que el término de «culpabilidad» es de progeñe jurídica y no filosófica o moral. Lo que podrá ser verdad (dicho sea entre paréntesis) respecto a la *Schuld* germánica, y los eruditos datos aportados por Binding así parecen hacerlo presumir, pero en modo alguno para la *culpabilitas* latina, de que nuestra palabra y con ella la noción de «culpabilidad» deriva; pero ya se han hecho al comienzo de este trabajo suficientes referencias a lo filológico, que en tiempos de Binding, como todo el siglo, gozó de categoría científica poco menos que sacrosanta. Concepto de *genos* exclusivamente jurídico, si se quiere, que excede, sin embargo, por lo menos lo penal, permite la existencia de lo que él denomina «culpabilidades no penales» (*unsträfliche Schulden*), de tan difícil, por no decir imposible, trasplante a nuestro Derecho positivo, o no ser en un sentido puramente metafórico. Le sirve a Binding, eso sí, para echar por tierra la pretensión de Exner de fundamentar objetivamente la culpabilidad penal en la ley y en la pena misma (34).

Es sumamente característico de la sistemática bindingiana, tan impregnada de esencias culpabilistas, la de que toda acción, por el hecho de serlo, es culpable, aunque no al contrario (35). Lo cual permite una caracterización de la culpabilidad en estricto sentido penal, que se formula en la lapidaria descripción del «delito como la propia realización de la culpabilidad» (*Das Delikt ist Selbstverwirklichung der Schuld*) (36), en la que son percibibles lejanos, pero claros ecos del moderno finalismo.

La culpabilidad tiene en Binding una raíz extrajurídica precisamente en la voluntad, la de un hombre capaz como causa de una acción antijurídica, de donde se infiere, aunque el autor tampoco lo diga clara y expresamente, que la culpabilidad es fuente

(33) BINDING: *Die Normen*, cit., t. II, pág. 5.

(34) EXNER: *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 1910.

(35) BINDING: *Die Normen*, cit., pág. 276.

(36) BINDING: ob. y loc. cit., pág. 293.

de la antijuridicidad, contra lo generalmente afirmado (salvo la citada opinión de M. E. Mayer), que es justamente lo contrario (37). Ciertamente es, y esto conviene tenerlo muy en cuenta para prevenir conclusiones precipitadas y erróneas, siempre posibles en selvas tan tupidas y oscuras como la sistemática bindingiana, que al hablar así el autor hace mérito principalmente a una preeminencia, por decirlo así, cronológica, causal más bien que psíquico-moral y aunque estructural técnica. Pues, a renglón seguido, Binding reconoce que «la culpabilidad falta si la resolución antijurídica no se acredita causal», lo que le lleva a afirmar que «la culpabilidad es simplemente el acto antijurídico visto desde la vertiente de la voluntariedad» (38). Lo que no se compagina, ciertamente, con la conclusión apuntada de la tesis anterior, siendo preferible esta opinión a aquélla.

Con la exposición de la doctrina bindingiana de la culpabilidad ponemos punto final a la de la ciencia alemana, haciéndolo así, a pesar de su relativamente remota fecha, precisamente por su equidistancia de las posiciones en pugna dentro de la más moderna dogmática. Se deja de hacer referencia a la voluntarista o *Willensstrafrecht*, que tanto ruido hizo como postura oficial de la doctrina penal del nacional-socialismo no sólo por su crisis actual, sino, sobre todo, por entender que en tal movimiento se halla ausente la esencia de la culpabilidad, ni más ni menos que en el más integral positivismo. Se volverá sobre el tema al tratar de este último, que hoy vierte sus más perniciosas consecuencias en la doctrina y *praxis* del marxismo soviético (v. infra VII).

III. LA DOCTRINA ITALIANA

En tanto que en la ciencia alemana moderna, como acaba de verse, predomina terminantemente en torno a la construcción jurídico-penal de la culpabilidad el concepto normativo sobre el psicológico y, en general, el naturalista, en la italiana se observa el fenómeno contrario, prevaleciendo los postulados éticos, sociológicos y, sobre todo, los psicológicos, que en ocasiones dejan al margen los factores de normatividad. Se debe posiblemente esta situación al arraigo que conservan en la ciencia del Derecho penal italiano—aun cuando no se confiese explícitamente—sus dos gloriosas escuelas ochocentistas del clasicismo y del positivismo. Ninguna de ellas, en efecto, aunque por razones bien diversas, sintieron la precisión o conveniencia de profundizar en la esencia propiamente jurídica de la culpabilidad, limitándose al estudio de sus formas o grados de expresión, el dolo o la culpa (*stricto*

(37) Así para BELING era una quimera el pensar la culpabilidad sin un actuar antijurídico previo (*Die Lehre von Verbrechen*, pág. 78).

(38) BINDING: *Die Normen*, cit., pág. 295.

sensu) y planteando la cuestión de principios generales de lo culpable fuera del terreno del Derecho. Para los clásicos, como es sobradamente sabido, la culpabilidad era pura y simplemente la causalidad moral, motor que es la esencia de la moralidad de la acción proyectada en lo subjetivo, según la tradicional enseñanza de Carrara (39). Orgulloso con toda justicia el clasicismo de haber traspuesto la etapa del Derecho penal objetivo o de mero resultado mediante la utilización del dogma teológico moral del libre albedrío, hizo de él arma consciente que le prestó no poco de su prestigio y aun caracteres de perennidad. La voluntad libre, sin embargo, se presentó en Carrara con unos raros perfiles de automatismo casi mecanicista, que desempeñó su mejor papel en lo causal. Por ello, no es de extrañar que el propio maestro de Pisa considerase como progreso y etapa final del Derecho penal la que, sin la menor intención peyorativa, por supuesto, denominó su «fase mecanicista». Con tan preciosos y elevados aditamentos de fondo y de carácter genérico la teoría específica y formalmente jurídica de la culpabilidad quedó sin hacer en el original clasicismo italiano.

Por lo que toca a la gran escuela rival, la positiva fué mucho más allá en su desinterés, a veces rayano en el menosprecio, por todo lo que afectaba a lo culpable. Por lo pronto, privó a la culpabilidad de los fundamentos filosóficos y aun metafísicos que la sustentaban, con lo que, como era de esperar, toda la construcción del clasicismo se vino abajo en su sistemática de confesado radicalismo revolucionario. Para apuntalarla no se acudió, como en Alemania, a remedios de técnica jurídica, casi tan abominados por los secuaces del primer positivismo cual las famosas «nieblas» metafísicas, como solía denominar Ferri a todo postulado espiritual en pugna con su nueva doctrina. Era ésta, como es bien sabido, una escuela penal (criminológica más bien, pues en ella la Criminología estaba llamada a suplantar al Derecho) del determinismo darwinista, que Spencer se esforzó en aplicar *volens nolens* a lo cultural, contra todo respeto a la metodología de las ciencias y aun al buen sentido. Por lo que a la culpabilidad atañe, vaciada de todas sus resonancias metafísicas tradicionales, se rellenó su hueco con tópicos psicológicos y sociológicos no siempre de la mejor ley. Dado, sin embargo, que en la tradición no existía una teoría jurídico-penal genuina de lo culpable, no hubo menester de luchar en tal terreno; se habló por Ferri y sus adeptos de «responsabilidad social», en vez de la moral, y esto fué todo. Mucho, sin duda, en lo filosófico y en lo penal general, pues con ello estuvo a pique de arruinarse todo el Derecho penal, pero poco o nada en lo estrictamente jurídico,

(39) CARRARA: *Programma*, I, parág. 39. Sus requisitos eran: 1, conocimiento de la ley; 2, previsión de los efectos; 3, libertad de elección, y 4, voluntad de obrar.

pues todas las querellas, tan apasionadas entonces, tuvieron por teatro campos distintos a los del puro Derecho. Por lo demás, Ferri no se mostró menos orgulloso que Carrara por la gran conquista de la civilización que implicaba el abandono del ciego objetivismo barbarizante, dando entrada en la ortodoxia positivista al elemento de la «intención ofensiva» del agente en la caracterización de la responsabilidad subjetiva (40) El subjetivismo fué constantemente uno de los banderines de enganche de la nueva escuela, y sin duda el más legítimo y perdurable de sus triunfos, que constantemente acusó a sus contrarios de desconocer al hombre delincuente y de trabajar sobre abstracciones y entelequias. En consecuencia, si de culpabilidad puede hablarse en el positivismo de la primera generación, menester es situarlo en la dirección psicologista, jamás de la normativa. Por lo cual en este punto concreto llegóse a una cierta coincidencia entre las dos grandes escuelas rivales, pudiendo justificar la confesión de paz que tardíamente hiciera el propio Ferri de que lo esencial de sus disidencias con los clásicos estribaba en lo metodológico.

Por si la doble herencia que a grandes rasgos queda esbozada fuese aún poco para justificar la desgana de la mayor parte de la dogmática italiana contemporánea hacia las teorías normativas, singularmente en la materia de culpabilidad, su Código penal la presta nuevo punto de apoyo al afiliarse implícitamente al eticismo y al psicologismo. En su artículo 85, y aunque en referencia a la imputabilidad, se dice que «es imputable quien posea la capacidad de comprender y querer» (*intendere e di volere*); y en el 42, en referencia al delito, que «nadie puede ser castigado por acción u omisión prevista por la ley como infracción si no la ha cometido con conciencia y voluntad» (*coscienza e volontà*). Ambos artículos, en cuya concordancia tanto ha trabajado la ciencia penal italiana con alardes de sutileza que posibilitan las más dispares soluciones, significan, a no dudar, una toma de posición en la cuestión filosófica de la culpabilidad, pero no es tan seguro que pueda afirmarse lo mismo en la del tecnicismo de la misma. Como en seguida se verá, juristas de tan alto rango y tal celosos de la dogmática estricta como Bettiol lo niegan en absoluto al formar, aunque minoritariamente, en las filas de lo normativo. Sea de ello lo que quiera y al margen de toda sutileza de exégesis, hay que reconocer que, por lo menos, los textos legales incitan al comentarista, ya que no le obliguen; a interpretaciones de base psicológica. Así se explica que la gran mayoría de los tratadistas modernos se pronuncien en el país por los presupuestos de este tipo. Cuéntese, por añadidura, que en lo filosófico goza de escasa predicamento en el pensamiento nacional la doctrina de los valores, que en Alemania ha sido el más for-

(40) FERRI: *Principi di Diritto penale*, Turín, 1928, pág. 215.

midable instrumento de la pujanza adquirida en el Derecho penal por la normativa en sus distintos matices.

Por si lo dicho fuere poco, lo gramatical y el nacionalismo literario y científico desempeñan también su papel en la materia. El que la palabra «culpabilidad» o *colpevolezza* sea, al parecer, un neologismo que no figura en el Código ni en los grandes clásicos, ha influido también bastante en el menosprecio hacia el concepto de no pocos doctrinarios modernos, singularmente en los más sensibles al purismo de signo más o menos nacionalista, Carnelutti (41) y Antolisei (42) estigmatizan como extranjerizante el vocablo, prefiriendo el uso de la locución *volontá colpevole*, que por su parte induce con mayor facilidad en lo técnico a soluciones psicologistas, dado que el sustantivo se carga sobre la «voluntad» y lo de «culpable» pasar a ser un mero adjetivo. En todo caso obliga a caracterizarla como un elemento subjetivo y de comportamiento psíquico y moral del agente, es decir en la perspectiva doctrinal antedicha. Para Carnelutti la tal «voluntad culpable» se subsume en la desobediencia, aunque siempre en un plano de conducta personal libre y voluntaria. Para Antolisei radica en el comportamiento voluntario y consciente, que es el que da origen al acto material delictivo.

A pesar de las salvedades antedichas, es de señalar que Antolisei no debe ser alineado en el campo de los inconciliables adversarios de la doctrina normativa de la culpabilidad. Es cierto que no es normativista, puesto que rechaza la afirmación básica de dicho movimiento, es decir, la estimativa extraña al agente en un juicio de valor. No lo es menos, empero, que acepta sin inconveniente su tesis media de ver en lo culpable la violación de una norma de deber, la denominada *antideverosità*, que traduce textual y conceptualmente la idea goldschmidtiana de la *Pflichtwidrigkeit* (43).

Más ambigua o, por mejor decir, más inconsecuente, es la postura de Giuseppe Maggiore, que en su obra fundamental, los *Principi*, de 1943, mostró no ya simpatía, sino adhesión a los fundamentos normativos de la culpabilidad (44), como por lo demás a todo lo germano (hallándose dicho libro casi en un tercio escrito en alemán a fuerza de notas y referencias). En cambio, en un combativo artículo del «Archivio Penale», en 1949, sin nada que justificase el cambio de rumbo—a no ser la derrota de Alemania (siempre el *Vae victis*, aun en lo científico), arremete con saña demasiado póstuma contra sus ídolos de un ayer tan cercano (45).

(41) CARLENUTTI: *Teoria generale del reato*, párr. 68.

(42) ANTOLISEI: *Manuale di Diritto penale*, Milán, 1947. Parte Generale, pág. 166.

(43) ANTOLISEI: Ob. y loc. cit., pág. 168.

(44) MAGGIORE: *Principi di Diritto penale*, Bolonia, 1943, pág. 310.

(45) MAGGIORE: «Normativismo e antinormativismo nel Diritto penale», en *Archivio di Diritto penale*, Roma 1949, I, pág. 3.

Dejando para las conclusiones el aprecio de las furibundas críticas de Maggiore, veamos, por el momento, cuál fué su actitud ante la teoría normativa de lo culpable en los *Principi* (lug. cit. en la nota). Tan entusiasta se muestra allí de la nueva doctrina tedesca que, para glorificarla más, trata de buscarla ascendencia itálica para liberarla así de la mácula de extranjería que las nacionalistas locales pudieran alegar. A este efecto cita a clásicos propios tan prestigiosos y venerables como Romagnosi, Rossi, Carmignani y el mismo Carrara, forzando sin duda la nota, ya que el normativismo, por lo menos en materia de culpabilidad, es ciertamente tan extraño al puro clasicismo como el positivismo. No por eso regatea a los penalistas alemanes modernos, de Frank a Mezger, el mérito incuestionable de su formulación dogmática. Refuta, con considerable acierto, que seis años más tarde no le acompaña al sentar la tesis contraria—las críticas por entonces prodigadas al normativismo en la ciencia italiana, singularmente las de Francisco Alimena (46)—, y no duda en aceptar la noción fundamental de dicho movimiento, que ve la culpabilidad como el producto de un juicio de reprochabilidad (*rimproverabilità*). Doblemente osado tal extremo dentro de la dogmática italiana a la vista de los textos vigentes, aunque el talento y sutileza de un Bettioli haya conseguido luego, como en seguida ha de verse, una conciliación no por precaria menos valiosa, al menos desde el punto de vista científico y dialéctico.

Ya se dijo cómo el clasicismo y el positivismo originarios, aunque desentendidos de la polémica sobre el concepto jurídico de la culpabilidad, como se planteara en Alemania, quizá por hallarse demasiado ocupados en otras entonces más apasionantes, coincidieron tácitamente en sus preferencias por su caracterización psicológica. En sus sucesores de las últimas generaciones, sea en el neopositivismo o en el movimiento técnico-jurídico a que el clasicismo ha abocado, tampoco se muestra demasiado entusiasmo por el tema, si bien la repugnancia hacia lo normativo es la tónica general en ambas direcciones. Si alguna excepción hay que contar hay que hacerla en los dos campos, por ejemplo, en los ilustres casos de Florián por el neopositivismo y de Bettioli por el del neoclasicismo. En términos generales, sin embargo, y ateniéndose más bien a la extensión y acritud de los ataques, quizá puede observarse una mayor comprensión y estima en el seno del neopositivismo que en el neoclasicismo, por extraño que ello pudiera parecer a primera vista. No lo es tanto si se tiene en cuenta la actitud conciliadora que, siguiendo el testamento ferriano se observa en los mejores sectores de moderno positivismo itálico que ya hace tiempo rompió las amarras que le esclavizaban a los postulados materialistas y deterministas volviendo los ojos a la estricta dogmática y aun a concepciones puramente jurídicas que

(46) F. ALIMENA: *Apunti di teoria general del reato*, 1938, pág. 83.

posiblemente hubieran escandalizado a los «santones» de la primera generación. Circunscribiéndonos a lo que es materia de este trabajo, es cierto que en Grisogni la culpabilidad sigue considerándose como un mero «defecto psíquico» o *difettosità psichica*; pero frente a esta actitud demasiado fiel a las antiguas tradiciones positivistas, De Marsico se adhiere sin dificultad a estimar la *coscienza* como «valor» del acto, en neta posición axiológica. Eugenio Florián, por su parte, asume en el asunto una posición de curiosidad no exenta de simpatía hacia lo normativo. Aunque se declara «perplejo» ante las concepciones puramente formales a lo Frank, Goldschmidt y Mezger, aplaude la dirección de entronque social que el movimiento puede tomar y que parece justificar el sentido que le presta Eberhard Schmidt en sus adiciones al Tratado de von Liszt ya citadas. «En todo caso—dice el maestro neopositivista de Turín—, nos parece que esta teoría puede tener un significado apreciable en el sentido de traer a ella el concepto de peligrosidad, bien que reducido en la extensión, esto es, de frente a los sólo imputables y logrado por una vía ardua y tortuosa» (47).

Contrastando con esta relativa comprensión y aun simpatía de las nuevas generaciones del positivismo hacia la doctrina normativa de la culpabilidad, es en la dirección opuesta donde se hallan las opiniones más terminantes, a la vez que las mejor fundadas en la dogmática local. Battaglini se limita a prescindir de la necesidad de erigir una sistemática aparte de la culpabilidad por pensar, con los grandes clásicos y con los textos vigentes de su país, que la de imputabilidad es bastante para llenar todas las exigencias de la subjetivación de lo ilícito. No sólo hace de la imputabilidad un presupuesto de la culpabilidad, lo cual es absolutamente normal, sino que en su Tratado habla indistintamente de «circunstancias que excluyen la *colpavolezza* o la *imputabilità*, en plano de perfecta sinonimia» (48).

Enemigos inconciliables y atacantes del normativismo, aparte del de última hora, Maggiore, son: Pannain, Vannini y Petrocchi, entre los más caracterizados. Remo Pannain separa en su construcción tan laboriosa y sutil de *Gli elementi essenziali e accidentali del reato* (pág. 168), el elemento de culpabilidad del de voluntad, ya que ésta, como la conciencia, pertenecen, según él, a un estadio diverso: el de atributos de la conducta. Ottorino Vannini, por su parte, que siempre pensó que entre dolo e imprudencia no hay más que diferencias de grado y no esenciales de cualidad, acusa sin argumentos convincentes al normativismo de propugnar una pseudo-culpabilidad sin culpa (49). En cuanto a la actitud antinormativa adoptada en el tema de lo culpable por Pe-

(47) FLORIAN: *Trattato di Diritto penale*, Parte Generale, 1934, pág. 438.

(48) BATTAGLINI: *Diritto penale*, Parte Generale, Bologna, 1940, pág. 187.

(49) O. VANNINI: «Responsabilità senza colpa», en *Rivista penale*, 1921, pág. 401; luego en *Archivio penale*, 1949, I, pág. 32.

trocelli, merece por su importancia y profundidad renglón aparte. En su Tratado fundamental (50) se limita a contemplar en la culpabilidad una simple forma de manifestarse la capacidad jurídico-penal del sujeto de la infracción, por él definida como capacidad de voluntad culpable». A semejanza de Antolisei hasta parece acogerse a una posible concordia al aceptar del normativismo el elemento de la *antidoverosità*, a modo de «quebrantamiento del deber en la voluntad culpable». En sus estudios monográficos, sin embargo, asume una inusitada combatividad contra la teoría normativa, que es inconsideradamente calificada de *arzigogolo teutonicamente paradossale*, esto es, de «argucia paradójicamente tudesca», en la que el sumo mal radica en el pretendido juicio de reproche, carente en absoluto de contenido dogmático. Cabe, según la sugestión de Petrocelli, una función rectora de las normas en relación con el tipo legal que aproxime en un nexo de sujeto a objeto los elementos de culpabilidad y tipicidad. Ello se deduce de la definición que propone de la culpabilidad: «el coeficiente de elementos requeridos por la Ley en la persona y en el comportamiento del agente con el fin de que el acto se presente como una manifestación madura y normal, desobedeciendo la obligación impuesta por una norma jurídica» (51).

Para concluir con la exposición de la doctrina italiana sobre el tema de la culpabilidad normativa, hemos de examinar, tras de la más aguda crítica, que es la de Petrocelli, la más valiosa y ortodoxa posición dentro de la misma, quizá la única importante en lo que a ortodoxia toca: la de Bettiol. Pues aunque no fuese él, sino Musotto, el paladín de la teoría germánica en Italia por vez primera, ya en 1945 (52), apenas si se limitó a difundir las versiones transalpinas, singularmente la de Mezger. El maestro de Padua, en cambio, no se conforma con esta labor de transposición, sino que introduce en la teoría normativa de lo culpable valiosas y personales sugerencias que refuerzan notablemente las tesis alemanas.

Aun antes de llevar a cabo la promesa hecha en la última edición de su Tratado de reformar toda su sistemática en una dirección finalista, su postura en la materia que nos interesa es ya lo suficiente firme y explícita en su primera versión (53). Para el profesor Bettiol es la culpabilidad uno de los elementos del delito, pero no uno de tantos, sino «el que más que ningún otro expresa la base humana y moral sobre la que radica toda noción

(50) PETROCELLI: *Principi di Diritto penale*, Corso I, 2 ed. Nápoles, 1949, pág. 169.

(51) La exposición crítica del normativismo la lleva a cabo PETROCELLI, primero en el artículo «La concezione normativa della colpevolezza», en *Revista di Diritto penale*, 1948, I, pág. 16, y luego en la monografía *La colpevolezza*, Nápoles ed. Arman, 1948, pág. 28 v passim.

(52) MUSOTTO: *Colpevolezza, dolo e colpa*, Palermo, 1945.

(53) BETTIOL: *Diritto penale*, Parte Generale, Palermo, 1945, tomo I, pág. 219. Promesa incumplida en las siguientes ediciones (1958).

del delito. Hasta aquí nada se ofrece de extraordinario ni de chocante con la dogmática clásica italiana, puesto que tal confesión es obligada en autor de tan depurada espiritualidad como es el de Padua. La exigencia del «tercer» dogma, el del *nullum crimen sine culpa*, es, de otra parte, una consecuencia inexcusable del orden jurídico establecido, si bien el sumo valor de la culpabilidad en lo ideal no impide que en lo jurídico penal formal se halle subordinada al elemento de la antijuricidad.

No hemos de entrar, por ser cuestión de interés predominantemente local, en la hercúlea lucha emprendida por el profesor Bettiol para incrustar la doctrina normativa en la sistemática legal vigente en su patria, y en la que el *exequatur* que él la confiere es quizá aún más discutible que en la española. Hay que insistir, en cambio, en sus esfuerzos para defender como esencia inexcusable de la doctrina su cualidad de «juicio de valor», que es precisamente lo que con tanta tenacidad o parsimonia se venía regateándola en la dogmática italiana. Para él, en cambio, además de ser lo esencial de la teoría normativa es su mérito principal, puesto que lo meramente psicológico—dice—es requisito necesario para la existencia de la voluntad culpable, pero no la caracteriza, siendo más bien un elemento del acto en que se apoya el juicio axiológico. Negar a la culpabilidad su condición de juicio equivale, en palabras del profesor de Padua, a degradarla a un plano de naturalismo. Sería interesante a este respecto conocer su opinión, después de su integral conversión al finalismo, sobre la osada maniobra de Welzel y Niese arrojando al dolo y la culpa (*stricto sensu*) del trono ideal de la culpabilidad para enquistarles en la acción. ¿No sería esto asimismo degradarles a un plano naturalista?

IV. LA DOCTRINA FRANCESA

Es notorio que la ciencia penal francesa, al contrario que las de Alemania e Italia, mostró, tradicionalmente y sigue mostrando un marcado desinterés por la temática de pura especulación doctrinal, prefiriendo siempre las cuestiones prácticas planteadas a la luz de la exégesis, la jurisprudencia y, en última instancia, el sentido común. Puede parecer, pues, superflua la mención por separado de su doctrina en un extremo tan específicamente técnico y en muchos aspectos tan sutil como el que aquí se plantea. Sin embargo, y aunque, en efecto, la doctrina francesa no sea casi nunca mencionada por los monografistas del tema, hay en ella matices no desdeñables que, paradójicamente, son más interesantes en los tratadistas antiguos que en los modernos, a pesar de la modernidad del asunto que aquí se debate. No hay que buscar, por tanto, una concreta referencia a cuestiones del tipo de refinada dogmática que acaban de estudiarse en los párrafos anteriores, sino meramente sugerencias y anticipos que de una mane-

ra indirecta pueden servir a la construcción de un esquema de la teoría de la culpabilidad. En todo caso el punto de vista de la ciencia francesa es de valor, siquiera sea por la influencia que sus cultivadores, y más aún sus legisladores, ejercieron sobre el pensamiento y la legalidad positiva de España y de todo el mundo hispánico a lo largo de la pasada centuria.

En uno de los más viejos y prestigiosos maestros del clasicismo francés, Ortolan, encontramos un propósito firme de diferenciar el trinomio legal y usualmente sinónimo de «imputabilidad», «responsabilidad» y «culpabilidad». Lo hace de esta forma: «*imputar* un hecho delictivo a alguien es atribuirle su ejecución, hacerle *responsable*, es declarar que ha de dar cuenta del mismo ante el poder social; declararle *culpable*, en fin, equivale a constatar la punibilidad de su acto y su variable gravedad» (54). A través de este escalonamiento de conceptos no es difícil comprobar un claro carácter de juicio de valor a la tercera y suprema operación, a la vez que en el verbo «declararle» se expresa que tal juicio se transfiere de la persona del culpable a la del llamado a formular la culpabilidad. He aquí, pues, cómo en la sencilla explicación de un profesor de París de hace más de un siglo se sientan tesis que tanto preocupan y dividen actualmente a la dogmática más orgullosa de su fineza y modernismo.

Claro es que para expresarse como queda dicho, Ortolan tuvo muy en cuenta, como siempre, las disposiciones y lenguaje legales. El artículo 337 del *Code d'instruction criminelle*, en efecto, enunciaba como cuestión única a proponer al juicio de los jurados la de: *l'accusé est-il coupable de tel crime?*, con lo cual, si bien se entremezclan algo confusamente, como hacen ver Vidal-Magnol (55), los dos elementos constitutivos de la culpabilidad, esto es, el material y el moral, se estipula indudablemente como función judicial genuina la estimativa de dicho elemento.

En lo que concierne a la esencia de la culpabilidad, la cuestión se planteó en Francia sobre el terreno metajurídico del libe-roarbitrismo y el determinismo, como en toda la Europa del fin de siglo, siendo de notar que aun en el actual, los penalistas más modernos, como Donnedieu de Vabres, Bouzat o Vouin no se esfuerzan demasiado por traerla al específico jurídico-penal esquivando mediar en la gran querella que en torno a la situación de la culpabilidad agita a las escuelas de los países vecinos. Así Donnedieu de Vabres, por ejemplo, habla de las «circunstancias excluyentes de la culpabilidad» haciendo indistinta referencia a las de «irresponsabilidad» e incluyendo los por él denominados «hechos justificativos y causas de imputabilidad» (56). No puede decirse, en verdad, que la precisión terminológica y menos la tan decan-

(54) ORTOLAN: *Elements de droit pénal*, t. I, párr. núm. 219.

(55) VIDAL-MAGNOL: *Cours de droit criminel*, París, 1928, párr. 107.

(56) DONNEDIEU DE VABRES: *Traité élémentaire de Droit criminel...* París, s. d., párr. 327.

tada *clarte* francesa queden demasiado bien paradas. En cuanto a Pierre Bouzat, se limita a ver en la culpabilidad un «elemento moral» que sitúa en la base de la infracción, «social e incluso moralmente répresible», si bien se apresura a añadir cautamente entre paréntesis, «al menos en la concepción clásica» (57).

No hallando, pues, nada interesante para nuestro tema en los maestros franceses modernos, hay que retornar nuevamente a sus clásicos, donde al lado del citado atisbo de Ortolan hallamos una más completa, y en muchos aspectos preciosa, exposición en el gran Garraud. Dedicada en su Tratado (58) todo un capítulo copiosísimo a la *culpabilité*, que considera fundamento inexcusable de la responsabilidad criminal, bien que el Código fuere mudo en la cuestión y se limite a sentar supuestos en que la ausencia de una acarrea indefectiblemente la de la otra. Su puesto está en un factor psicológico de voluntad (*condition préalable de la responsabilité*), pero lejos de conformarse con tal constatación que le situaría en el campo ordinario de los psicólogos de su tiempo, desarrolla la idea de Ortolan hasta formular una verdadera teoría normativa de la culpabilidad que para merecer plenamente este nombre bastaría con verterse su contenido al complicado y a veces abstruso léxico hoy predominante. Como en el caso del profesor de París, ello era una consecuencia de la interpretación dogmática del sistema legal y procesal vigente en Francia, hermano en lo esencial del de España, por lo que merece la pena insistir sobre su tesis, que luego aprovecharemos para la propia construcción con los materiales dialécticos que proporciona la técnica alemana más moderna.

«El hombre—dice Garraud—(párr. 267 del *Traité* cit., *ut supra*), no es responsable, desde el punto de vista penal, por el resultado de lo que cause hasta el preciso momento de que dicho resultado le sea imputable, es decir, hasta que se le carga en su cuenta.» La imputabilidad es, pues, ya en el léxico actual el presupuesto de la culpabilidad, su primer escalón en el camino de la gestación estructural del delito. «Pero para que la justicia social—sigue diciendo—llene sus fines y exija la responsabilidad, es menester que, *además*, el imputable sea culpable.» Son, en consecuencia, tres ideas que se completan y entrelazan en la teoría garraudiana del delito: imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad, estas últimas finamente diferenciadas por el maestro de Lyon contra la tendencia, aun imperante en Francia, como acaba de verse, hacia la equivalencia y aun sinonimia. La imputabilidad, dice a este respecto (párr. 268), nace de la relación de causalidad

(57) P. BOUZAT: *Traité théorique et pratique de Droit pénal*. París, Dalloz, 1951, t. I, cap. II. En el tomo I, pág. 187, había considerado como «causes de non culpabilité» las de inimputabilidad más caracterizadas, como la de demencia.

(58) GARRAUD: *Traité théorique et pratique*, 3 ed., París, 1913, tomo I, párr. 49 y sigs.

entre el acto y la persona que lo realiza. La responsabilidad, a su vez, resulta de la imputabilidad, consistiendo en «la obligación de sufrir las consecuencias de lo actuado», donde se anticipan los conceptos de lo *Pflichtwidrigkeit* y de la *antidoverosità* de los dogmáticos alemanes e italianos. «En cuanto a la culpabilidad—concluye—es simplemente la *faute* (falta o culpa de atribución), *élément caractéristique de la responsabilité pénale*. Es el juicio criminal, y aquí radica claramente la prematura adhesión de Garraud al normativismo el que resuelve la solución de las dos cuestiones de la culpabilidad y de la aplicación de la pena, de la cual la primera es calificada por él como básica y la segunda como subsidiaria (párr. 271).

V. DOCTRINA SUIZA

Distínguese la doctrina suiza, singularmente desde Hafter, por su insobornable fidelidad al principio de la culpabilidad como exigencia primordial de la punible, y, ya en el terreno de lo técnico, como elemento constitutivo del delito. Lecciónicamente define a éste el profesor de Zurich: «El delito, una conducta culpable» (*das Verbrechen, ein schuldhaftes Verhalten*) (59). Es ello una declaración de principios y una garantía de espiritualidad en la infracción más bien que una toma de posición en la dogmática combativa. Por eso estima, repitiendo las ideas de Beling y Max Ernest Mayer, que la cuestión de la culpabilidad es la decisiva (*Schicksalfrege*) de todo el derecho penal, dado—dice—«que la pena sin culpa sería a la vez absurdo y barbarie» (60). Por esta misma razón y por la propia grandeza de la idea, es ésta de naturaleza metajurídica, siendo tal el motivo de que los textos positivos no la consignent pero la presupongan en sus formas de expresión el dolo y la imprudencia.

Siguen fielmente las enseñanzas del maestro el profesor de Ginebra, Paul Legoz, que afirma expresamente la metajuridicidad del concepto (61) y los de Berna y Friburgo, Thormann y von Overbeck, que en sus monumentales Comentarios, al tratar del artículo 18 del Código penal federal, definidor del dolo, se muestran escasamente convencidos por las explicaciones del puro psicologismo (62). Simpatizan abiertamente con la teoría normativa de la culpa al decir que la fórmula de Frank «puede ser satisfac-

(59) E. HAFTER: *Lehrbuch des schweiz, Strafrechts*, Berlín, 1926, t. I, cap. III.

(60) HAFTER: Ob. y loc. cit., pág. 92. Más doctrina sobre la culpabilidad en su discurso rectoral de Zurich: *Strafrecht und Schuld*, 1923, que no conozco.

(61) LEGOZ: *Commentaire du Code pénal suisse*, Neuchatel-París, 1949, art. 18.

(62) THORMANN-VON OVERBECK: *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, Zurich Schulthess, 1940, t. I, pág. 99.

toria», reserva que hacen por entender que el juicio del juez no es hipotético sino operando sobre anímicas realidades.

VI. LA DOCTRINA DE LA «GUILT» ANGLOSAJONA

En ésta como en tantas otras materias jurídicas, la doctrina y la práctica anglosajonas hacen gala de una originalidad de soluciones que las colocan al margen de las tenidas en el resto del mundo como generalmente válidas. Sólo por esto merecerían un capítulo aparte, sin cortar con la importancia, siquiera sea cuantitativa, de sus concepciones de derecho en el acervo de la civilización. Por descontado que, dado su practicismo y espíritu conservador no hay que buscar en ellas el más remoto eco de las cuestiones que hoy preocupan a la doctrina europea continental, no obstante lo cual presentan en el tema de la culpabilidad tesis y realizaciones que pueden adaptarse a aquélla y aclarar ciertos extremos que generalmente no son tocados por los tratadistas continentales.

En el término mismo de *Guilt* (*Guiltiness*), equivalente a la culpabilidad, con sus variantes adjetiva de *guilty* o culpable, hay excepciones que la emparentan con la teoría normativa y precisamente con su solución más heterodoxa, la de Welzel y Niese, que la sitúa en el campo de la acción, mejor dicho, que a él refiere sus formas tradicionales de dolo e imprudencia que en credo finalista son desahuciadas de la noción de culpabilidad. Veamos cómo, paradójicamente, la más rancia tradición británica resulta propinqua a la más osada construcción jurídico-penal de la moderna dogmática.

La voz inglesa *Guilt* proviene etimológicamente de un ancestral prefijo sajón, *wile* o *guile*, que indicó en su origen formas de artificio o insidia semejantes a la traición o alevosía conservadas aún en ciertas formas de expresión corriente. En otras, *Gwylt* significó genéricamente al crimen o infracción punible, acepción que hace a otros etimologistas remontarse al verbo también sajón, *guildan* o *guildun*, «pagar», que evoca inmediatamente ideas de retribución y aun de efectivo pago y de instituciones germánicas primitivas, como el *guidriluid* del Derecho penal bárbaro. En todo caso y en su semántica gramatical actual más correcta (así en el Webster), se define como «el estado moral de un agente resultante de haber perpetrado voluntariamente o de modo intencional una infracción que se sabe contraria a la ley». Su conexión con la antigua *guile* y por tanto con el dolo, y más concretamente con el «dolo malo», parece pues evidente.

A pesar de lo que queda dicho en la acepción técnico-jurídica, la culpabilidad o *Guilt* se halla lejos de acomodarse a una tal contrario, comprendiendo unitariamente el dolo y la imprudencia, culpa *stricto sensu*, en la forma tan amplia y hasta insensata a que

en seguida se hará mérito. Es más, en el uso procesal británico, la *Guilt* abarca situaciones de irresponsabilidad por presencia de causas de inimputabilidad. Por eso en la conocida fórmula sacramental de la estimativa de la eximente de enfermedad mental, los jueces y jurados ingleses dicen en sus sentencias y veredictos: *guilty but insane*, esto es, «culpable, pero demente». Lo que equivale, en definitiva, a la afirmación del normativismo alemán cuando afirma extremosamente que cabe el dolo en el enfermo mental o en el niño, y que tanto choca y escandaliza a las mentes y hasta a los oídos latinos. Más allá de lo criminal, el adjetivo *guilty* vale igualmente en Derecho anglosajón para el responsable de una ilicitud meramente civil o *Tort* (63). Para discriminar dentro de tan genérica visión de la culpabilidad al dolo penal estricto se usa el término latino *mens rea* (64).

Con la fórmula judicial antedicha se estructura la culpabilidad en una inmediata relación al acto y al tipo, con independencia absoluta de las condiciones del sujeto, que influyen luego tan sólo a los efectos del pronunciamiento de la pena o de la impunidad.

Una consecuencia, lógica en cierto modo, aunque aberrante de lo que queda dicho, es la conocida posición de rígida estimativa de la culpabilidad, aun de su forma extrema de *mens rea*, en la jurisprudencia criminal inglesa, que condenó en el clásico y célebrísimo caso de antropofagia en estado de necesidad perpetrado por los naufragos de la *Mignonette*. Llega a los extremos más abusivos el principio del *versari in re illicita*, sancionando lo que donosamente se denomina «asesinato del pavo» al calificar de asesino al cazador furtivo que, errando la puntería, mata a un hombre (65).

Aparte de las censuras que casos como los mencionados merecen en otros terrenos, en el de la culpabilidad son explicables no por un menosprecio de ésta ni por una concesión de hipótesis de responsabilidad objetiva o sin culpa, como a veces se ha afirmado gratuitamente por quienes no conocen lo bastante la mentalidad jurídica inglesa. Repugna la misma, con perfecto acuerdo, tan bárbara hipótesis y lo que explica técnicamente los desvíos apuntados y el abusivo uso del *versari* es por un exceso de respeto al vínculo causal en busca incesante del primado de la culpabilidad inicial e indestructible. Los obvios perniciosos efectos se deben al mal mecanismo de la causalidad y no al desprecio del dogma de la culpabilidad, de modo semejante a como sucedió en el Derecho ca-

(63) Así WEBSTER en su *Encyclopedic Dictionary*, Chicago, 1941, voz *Guilt*.

(64) WHARTON'S: *Law Lexicon*, 14 ed., Londres, 1949, voz *guilty (having committed a crime or tort)*.

(65) Conviene tener muy en cuenta la escasa precisión de estos conceptos en la doctrina y praxis anglosajonas, como lo confiesan, entre otros, MAY, en *Law of crimes*, 1938, pág. 19, y SAYRE, en «Mens rea», de la *Harvard Law Review*, t. XLV, pág. 976, quien dice existe sobre la materia un *hopeless disagreement*.

nónico y aun como puede suceder en el penal nuestro, donde sobradamente se ofrecen ocasiones al juego injusto del *versari* y donde hasta la hipótesis absurda del «asesinato del pavo» pudieran tener realidad merced a la incorrectísima exigencia de la licitud del acto inicial en el caso fortuito y aun en la imprudencia, en ésta precisamente por norma jurisprudencial y no positiva.

Si a lo dicho se añade la bien conocida escasa virtualidad que en el Derecho inglés se concede a las tipologías legales y a la supremacía del judicialismo sobre la normatividad positiva escrita, no es de extrañar que penalistas europeos como Adolfo Schönke, en su penetrante estudio sobre la jurisprudencia anglo-norteamericana, haya podido hablar con absoluta propiedad terminológica de su doctrina de «tipicidad subjetiva» (66). La cual no es, en definitiva, más que un ejercicio continuado, feliz unas veces y desventurado otras, de la estimativa judicial de la culpabilidad aun por encima de los presupuestos legales objetivos que condicionan los tipos. Es de suma importancia a este respecto el valor que se otorga al uso y hasta al abuso de las presunciones, algunas de ellas tan rigurosas que abocan fatalmente también al *versari*. Sirva de ejemplo la tan empleada de que «cada adulto sano se presume que quiere las consecuencias naturales de su conducta» (*every sane adult is presumed to intend the natural consequences of his conduct*) (67), tan curiosamente afín al texto del párrafo tercero del artículo primero de nuestro Código penal. Una influencia del Derecho canónico medieval no es de desechar en ambas presunciones, pues tanto o más que en el penal español codificado es visible y eficiente en el *Common Law*.

La prevalencia del derecho judicial sobre el legalista, característica tan notoria del sistema jurídico angloamericano clásico, que no se detiene siquiera ante los cauces de la tipicidad aun a trueque de violar el dogma del *nullum crimen sine lege*, tal como le comprendemos en el Continente europeo (68), es prácticamente omnimoda en lo que toca a la culpabilidad, noción cien por cien judicialista. La veta de lo axiológico corre soterrada pero inagotable bajo la estructura del *Common Law* y aun de todo el Derecho anglosajón, que se nutre de estimativas y sustancias ónticas, tales como la equidad y la justicia, más bien que de conceptos abstractos y fórmulas lógicas (69). Con razón pudo decir uno de sus

(66) RADBRUCH reprocha al Derecho penal anglosajón el haber recogido en su integridad y peores consecuencias el principio canónico del *versari in re ilícita*, v. *Der Geist des englischen Rechts*, II ed., 1947, pág. 84.

(67) SCHÖNKE: «Materiale zum englisch-amerikanischen Strafrecht, en *Deutsch Juristen Zeitung*, 1948, pág. 43, Beiheft IV; también Tidow *Der Schuld begriff im englisch-nordamerikanischen Strafrecht*, Bonn, 1952.

(68) KENNY: *Outlines of Criminal Law*, 15 ed., 1936, pág. 43.

(69) Aunque en los últimos tiempos se señala en el Derecho inglés, y más aún en el americano, existe una creciente tendencia a aumentar los textos legales del *Statute Law* a expensas del *Common Law*, ello es referible casi siempre, por lo que a lo penal afecta, a lo que pudiéramos llamar

más escuchados oráculos, el gran juez americano Oliver W. Holmes, que «la vida del Derecho no ha sido la lógica, sino la experiencia», profesión de fe axiológica que concuerda precisamente con la concepción normativa de la culpabilidad que aquí nos ocupa, en que su esencia es el primado de los valores sobre los conceptos. Incluso en sus corrientes confesadamente positivistas, como la de Austin, por lo demás dirigida al campo del Derecho privado, la teoría y la práctica angloamericanas se esfuerzan por encima de todo en aunar los factores de legalidad formal con los culturales, sean éticos, psicológicos o sociológicos. Así uno de los más destacados positivistas americanos, el profesor Gray, no tiene inconveniente en proclamar que «una verdadera teoría de la moral entra con propiedad en el haber de la ciencia del Derecho (70); confesión ciertamente inaudita para el positivismo europeo, tan cerrado y exclusivista en esta materia. El legalismo ciego, llamado burlescamente *holism* o «sacratismo» en la jerga filosófico-jurídica norteamericana, es lo más extraño no ya a la mentalidad, sino incluso a la sensibilidad de aquel país como a la de Inglaterra, y más todavía a su *praxis*. Y es claro que al devaluarse aquel postulado de la legalidad-fetiché, a la francesa, se revalorizan los de calidad, cultural y vitalista, como es, antes que ningún otro en lo penal, el de la culpabilidad. Valorada por el juez es la suprema realización viva del Derecho que, según otra famosa sentencia de O. W. Holmes, no es otra cosa que «profecía de lo que el Tribunal ha de decidir ante el caso».

VII. LA POSICIÓN POSITIVISTA INTEGRAL: ABOLICIÓN DE LA IDEA DE CULPABILIDAD EN LA DOCTRINA Y PRAXIS SOVIÉTICAS

Un famoso filósofo francés finisecular, Alfred Fouillée, el creador de la doctrina de las «ideas-fuerza», previó con singular clarividencia el gran peligro que a los postulados fundamentales acarrearía en un futuro no lejano los a la sazón predominantes credos científicos del utilitarismo y el positivismo materialista. En su augural opúsculo *L'idée moderne du Droit* anticipa un estado de cosas que, apenas transcurrido medio siglo de su publicación, se han acreditado realísimas y aun superadas prácticamente al triunfar en toda línea los más nefandos de dichos principios de integral materialismo en los regímenes totalitarios derrocados y en los permanentes del mundo soviético. Por lo que afecta a nuestro tema, quizá la más terrible de las consecuencias había de ser la teórica o práctica abolición del concepto de culpabilidad, que era la más obvia de las propugnadas por el pragmatismo a ultranza predicado

su parte especial, de tipificación de delitos, pues la general sigue dominada por las normas y espíritus tradicionales; v. a este respecto el estudio de WEIDENBAUM: «Liberal Thought and undefined crimes», en *Journal of comparative Legislation and International Law*, 1937, I, pág. 90.

(70) GRAY: *Nature and sources of the Law*, e. ed. 1921, pág. 144.

por las primeras generaciones de los positivistas italianos. Al vaciar estos revolucionarios de la técnica del Derecho penal su sustrato moral inexcusable, la culpabilidad, veníanse abajo todas y cada una de las instituciones del mismo, incluso las más elementales del delito y de la pena, que pasaron a ser considerados «actos peligrosos» y «medidas de aseguramiento», respondiendo no a conductas culpables, sino a criterios de lucha, selección y utilidad. En tales condiciones un Derecho penal sin culpabilidad dejaba de ser hasta un derecho, transmutándose su naturaleza en puro método policiaco, médico y pedagógico, una Estrategia y Táctica de lucha contra el crimen o, por mejor decir, contra el «peligro social». Ya se ha visto al estudiar los avatares de la noción jurídica de culpabilidad en la doctrina italiana el fracaso de un tan radical punto de vista, incluso en el seno del positivismo al que, por lo demás, tantos progresos se deben en disciplinas auxiliares como la Criminología y Medicina Legal. Su confusión metodológica al utilizar los procedimientos científicos propios de las disciplinas naturales en las normativas y humanísticas fué la primera razón de su ruina en lo doctrinal. Esto, sin embargo, hubiera sido lo de menos, ya que donde radicaban los mayores peligros del utilitarismo y el materialismo no era en la técnica, sino en la vida misma y en las inmensas consecuencias prácticas que habrían de acarrear, previstas por Fouillée al decir que el utilitarismo estaba fatalmente llamado a abocar al comunismo.

Como era de esperar, la doctrina positivista pura tropezó con la repulsa más unánime de los juristas, ya que aún los ganados a su metodología doctrinal rehuyeron prescindir de lo que era alma del sistema, esto es, la negación de la culpabilidad y su prostitución por módulos combativos meramente utilitarios y naturalistas, desprovistos de contenido óntico y moral estimativo. Se adoptó, eso sí, en la ciencia y en algunos cuerpos legales, hispanoamericanos sobre todo, la fraseología y dialéctica del positivismo mientras éste estuvo de moda, cambiándose el nombre de «delito» por el de «acto peligroso», el de «pena» por «medida» u otros semejantes, pero la revolución no pasó del léxico. En el proyecto del propio Ferri (1921) apenas si hay otra cosa, y la presencia de los tan vilipendiados principios, notablemente el de la culpabilidad, incluido entre los de las «nieblas metafísicas», se delataba a cada paso. Imprescindible, en efecto, en la teoría, lo era aún más en la práctica judicial, constituyendo un, al parecer, inmovible postulado de la cultura cristiano-occidental. Estaba reservado a los totalitarismos paganizantes de nuestro tiempo la realización última más o menos íntegral de las consecuencias implicadas en el positivismo ochocentista, que, lógicamente, conducían a la negación de la personalidad humana, a subordinarlo todo al criterio de utilidad del régimen, raza o clase y a la defensa despiadada del Estado Moloch (71). No

(71) Sobre la correlación entre el positivismo materialista y el totalita-

debe inducirnos a error movimientos como el del «Derecho penal voluntarista» o *Willensstrafrech*, tan florecientes en la ciencia nacionalsocialista, ya que, tras del aparato doctrinal más o menos discutible, lo que se perseguía no era «purificar la teoría de la culpabilidad de sus escorias naturalistas», como pretendían hacer creer los maestros de Kiel (Larenz, Dahm y Schaffsstein, principalmente), sino simplemente reforzar a fuerza de sutilezas dialécticas el sentido de la represión penal y retrotraer el Derecho a los bárbaros tiempos anteriores al *cogitationes poenam nemo patitur*. Y en el Proyecto de Gürtner, en el que se recogía como fruto de tales doctrinas la modalidad atípica de lo que se llamó «culpabilidad indeterminada», el resultado no era otro que la ruina del legalismo y la introducción plena de la arbitrariedad judicial como en los peores tiempos del *ancien regime*. Recuérdese, al efecto, la franca confesión de utilitarismo y consiguiente destierro de los criterios espirituales de culpabilidad en la paladina y oficial definición de Justicia: «es justo lo que aprovecha al pueblo alemán e injusto lo que le perjudica», con la cual están definitivamente juzgados los pretendidos propósitos de «espiritualización» del Derecho y clara la intención de servir a un programa pragmático centrado en la pureza de raza.

En la actualidad es el régimen soviético, totalitario de clase en vez de sangre, el que osa abiertamente sostener y practicar en toda su amplitud, aun la más inhumana, los postulados del materialismo y utilitarismo integrales, herencia falta de la vieja escuela positiva. Uno de los creadores del Código penal ruso soviético de 1926, aún vigente, el profesor Grodsinsky, así lo confiesa con modestia en la revista baluarte de dicha escuela, la *Scuola Positiva*, donde proclama que «la ley penal contenida en los Principios de Derecho criminal ruso es la primera vigente que se libera del concepto tradicional de culpabilidad y pena, la primera que pone en práctica la idea del peligro social del delito y del delincuente (72)». Es verdad que, como tantas veces se ha hecho notar, la originalidad del Código soviético, aun en este terreno, es muy relativa, no hallándose exenta su técnica de las tradiciones que se pretendían desterrar. La sustitución del término de «delito» por el de «acción peligrosa», o del de «pena» por «medida de defensa», de que no se librara la «suprema medida», esto es, la pena de muerte, no deja de ser, en la URSS, como en el Proyecto de Ferri o

rismo v. DONNEDIEU DE VABRES: *La politique criminelle des états autoritaires*, París, 1938. En referencia concreta a lo soviético: CUELLO CALÓN: *El Derecho penal de la Rusia soviética*, Barcelona, 1931; MORA-ZWIERNAK: *La giustizia sovietica*, Roma, 1945; QUINTANO RIPOLLÉS: *Filosofía y ciencia del Derecho soviéticas*, Madrid, Reus, 1950, y J. GRAVEN: «La conception fondamentale du droit penal des soviets et des démocraties populaires», en *Les cahiers du Droit*, París, 1953, diciembre, 30, entre la inmensa bibliografía sobre el tema.

(72) GRODSINSKY: «Modificazioni alla legislazione penale russa, en *Scuola positiva*, v. núms. 6 y 7.

luego en los Códigos de Defensa social de Cuba y algunos Estados mejicanos, un mero juego lingüístico. Desgraciadamente, sin embargo, la ciencia, la legislación y la práctica soviéticas no se conformaron con tal pueril desahogo de escamoteo lexicológico. Lo que se llevó a cabo con implacable rigor lógico y hasta sus últimas consecuencias fué la extirpación del concepto y sentido de la culpabilidad, en lo que su revolucionarismo, a la vez que su barbarie y divorcio con la civilización, quedaron patentes.

En el léxico científico y legal ruso ha quedado proscrita la voz de la culpabilidad (*vinovnost*), tan pletórica de sentido moral en eslavo como en las lenguas latinas, sustituyéndose por el tópico la *sozialmo opsnost* o peligrosidad, cuya calificación no entraña para nada valoraciones de índole espiritual, sino meramente de utilidad en la lucha clasista. Siendo la ley un confesado instrumento de la política, según la ya clásica definición de Vichinsky (73) y la esencia de lo político la realización práctica de una voluntad de poderío, es claro que las nociones de delito y pena no se condicionan por una valoración ideal como la de culpabilidad, sino por consideraciones de utilidad táctica, como corresponde al sentido de lucha que informa todo el marxismo leninista, estrictamente encaminado al triunfo de la dictadura de clase (74).

La tan decantada reciente vuelta a los principios tradicionales que subsiguió a la proclamación de la Constitución staliniana y a la instauración de la «Democracia popular» en la postguerra parece que pretende restaurar, entre otras cosas, las nociones de delito (*prestuplenie*) y pena (*nakazanie*), según informaciones de última hora (75). No es probable que ello tenga otro sentido que el de propaganda política en vistas a captar las mentalidades más occidentalizadas de los territorios recién incorporados al sistema soviético. La verdad es que, por encima de las consignas científicas de momento, la ley, y, lo que es peor, la práctica penal en la URSS, desconocen en absoluto la verdadera noción de lo culpable.

La idea de culpabilidad, habiendo sido desterrada en lo criminal, donde su imperio es más inexcusable que en ningún otro, lo fué en seguida de lo civil, donde la tesis de la responsabilidad objetiva campea sin límites a tenor del artículo 403 de su Código. Comentando al cual no deja de ser lógico Goichbarg razonando que «siendo la idea de culpabilidad moral y metafísica y como tal rechazada en lo penal, sería absurdo mantenerla en lo civil, por ser en uno y otro campo una abstracción *idealista* incompatible con el *determinismo materialista marxista*» (76). Pocas veces son de

(73) VISCHINSKI: *Sovietskoe Gosudarstvo i Pravo*, en ruso, I, pág. 199.

(74) En la definición de Stalin (en *Questions du leninisme*, ed. francesa, pág. 126) la dictadura del proletariado no está limitada por ninguna ley ni norma, apoyándose tan sólo en la violencia.

(75) Así GOLYAKOV: *Ugolovnoe Pravo*, Moscú, 1949. La reforma es ya inminente y teóricamente de signo tradicionalista.

(76) Citado por Gsovski en *Soviet Civil Law*, Michigan University, 1948, cap. 14.

constatar tan profundas verdades en un jurista soviético. La idea de culpabilidad ha venido siendo, por lo demás, lógicamente, la *bete noire* de los tratadistas rusos comunistas. Staroselisky llega a censurar la «legalidad socialista» por haber mantenido en el Derecho penal distinciones como las de dolo e imprudencia, «secuela de la ideología burguesa de la culpabilidad moral» (77). Krylenko así lo reconoció humildemente en la defensa de su famoso Proyecto de Código penal (78), y en Mankowsky y Vischinsky se registran abundantes diatribas en idéntico sentido (79). Fielmente han acatado la doctrina los autores y legisladores de los países recientemente soviéticos (80).

No pareciendo necesario insistir más en la materia, baste consignar que el desprecio soviético hacia la culpabilidad ha llegado a cristalizar en la más odiosa de la hipótesis de responsabilidad sin culpa y de objetivismo total: la de la pena familiar y extrapersonal, ancestral instrumento punitivo que se creía relegado para siempre a los anales de la historia y de la etnografía. La sección primera del Código General de Crímenes Políticos, promulgado en 8 de junio de 1934 y todavía vigente después de la «liberalizada» Constitución staliniana, establece en su artículo 58 que si alguien desertaba en tiempo de guerra o de paz de la patria soviética, los miembros adultos de su familia que lo supieren sufrirán la pena de cinco a diez años de prisión, más la confiscación de sus bienes, y *los que no lo supieren* la de destierro a Siberia por cinco años. Disposición cuya bárbara crudeza excusa toda exégesis y que se reproduce en el Código búlgaro (art. 72).

VIII. LA DOCTRINA ESPAÑOLA E HISPANOAMERICANA

No problematizada siquiera en nuestra doctrina clásica la cuestión fundamental de la exigencia de la culpabilidad como elemento o *substratum* espiritual de la responsabilidad criminal, ya que las dudas en torno a la extensión del principio del *versari in re illicita* han sido disipadas con profundidad y elocuencia singulares en el conocido libro del P. Pereda (81), la polémica se suscitó, como en Italia, al advenimiento de las teorías naturalistas del determinismo darwiniano y del sociologismo spenceriano. Adoptadas en lo penal por el positivismo, su irrupción en España primero y en la América española poco después pusieron en duro trance los cimientos idea-

(77) STAROSELESZKY: *Revolutsia Zakone*, núm. II, 1927.

(78) KRYLENKO: en *Soviet Gosudarstvo*, I, 2.

(79) V. J. HAZARD: «Reforming Soviet Criminal Law», en *Journal of Criminal Law*, 1938, núm. 157.

(80) Sobre el Derecho penal de las Democracias populares v. el artículo cit. de GRAVEN, en nota 67, y el libro de ANDREJEW-LERNELL-SAWICKI: *Das Strafrecht der Volksrepublik Polen*, Berlín, 1950.

(81) Sobre la doctrina y alcance del *versari in re illicita* en nuestros clásicos v. la eruditísima monografía de ese título, debida al P. PEREDA, Madrid, Reus, 1948.

les de la escuela clásica del delito y de la pena, sobre todo por socavar su sustentáculo fundamental: el de la culpabilidad. Pero aun en este terreno es de advertir, para gloria de la ciencia española, que la faz más genuinamente nacional que las direcciones positivistas adoptaron entre nosotros no fueron las crudamente materialistas del defensismo objetivo, sino más bien las ya espiritualizadas del correccionalismo, al socaire de la filosofía krausista. Así se hizo posible aquella feliz y «romántica alianza» del clasicismo de Aramburo de que nos habla Silva Melero (82), así como la genial, generosa, pero arriesgada utopía de Dorado Montero, tan sagazmente estudiada por los profesores Cuello Calón y Antón Oneca (83). En su brillante estudio *¿Pena o medida?*, inserto en el segundo tomo de su *Derecho protector de los criminales*, el maestro salmantino, lejos de abundar en las diatribas de los positivistas italianos contra la culpabilidad, procura hermanar su concepto (al modo psicológico de intención) el de peligrosidad como dato o guía para descubrir las propensiones del agente.

Referida la cuestión a lo puramente jurídico, y al margen de las querellas filosóficas en que clásicos y positivistas la plantearon, en España como en el resto de Europa en los días de álgida lucha de ambas escuelas, la opinión mayoritaria, por no decir única, entre nuestros autores, fué la del concepto psicológico de la culpabilidad. Dificilmente podía ser otro, ya que el mismo, aunque por diversos caminos satisfacía las exigencias de ambas tendencias a la vez que parecía acordarse con los imperativos textuales del Código penal desde la redacción del concepto de delito en el artículo primero en su prístina modalidad de 1848. El naturalismo, de relación psicológica de autor a acto, fué el modo obvio de entender lo culpable, como una consecuencia de la semancia de lo voluntario consignado en dicha definición. Es uno de los más ciertos méritos del profesor de Valencia J. A. Rodríguez Muñoz el de haber suscitado a fondo la discusión en torno a la verdadera naturaleza jurídica de la culpabilidad, natural o normativa, según se planteaba en la ciencia alemana más moderna. Primero en un precioso artículo de información (84), y luego en sus valiosas notas a su traducción del famoso Tratado de Mezger (85), muestra con textos del Código penal español la posibilidad y conveniencia de no limitar a una caracterización naturalista la noción de la culpa-

(82) SILVA MELERO: *Un penalista asturiano: D. Félix de Aramburo*, Oviedo, 1946.

(83) CUELLO CALÓN: «La teoría jurídica di P. Dorado Montero», en *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, 1921, II (que desconozco), y J. ANTÓN ONECA: *La utopía penal de Dorado Montero*, Salamanca, 1951.

(84) RODRÍGUEZ MUÑOZ: «La culpabilidad en el Tratado de Mezger», en *Revista de Derecho público*, Madrid, 1933, II.

(85) Singularmente en la nota sin numerar al folio 6, t. II, de la segunda edición de la traducción del Mezger.

bilidad y de indagar la normativa mediante el uso del tecnicismo germánico adaptado a nuestra propia dogmática, en la que, naturalmente, no todo es lícito producto de importación. Lo busca el profesor de Valencia por el camino negativo que forzosamente impone la sistemática del Código, notablemente en la excusa absoluta de los encubridores de parientes de su artículo 18 y en la «eximente» de miedo insuperable, cuyo carácter de inimputabilidad había sido puesta ya en tela de juicio por la sagacidad de Silvela, fundamentándola más bien en la no exigibilidad del heroísmo, es decir, en una consideración de clara estirpe normativa y valorativa, de «no reprochabilidad», en suma.

La posición normativista de Rodríguez Muñoz se completa con su actitud de simpatía, no exenta de reservas, frente al movimiento del finalismo, expuesta en su magistral discurso de apertura de Curso de 1953-54 en la Universidad valenciana. Reconoce, sobre todo, lo correcto de la culpabilidad normativa y acepta incluso la tesis tan atrevida de Welzel y de Niese que «su consecuencia lógica indeclinable ha de ser la salida del dolo del concepto de la culpabilidad. Sólo así—sigue diciendo—es posible configurar el concepto de culpabilidad, el juicio de reproche personal, en sus propios y verdaderos límites, diferenciando con toda precisión el propio juicio (la culpabilidad) del objeto sobre el que el juicio recae, que en consecuencia y por definición tiene que estar fuera del juicio mismo». Con ello se logra, por añadidura, establecer el paralelo armónico con el otro juicio valorativo precedente, el de antijuricidad (Ob. cit., pág. 152).

Con no menor decisión, aunque sin pronunciarse en lo referente al finalismo en esta materia, adoptó la tesis de la teoría normativa de la culpabilidad Jiménez de Asúa, quien en cambio hace suya la construcción negativa de la no exigibilidad de otra conducta (86). Asimismo la acoge Antón Oneca, que contrapone la doctrina clásica del lazo psicológico entre el agente y el acto a la «teoría moderna» que ve en la culpabilidad un juicio de desaprobación sobre este hecho, teoría normativa que la califica de opinión dominante (87). Es, posteriormente, en su magno *Tratado* (tomo V, pág. 227) cuando Asúa insiste con máxima videncia en la significación judicial, la culpabilidad hasta denominar al juez «actor de la valoración», sin osar empero desgajar la culpabilidad de la concepción morfológica del delito.

Frente a la toma de posición partidista unilateral de los tres

(86) JIMÉNEZ DE ASÚA: *La ley y el delito*, Caracas 1945, pág. 537, y más recientemente en la 2.^a ed., México-Buenos Aires, 1954, pág. 382, donde se dice: «Es preciso reconocer que la culpabilidad supone un contenido psicológico, pero éste no constituye de por sí la culpabilidad. Es el objeto sobre el que recae el reproche contra el autor. Sólo cuando este juicio de reprobación se hace es cuando surge el concepto de culpabilidad.» No expresa, sin embargo, cuándo y quién hace tal juicio.

(87) ANTÓN ONECA (RODRÍGUEZ MUÑOZ): *Derecho penal*, Madrid, 1949, t. I, pág. 189.

profesores citados, Cuello Calón, más respetuoso con las tradiciones vernáculas y con la realidad de los textos, aunque no menos celoso de los hallazgos de la técnica moderna, mantiene al modo de Mezger en Alemania y de Bettiol en Italia, una posición sincretista que no ecléctica. Acepta el autor citado, en la teoría normativa de la culpabilidad, su esencia de juicio de valor y hasta sus consecuencias en la tripartición de las eximentes, pero no por ello rompe las amarras que sustentan el concepto de lo culpable a la dinámica psicológica, con lo que logra una definición de la culpabilidad sumamente feliz. «Una acción es culpable—dice—cuando a causa de la relación psicológica existente entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste y además serle reprochada.» En ese adverbio *además* radica, al parecer, la esencia de lo culpable en la construcción del profesor Cuello, constituyendo el juicio de reprobación de la conducta, que en su versión de la culpabilidad se define por él acto seguido como «el juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo vedado por la ley» (88). Le interesa, no obstante, guardar el indispensable enlace con los demás elementos del delito, inmediatamente con la antijuridicidad y la acción, por lo que combate con singular acierto la actitud de los sistematistas y voluntaristas que, como Tésar antes y los penalistas de Kiel más tarde, menosprecian los resultados del hecho, en abierta pugna con el derecho vigente y más aún con el de España, tan deudor de la *Erfolgshaftung*.

Abundando en el sincretismo del profesor Cuello Calón, que no se resigna a sacrificar ninguno de los elementos del delito para no deformar con hipertrofias fuera de lugar su armónica tectónica estructural, el fiscal Fernando Díaz Palos, en notable y reciente monografía sobre la culpabilidad jurídico-penal, reclama la superación de la contradicción entre psicologismo y normativismo, dado que lo fáctico y lo normativo—dice—deben estar presentes en el momento de establecer la culpabilidad, así como el enlace entre ésta y los demás caracteres del delito (89).

Al contrario que los normativistas puros y que los sincretistas, el profesor Sánchez Tejerina permanece fiel a las concepciones del psicologismo. Hasta tal punto parece esto cierto que incluso en la hipótesis más cara a los normativistas, que es la del exceso en la legítima defensa, ve dicho autor una situación excusable por la alteración psíquica producida en el ánimo del agente por la agresión injusta (90). No combate, sin embargo, las tesis del

(88) CUELLO CALÓN: *Derecho penal*, Barcelona, Bosch II ed., 1953, t. I, pág. 394.

(89) Publicado primero en el tomo V de la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, de Seix, y luego en separata aumentada, Barcelona, Bosch, 1954, pág. 94.

(90) T. S. TEJERINA: *Derecho penal español*, Madrid, 3.ª ed., 1942, tomo I, pág. 209. Al hacer suya, de otra parte (pág. 20), la definición del delito del P. MONTES, es claro que se adhirió a su concepción psico-ética de la culpabilidad-imputabilidad.

normativismo, labor polémica a la que dedican en defensa de la tradición psicologista el profesor de Deusto, Padre Pereda, y el fiscal Adolfo de Migue. Circunscribe este último sus objeciones a denunciar la para él imposible adecuación de la teoría normativa al ordenamiento penal vigente en España (91). El Padre Pereda, en cambio, extiende su criticismo a lo conceptual, sobre todo a sus versiones frankiana y mezgeriana. Repitiendo, con argumentos reforzados por su fina dialéctica, las censuras de los antinormativistas extranjeros, desde Rosenfeld a Maggiore, considera la falla mayor del sistema la de la trasposición de la idea de lo culpable del acto y aun de la persona del reo a la de jugador, situándola así en «cabeza ajena». «La culpabilidad —dice el maestro jesuíta— existe antes que el juicio de reproche, que no hace más que declarar su existencia en la función judicial» (92).

Sendas posiciones, *sui generis*, aparte de las tres reseñadas, toman en la materia que nos ocupa los profesores Del Rosal y Castejón. El primero, en su monografía sobre la personalidad del delincuente, estima que la teoría de autor encaja y aun refuerza la de la culpabilidad adoptando su forma personalista en la llamada «culpabilidad por la formación de la personalidad, que para el precitado profesor significa un claro exponente de las exigencias éticas (93). En cuanto al profesor Castejón, si bien no parece tomar partido en la pugna de psicologistas y normativistas, se distingue por una original postura de minimización de la culpabilidad misma al trasladar a lo penal—claro es que tan sólo en ciertas hipótesis culposas o imprudentes—doctrinas civilistas como las de la responsabilidad objetiva y el riesgo profesional (94).

En fin, otro monografista del tema de culpabilidad, el profesor Serrano Rodríguez, se ha ocupado en dos ocasiones de la alta problemática metafísico-teológica del tema sin descender tampoco a las cuestiones polémicas en torno al asunto y sin tomar posición en el de la preferencia del psicologismo o el normativismo (95).

* * *

En el mundo hispánico, la teoría normativa de la culpabilidad y las pugnas que suscita ha hallado eco, sobre todo, en la recién

(91) DE MIGUEL: «Panorama de la culpabilidad en la dogmática penal contemporánea», en *Anuario de Derecho penal*, 1952, II.

(92) P. PEREDA: «El concepto normativo de la culpabilidad», en *Anuario de Derecho penal*, 1949, I.

(93) DEL ROSAL: *La persona del delincuente en la técnica penal*, Valladolid, 1949, pág. 71.

(94) CASTEJÓN: «La responsabilidad sin culpa en los derechos civil y penal», en *Anuario...*, 1949, I. Hace observar ingeniosamente cómo en la historia vuelven a encontrarse, aunque con postulados diversos, la noción de la responsabilidad objetiva en los tiempos más arcaicos y en los novísimos.

(95) SERRANO RODRÍGUEZ: *Culpabilidad en Derecho penal*, Madrid, 1942, y *Culpabilidad y pena*, Santiago de Compostela, 1945.

te doctrina argentina, introducida por Ricardo C. Núñez, con su presentación en el *Bosquejo de la culpabilidad*, de la traducción del libro de James Goldschmidt, *La concepción normativa de la culpabilidad* (Buenos Aires, Depalma, 1943). En dicho estudio preliminar rectifica la doctrina positivista de lo culpable social, viendo en la culpabilidad un matiz puramente jurídico que tiene su fundamento en un hecho social, esto es, en el reconocimiento de una determinada concepción de la responsabilidad en el Derecho penal, no sujeta a cánones inmutables, sino obedeciendo a los postulados del sistema de cultura de cada época y lugar (pág. 20 de *Bosquejo*).

En Fontán Balestra la culpabilidad, aun implicando el análisis de determinada situación subjetiva ante el hecho, fundamentalmente psicológica, requiere un elemento valorativo, porque su concepto se constituye sustancialmente sobre un acto delictuoso (v. *Derecho penal*, 2.^a ed. Buenos Aires, 1953, páginas 289-90). Con esta armonización, que no concibe una culpabilidad referida a un obrar que no sea típicamente antijurídico, el profesor bonaerense se sitúa en una actitud sincrética que recuerda la de Cuello Calón.

El puro psicologismo está representado en la ciencia penal argentina, aparte de por los viejos maestros del positivismo y con nuevas razones dogmáticas, por Sebastián Soler. Ve. éste en la culpabilidad un mero problema de índole psicológica, limitado al consabido vínculo de autor y acto. Su presupuesto es la imputabilidad, sus formas el dolo y la culpa (*stricto sensu*) y sus causas de exclusión la ignorancia, el error y la coacción (*Derecho penal argentino*, párr. 35, I, IV).

La posición más original y, a mi modo de ver, más adecuada a la verdadera naturaleza del problema, se halla en el egologismo argentino, aplicado sutilmente a la materia por el profesor Enrique R. Aftalión. Según él, en la culpabilidad hay algo propio del delincuente, pero otro «algo» lo pone el juez. En última instancia—dice afirmar la culpabilidad de una persona no es más que afirmar que es de justicia aplicarle ciertas normas que configuran el hecho como un ilícito penal. Para lo cual no es sólo posible la verificación naturalista de que se hallan reunidos los extremos psicologistas del dolo y de la culpa, tal como son postulados por la mayoría de los penalistas... Buscando nuevos campos a la conciliación, Aftalión pretende luego una concepción realista del delito en que se conecten definitivamente las nociones rivales de la culpabilidad y la peligrosidad, lo que ya no interesa de modo directo a nuestro tema (96).

(96) AFTALIÓN: *La escuela penal técnico jurídica*, Buenos Aires, 1952, pág. 94.

IX. NUESTRA POSICIÓN: DE LA CONCEPCIÓN UNITARIA DE LA CULPABILIDAD, ANÁLISIS, SÍNTESIS Y SITUACIÓN ESTRUCTURAL DEL CONCEPTO

El analismo iniciado por Beling en su trascendental obra *Die Lehre von Verbrechen*, de 1906, que tantos y prodigiosos progresos ha provocado en la dogmática penal de todos los países, singularmente en el desarrollo de la teoría del delito, ha dado origen, a su vez, a derivaciones doctrinales y prácticas reprobables, siéndolo más que ninguna otra, la de la creciente atomización del concepto. A fuerza de investigar incansablemente la naturaleza de los cimientos y de todas y cada una de las piezas de la construcción jurídica básica del Derecho penal—el delito—, se ha llegado a poner en inminente peligro su estabilidad, amenazando en ocasiones con arruinar el concepto a fuerza de cuidados, como a un enfermo de Molière. El fanatismo de escuela y el prurito de originalidad personal, han determinado en no pocos penalistas, alemanes, sobre todo, un verdadero pugilato de sutilezas, muchas veces del más subido interés, sin duda, pero que no han añadido fortaleza, sino todo lo contrario, a la noción jurídica de lo delictivo. Por añadidura, esos mismos defectos y cualidades han desequilibrado la armonía de la construcción, ya que cada cual ha pretendido, dentro de los elementos o caracteres del delito por él descubiertos o explorados preferentemente, erigir una supremacía casi siempre a costa de los demás. Se llegó a olvidar que el analismo—como hace observar juiciosamente Hafter—, es, como todo lo metodológico, un instrumento de trabajo y no un fin en sí mismo, pues tomarlo por tal supondría algo más que una incorrección en el método, una verdadera transmutación de valores en el orden ya que no en la jerarquía de los elementos constitutivos de la infracción. Entendiéndolo así, los penalistas alemanes, de los que el mal partió, han ido rectificando últimamente (sobre todo a partir de 1930) sus posiciones de intolerancia y de disgregación analítica, retornando a una concepción unitaria que, aunque no siempre por los mismos caminos, puede decirse que es hoy la prevalente, al menos en Italia, España y Argentina, pues en Alemania ambas sistemáticas guardan cierta paridad de fuerzas. Lo dicho no supone que la posición de sintetismo no sea susceptible, a su vez, de errores y exageraciones, como se demostró suficientemente en los excesos de los teorizantes totalitarios de la escuela de Kiel, siendo la fórmula más exacta y correcta, seguramente, la del uso del análisis para por él llegar a la síntesis.

En el plano unitario que queda dicho y en referencia tan sólo a la construcción del delito, pudiera utilizarse con ciertas posibilidades de éxito la sistematización general del Derecho que hace Kelsen con su conocido esquema de la pirámide jurídica, sin que ello implique una adhesión a las tesis filosóficas de su formalis-

mo. Colocando en su base, a los efectos de lo penal, la acción o hecho humano que constituye el sustrato naturalista de la infracción, sus sucesivos sillares serían la tipicidad y la antijuridicidad, ambos de carácter objetivo, así como la imputabilidad y la culpabilidad, que lo son predominantemente subjetivos. El que la culpabilidad se halle en la cúspide de la pirámide no quiere significar una supremacía absoluta de estructura, sino tan sólo una consecuencia lógica de la construcción, que ha de ser así para resultar perfecta, pero en la que cada elemento es de por sí absolutamente esencial para el conjunto. Esto sentado, parece ocioso y lo es, seguramente, el disputar acerca de si un valor es superior a otro, aunque no, en cambio, el orden de su situación, que si resulta capital en la lógica y estabilidad de la construcción. El que un elemento sea base del siguiente en jerarquía cronológica no implica subordinación conceptual, y así vemos que se suceden la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad y la culpabilidad, factores que, al faltar cualquiera de ellos, derrumbaría toda la teoría del delito, no bastando todos los demás para con su aglutinación reemplazar al ausente. También en la construcción geométrica de la pirámide ésta se derruiría privada de sus cimientos o pilares inferiores, pero sin cúspide no sería jamás una pirámide.

En virtud de lo que queda apuntado, la culpabilidad se nos aparece como un elemento que, como los demás del delito, no puede reclamar para sí una específica supremacía jurídico-penal en la teoría de aquél. En esto acierta plenamente el Padre Pereda al censurar a algunos juristas la especificidad de lo culpable, noción—dice—que no pertenece exclusivamente a lo penal, sino a la Religión, a la Moral y al uso corriente en que seguramente se gestó y que le sirve de sustentáculo filosófico e histórico. De ahí, probablemente, la mal disimulada inquina que guardan contra el precioso concepto las escuelas y direcciones de matiz materialista, desde el positivismo ferriano al marxismo soviético, a que ya se hizo bastante referencia. Esta falta de especificidad no se limita, por supuesto, al elemento de lo culpable, ya que los de acción, tipicidad, antijuridicidad e imputabilidad no pueden alegar mejores méritos de exclusivismo en lo penal, siendo hoy usuales en el civil sin que ello lesione la pureza metodológica de la enciclopedia jurídica, como Guarneri en Italia y Castejón y Silva Melero entre nosotros, han demostrado cumplidamente en sus valiosos estudios sobre continuidad y conexión entre lo civil y lo penal.

Lo que es peculiar y privativo de lo jurídico-penal, singularmente de la noción del delito, no es la culpabilidad como no lo es ninguno de los otros elementos por sí, sino la reunión y ensamblado perfecto de todos ellos, que sólo de tal manera resultan eficientes en la finalidad coordinadora y estructural que les está encomendada.

La primacía de la culpabilidad únicamente se ostenta, pues, a mi modo de ver, en la jerarquía de situación, no en la de rango, que ningún elemento puede lógicamente reclamar. Y al decir lógicamente hago referencia a una estructura de perfección ideal en lo formal, pues, culturalmente valorada, la culpabilidad sí que puede exigir un rango que históricamente parece haber ya conquistado, justificando sobradamente las sentencias ditirámicas ya citadas de los Beling, M. E. Mayer y Hafter. Cabeñ, ciertamente, situaciones positivas en que se erijan *quia Principe placuit*, delitos sin culpabilidad, como se conocieron en la historia remota del Derecho penal y en la vigente de la Unión soviética, donde, como quedó dicho, persisten las modalidades más características e indubitadas de responsabilidad extrapersonal, sin vislumbre de culpabilidad por tanto. Claro es que aun sin la base más elemental de cimentación del delito, la material del acto o conducta humana, son imaginables e históricamente conocidas figuras con tal nombre, como las *cogitaciones* punibles; el regicidio soñado lo fué en Roma, y las atribuidas a animales y aun a objetos inanimados en ciertos regímenes barbarizantes. Hay que tener en cuenta que el delito es, al fin y al cabo, una construcción humana y normativo-cultural, no de pura lógica o geometría, y que aquí es donde fracasa el símil de la pirámide kelseniana como otras lucubraciones del genial maestro vienés.

* * *

Por lo que atañe a la realidad jurídico-penal española, la situación de la culpabilidad como elemento de la teoría del delito es singularmente anómala. De un lado es incuestionable que toda la tradición cultural y espiritualista de nuestro Derecho penal aboga por su conocimiento y aun prevalencia, pero con los textos positivos en la mano creo, sin embargo, que, pese a los agotadores esfuerzos de nuestros normativistas, a partir de Asúa y Rodríguez Muñoz, no es factible situar la noción en el marco de nuestras instituciones penales materiales o sustantivas. Forzoso es confesar que la idea de culpabilidad es extraña a las necesidades conceptuales de la definición de la infracción en el artículo primero de nuestro Código penal. No lo era, en cambio, en la del primitivo de 1822, donde su artículo 2.º decía que «comete culpa el que libremente, pero sin malicia, infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar». Condición de «poderío» y «deber», de *Können* y *Sollen*, según la terminología alemana, en que se incluiría la posición normativa sustantiva con harta mayor claridad que en las definiciones ulteriores. En éstas y, por ende, en la vigente, la única posibilidad de situar conceptualmente lo culpable es subsumiéndolo en lo antijurídico y lo imputable, esto es, dentro del ambiguo adjetivo de «voluntarias» aplicado a las acciones y omisiones. Con lo cual, en su extremada amplitud,

es forzoso atribuirle un carácter de generalidad y comprensión unitaria a todo lo delictivo, abarcando las infracciones dolosas (voluntarias maliciosas) y las culposas o imprudentes (voluntarias no maliciosas) del tan discutido y discutible artículo 565. Sin volver sobre tan *vexata questio* de concordancia entre ambos artículos del Código, desarrollada en otro lugar (97), y por lo que a la caracterización legal material de lo culpable afecta, parece claro que esa promiscua situación en lo «voluntario» obliga a una actitud de puro psicologismo, hallándose desterrada del texto toda mención valorativa, sea de deber o de reproche.

Queda por considerar ahora, es verdad, la vertiente negativa de lo culpable, que es la que suele perfilar el concepto en los sistemas positivos y permitir consecuencias para su práctica aplicación. En el caso de nuestras leyes penales habría que buscarlo, pues, en las normas que configuran las llamadas circunstancias eximentes del artículo 8.º del Código penal, en las innominadas excusas absolutorias de los artículos 18, 226, 428, párrafo segundo y 564 del mismo cuerpo legal, así como en el artículo 294 del Código de justicia militar, 8.º del Decreto-Ley sobre bandidaje y terrorismo y otras disposiciones de leyes especiales. Así lo han hecho, espigando en este campo, nuestros modernos tratadistas afectos a la técnica normativista o simplemente a la sustantividad de lo culpable, confeccionando elencos más o menos extensos y convincentes de causas de inculpabilidad o de exclusión de la culpabilidad, a costa, claro está, de la clásica bipartición silveliana de las de inimputabilidad y justificación. La licitud de dicho tecnicismo es indiscutible y aun conveniente en un plano de pura exposición científica, sirviendo el tema para profundizar en los últimos entresijos de la teoría del delito, siquiera por la vía excluyente y negativa. No pudiendo entrar en detalles acerca de tan sugestivo asunto, que afecta más bien a las causas de exclusión de la culpabilidad que a su esencia total de elemento del delito, sí cabe dudar de la trascendencia dogmática que con arreglo a nuestro Derecho penal pueda ofrecer la discriminación. En efecto, si no es forzoso ni quizá posible, positivamente hablando, colocar en la definición legal de la infracción del artículo primero del Código con sustantividad estructural suficiente el signo de culpabilidad, a englobar promiscuamente con los de antijuridicidad e imputabilidad en la noción de lo «voluntario», la privación de tal elemento, genuinamente psicológico, conduciría indefectiblemente a conceptuar como causas de inculpabilidad todas las de inimputabilidad. Con lo cual dicho queda que sólo se operaría una mutación de léxico y no de naturaleza ni de estructura. Se comprende de este modo cómo Cuello Calón, al adoptar (ya en la octava

(97) QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1946, tomo I, pág. 22, y *Derecho penal de la culpa*, Barcelona, 1958, págs. 204 y sigs.

edición de la Parte general, en 1947) la técnica de la separación de «causas que excluyen la culpabilidad», considerase como prácticamente sinónimas las de inimputabilidad, añadidas entre paréntesis (capítulos XXX a XXXIV). Ulteriormente el mencionado autor apura aún más la clasificación y deja como puramente excluyentes de la culpabilidad las violencias, física y moral, y el caso fortuito, pues para él las excusas absolutorias no son sino excluyentes de la punibilidad (en la 11 edición, de 1953, cap. XXXIV). Más ancha puerta abren al concepto de la inculpabilidad otros autores, y más que ningún otro Antón Oneca, que permiten pasar por ella el estado de necesidad, en el supuesto de intereses iguales (según la tesis de Rodríguez Muñoz), la obediencia debida, la fuerza, el miedo, la minoría de edad, enajenación mental, sordomudez y estados de inconsciencia (*Derecho penal*, T. I, capítulos XXVII a XXXI).

Sin discutir ni siquiera objetar en pura teoría estas y otras sistemáticas de clasificación y denominación, a la vista de los imperativos de la nuestra legal, la intrascendencia de ello es patente. De un lado, por el estricto carácter de *numerus clausus*, que, a diferencia de las atenuantes del artículo 9.º, ostentan las eximentes del 8.º, tan reiteradamente afirmado por la Jurisprudencia. Del otro, sobre todo, porque, no existiendo criterio legal de discriminación dentro de las doce eximentes del artículo 8.º, todas y cada una acarrear el mismo resultado penal, es decir, la absolución del reo, que vale tanto como del inculpado y que por lo mismo deja de serlo y es «exculpado». Ante tal igualdad el solo módulo dogmático de separación agrupada es el basado en las consecuencias últimas de esa exculpación, en sus resultados a los efectos de exigencia o inexigencia de responsabilidad civil *ex delicto*, conforme a las disposiciones del artículo 20 del propio Código. Este portillo abierto a las posibilidades de sistematización dentro de las eximentes por la misma ley, bien que angosto y en ocasiones abrupto e insatisfactorio en puros principios, es el que permitió a Luis Silvela y a los tratadistas posteriores la dual clasificación en circunstancias o causas de inimputabilidad y justificación, llevada a los textos legales en el Proyecto de 1884 y en el Código penal de 1928. La alusión a la inculpabilidad resulta, pues, privada de sustentáculo en lo positivo, es una adición de puro lujo dialéctico, intrascendente por cuanto que no produce consecuencia alguna ulterior en el «exculpado». Si acaso pudiera aplicarse la denominación con ciertas ventajas, aunque dudosas en lo positivo, sería en las excusas absolutorias mencionadas, a las que la mayoría de los autores prefieren, sin embargo, reservar tan clásico nombre o sustituirlo por el de excluyentes de la punibilidad. Entienden para ello que el exento de pena en las hipótesis de encubrimiento o hurto de parientes, que son las más típicas, persiste el delito y la culpabilidad, no imponiéndose la pena por consideraciones políticas,

morales o utilitarias que constituyen, en expresión de Cuello, un verdadero perdón legal. La afirmación de que en tales casos exista culpabilidad sería, cuando menos, discutible, puesto que procediendo como procede en ellos la absolución, el culpable deja inmediatamente de serlo, repugnando a nuestra sistemática positiva el concepto inglés ya examinado del *guilty* o culpable impute (también allí en los supuestos de inimputabilidad, como el *guilty but insane*). Y es que, entre nosotros, jurídicamente hablando, «culpabilidad» vale tanto, en lo penal, como «condenabilidad», siendo, a mi modo de ver, como en seguida se verá, un concepto más bien procesal que material. Se halla inmerso en el delito, pero operando fuera de su estructura formal, en el acto de soberanía ejercitado por el órgano llamado a estimar valorativamente esa totalidad conceptual tan compleja que es la infracción criminal.

La totalidad axiológica que es asignable a la culpabilidad, y por ende a la inculpabilidad en sentido estricto, que es la que expulsa de la sistemática de exenciones del artículo 8.º del Código penal español la estimativa formalmente perfecta de tal elemento, pudiera darse en la hipótesis del caso fortuito si éste no se hallare, incorrectamente sin duda, incorporado a dicho catálogo cerrado, del que fué con tan buen acuerdo segregado en el Código de 1928 y en el de la Zona de Marruecos. Al no consignarse expresamente el *casus* entre las eximentes, su configuración sería la más adecuada para una causa de exclusión de la culpabilidad a integrar en la vertiente negativa del artículo primero. Figurando como eximente ya, es claro que tal camino resultaría superfluo por el rodeo que supone. No puede decirse lo mismo del error, que tal cúmulo de problemas suscita y que sólo de pasada puede mencionarse aquí. Me refiero, claro está, al error recayendo sobre la configuración de lo delictivo, que engloba la tradicional distinción, hoy generalmente superada, entre el *error facti* y el *error juris* y que precisamente por su estimativa en plano de totalidad es la materia más propicia para ejercitar la exclusión de la culpabilidad. Al no existir en la ley una mención específica a ello y no pudiéndose encuadrar, en nuestro sistema legalista y cerrado de eximentes, en las «circunstancias» del artículo 8.º, ofrece sin duda posibilidades de operar en el aspecto total de estimativa, siempre judicial, que la visión del delito presupone y que afecta concretamente a lo culpable. Que eso es posible lo demuestra la jurisprudencia reciente del Tribunal Federal alemán rectificando tradicionales posiciones de su antecesor el *Reichsgericht*; notablemente en su tan discutida Sentencia de 18 de marzo de 1952, aceptando la relevancia del error de prohibición o *Verbotsirrtum*, versión modernizada, aunque no exacta del viejo *error juris* (98). Que nuestra jurisprudencia no

(98) V. su comentario en el artículo de VON WEBER: «Sobre el error iuris...», en *Anuario...*, 1953. I (traducción mía).

haya osado aún tan radical medida no es razón suficiente para que en cualquier momento, llegado el caso, pueda y aun deba hacerse. De ser así, el camino no ha de escogerse en una ampliación imposible de las circunstancias eximentes del artículo 8.º, sino en la exégesis de inversión del texto del artículo primero. Entonces sí que podrá hablarse en rigor de una causa de exculpación en sentido estricto, lo que sería precisamente por esa estimativa total de la culpabilidad a que queda hecha referencia. Y que tiene tanto más sentido en la hipótesis que nos ocupa, precisamente en nuestro sistema positivo, se deduce de la posibilidad de enmarcar el error en la doble perspectiva de exclusión absoluta del dolo y de la culpa (imprudencia) o solamente del primero, con permanencia de ésta.

* * *

Las angostas e incómodas puertas ofrecidas al uso de la teoría de la culpabilidad en nuestro Derecho penal sustantivo ábrense generosamente de par en par; en cambio, al pasar al procesal, esto es, en el momento de la vitalización de aquél ante el caso concreto y decisivo de la sentencia judicial penal. En éste un aspecto de la teoría de la culpabilidad generalmente descuidado por los tratadistas, aunque quizá se halle en él, en la doctrina normativa desde luego, la clave definitiva del abstruso problema. A lo largo de la exposición de doctrinas han podido verse atisbos de ella desde los puntos de vista sistemáticos y escolares más diversos, como el de Garraud y el de Engisch, pero ninguno ha desarrollado suficientemente las posibilidades que la solución procesal y judicialista encierra; lo que, por lo demás, es claro que únicamente puede intentarse en vistas a un ordenamiento positivo dado. Veamos ahora, a título final, las rutas que en este orden de cosas nos ofrece el nuestro.

A poco que se cale la estructura de la sentencia criminal es de observar una correlación inmediata entre su realidad existencial y viva y la conceptual formal del delito. Merced a la sentencia, lo flotante y formal de los conceptos se encarna definitivamente nutriéndose de sustancias ónticas, antes que ninguna otra, de la de Justicia. La cual ha de perseguir primordialmente el fin de estimar la culpabilidad o no culpabilidad del reo, es decir, del «inculpado». Así define como justa la decisión judicial, coordinada a lo culpable o inculpable un penalista y procesalista de la talla de Guillermo Gallas en un sugestivo artículo en que propugnaba tales fines espirituales en ocasión de la anunciada reforma procesal alemana de 1938 (99).

Claro es que al formalismo analista no conviene la tesis apun-

(99) GALLAS: «Zur Struktur des kommenden Strafverfahrens», en *Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft*, 1938, IV y V, pág. 627.

tada, y así Beling acude a subterfugios y sutilezas no muy convincentes para separar la noción y la culpabilidad en lo procesal, sinónima de responsabilidad y aun de punibilidad, de la misma en el terreno de la teoría del delito, en tanto que elemento del acto punible (100). El distingo es artificioso, incluso en la técnica alemana, donde la *Schuldfrage* o cuestión de culpabilidad es la básica de la sentencia englobando el total de los elementos del delito en su orden de sucesión lógica. Circunscribiéndonos a nuestro sistema patrio, vemos que hay en ella, primero, una constatación de hechos probados, que representan la acción u omisión ya «judicializada», por decirlo así, la perspectiva puramente física y naturalista en la que se insertan asimismo, llegado el caso, supuestos de imputabilidad objetiva, como los de minoría de edad o estado mental patológico, elementos de la misma naturaleza material o física. Viene después la calificación jurídica o de derecho, en que se adecuan los postulados precedentes a la tipicidad con arreglo a normas concretas, inexcusables en una sistemática estrictamente legalista como es la nuestra. Y, en fin, coronando la construcción jurídica, surge el dispositivo o fallo, que encierra la quintaesencia de lo valorativo y con ello la creación judicial de la culpabilidad como un todo, o su destrucción, como un todo también.

¿Creación? ¿Mera declaración? En estas interrogantes es donde yace el verdadero carácter de tan debatido elemento y donde en verdad se enfrentan las doctrinas del psicologismo y el normativismo en una pugna tenida por muchos como irresoluble, pero que no debe serlo ni lo es en nuestra dogmática. Y aquí es donde se centran, como es fácilmente comprensible, las objeciones tenidas por más firmes por los enemigos irreconciliables de lo normativo, desde von Hippel en Alemania a Maggiore en Italia y el P. Pereda en España.

Para ellos, en efecto, el acto del juez, su decisión, es meramente declarativa, de algo *preexistente*, y en no ser creadora de culpabilidad estriba en su opinión el artificio de la teoría normativa. En el «debemos condenar y condenamos» ritual, sin embargo, me parece que hay bastante más que una comprobación de lo que, de otro modo, se reduciría a declarar un hecho más en el asunto. En tan decisivo y solemne momento de encarnación de la culpabilidad se crea ésta jurídicamente hablando. Creación no *ex nihilo*, cierto, sino en virtud de un complejo variadísimo de matices de ciencia y conciencia que genera derecho vivo en una realidad existencial y óptica a la vez que antes no existía.

Alegan constantemente los antinormativistas lo pretendidamente absurdo de situar la noción de culpabilidad «en cabeza ajena», la del juez o comunidad, y no en la propia del agente cul-

(100) BELING: *Die Lehre vom Verbrechen*, párr. 2 y *Derecho procesal penal*, ed. española, Barcelona, 1942, pág. 82.

pable merced al combinado intelectual volitivo del saber y el querer. Maggiore, a este respecto, después de su conversión al campo del antinormativismo militante a que se hizo referencia, combate la para él insensata operación de transmutar la sede de la culpabilidad al «no-yo» que es la mente y conciencia del juzgador; lo argumenta con ejemplos que estima convincentes *ad absurdum*, como el del confesor que «crease» el pecado o el médico que «crease» la enfermedad (101). La fuerza del argumento del profesor panórrmitano es más aparente que real y puede ser calificado de especioso a poco que en él y en los citados ejemplos se profundice. La idea de culpabilidad, como juicio de valor que es, puede constituirse en el alma del propio culpable, ciertamente, pero esto es más bien excepcional y, en todo caso, irrelevante prácticamente para el mundo del Derecho. Ya Tito Livio observaba en sus Anales que *Ingenia humana sunt ad suam cuique levandam culpam nimio plus facunda* (102), y nada hay más cierto, en efecto, que la elocuencia e ingenio que cada cual derrocha en paliar o destruir las propias culpas. Sin desconocer los efectos catárticos de lo penal, tan elocuente como exageradamente pronunciados en la doctrina psicoanalítica (Alexander-Staub), el conocimiento y aún más, el reconocimiento de la propia culpabilidad, puede afectar y afecta hasta decisivamente en lo moral; lo teológico y en lo criminológico, pero sólo en contados supuestos trasciende a lo penal a título atenuatorio o exculpatorio, casi siempre unido a una actividad. Tal son los casos del desistimiento espontáneo en la tentativa o la reparación debida al arrepentimiento espontáneo de la atenuante novena del artículo 9.º de nuestro Código penal, nada de lo cual tiene directamente que ver con el asunto que ahora nos ocupa. Jurídicamente hablando, el desequilibrio de valoraciones entre la propia del reo y la ajena de la comunidad social, personificada en el juez, se resuelve constantemente en favor de ésta última, siendo su normal forma de exteriorización la sentencia.

La culpabilidad, bien que dimanando de hechos y conductas rigurosamente personales no es producto *natural* de ellos, sino de una estimativa ajena, como producto de la valoración social casi siempre en pugna con la subjetiva del propio culpable. Este es tal porque el juez así lo afirma en su sentencia, hasta tal punto que, mientras que no lo haga, la idea de culpabilidad puede flotar difusa en el ambiente, como el agua de futuras lluvias en las nubes lejanas, pero sin virtualidad ni vida propias en lo jurídico. Es más, en estricto sentido penal, el afirmar que alguien es culpable de un delito antes de pronunciarse sobre ello sentencia condenatoria, constituye en sí un delito: el de calumnia.

El juzgador que encuentra dados los hechos así como los ele

(101) MAGGIORE: *Normativismo e antinormativismo*, cit. en nota 43.

(102) TITO LIVIO: *Annales*, XXVIII, 25.

mentos personales del autor, la imputabilidad, la antijuridicidad y suministrada la norma en la figura de la tipificación, ha de poner, a su vez, *algo* que es estricta y privativamente suyo, de su mente y conciencia. Ese *algo* es lo que hace surgir un tanto misteriosa y místicamente la culpabilidad, que sin dicha operación no se gesta y que, por lo tanto, carece de vida. Es, como si dijéramos, el soplo o *quid* vital último y definitivo del delito, fuera de él en lo material sustantivo, pero encarnado dentro de su perfección absoluta, que sólo tiene lugar a través de lo procesal judicial. Que esto no sea «crear», sino «declarar», es ya disputa de puro léxico, en que lo caprichoso no puede ya lícitamente imputarse al normativista.

En la *operatio* antedicha, lo que el juez ciertamente no crea, al menos en nuestra dogmática legalista, es el delito, y ahí radica lo erróneo y tendencioso de los símiles usados por Maggiore en el trabajo citado, pues es claro que el sacerdote tampoco crea el pecado ni el médico la enfermedad. Todos, empero, realizan una labor valorativa intrínsecamente personal y en no pocos aspectos ajena al juicio del reo, pecador o paciente, bien sea en la sentencia, en la confesión o en el diagnóstico, según los distintos supuestos. Que sin la operación de que se trata seguirían existiendo el pecado y la enfermedad es cierto, pero hay que reconocer que sin trascendencia externa operativa alguna en lo esencial, que es precisamente lo que al Derecho interesa. El delito, en cambio, ni aun así puede no ya subsistir, sino ni existir siquiera, requiriendo como requiere el juicio de culpabilidad para su vida perfecta. Y en esto se delata lo caprichoso de los ejemplos y asimilaciones de Maggiore y el error de quienes le siguen, pues el pecado tiene vida propia con independencia de todo juicio humano y en virtud de postulados trascendentemente divinos, y la enfermedad es una realidad natural no normativa y humana como el delito.

Tornando al tema jurídico-penal integral, esto es, material y procesal, destaca netamente el sentido normativo de la culpabilidad si se considera en el juicio valorativo que lleva a cabo el juzgador sus caracteres de voluntad, imperio y poder, en comparación con la noción de antijuridicidad, que lo es de «deber» y con la de acción, que es de «ser». Lo cual es perceptible incluso en la postura de la tesis opuesta, la de mera «declaración» en la operación judicial. Observaremos, en consecuencia, que el «hecho probado» es mero dinamismo naturalista, que lo aprecia cualquiera y lo establece la policía y el proceso en su fase inicial de instrucción, aunque el juzgador lo compruebe y declare en la sentencia. Algo parecido acaece con la tipicidad, en que operan una serie de factores formales preexistentes al alcance de cualquier jurista. Y con la imputabilidad, que unos peritos psiquiatras, en hipótesis de enfermedad, o en una simple partida de nacimiento, en la minoría de edad, pueden inmediatamente estimar en un plano de objetividad perfecta. En la antijuridicidad ya las cosas se compli-

can, pues entra en dicho elemento un factor valorativo con posible pugna de valores propios del reo y ajenos a él, a decidir por el juez. En la antijuricidad, empero, es todavía lo fáctico, la causalidad y las presunciones lo que prevalecen; éstas, sobre todo, en un sistema como el penal español, en que lo típico de por sí sirve de presunción *juris tantum* a la voluntariedad, en virtud del párrafo segundo del artículo primero del Código, siendo antijurídico *prima facie* lo que es típico y por el hecho sólo de serlo. Nada de lo dicho sucede con la culpabilidad, medida axiológica pura de una totalidad de elementos que únicamente al juez sentenciador compete soberanamente estructurar y dar vida jurídica.

Acaba de mentarse incidentalmente la imputabilidad, y en la observación aludida radica con suficiente rigor su diferencia de la culpabilidad, a la que sirve de sustentáculo y precedente, sin duda, pero con la que no guarda afinidad alguna en lo esencial. Sin insistir demasiado sobre el tema, por serlo de la imputabilidad y no de la culpabilidad, conviene, sin embargo, dejar sentada la diferenciación entre ambos elementos, ya que es de notar una cierta tendencia favorable a incluir el primero en el segundo y hacer de lo imputable un factor decisivo de lo culpable. Lo es, ciertamente, en una sistemática psicologista, pero no en la normativa, por cuanto que es imputable o no por condiciones de mero hecho—el ser o no persona mentalmente sana, mayor o menor de edad penal—, esto es, en virtud de estimativas naturalistas. En cambio, la culpabilidad, que es juicio normativo puro y de conjunto, en que la imputabilidad es condición previa necesaria, resulta en su esencia tan ajena a ella como a la acción o a la tipicidad.

Aun diferenciados los elementos de imputabilidad y culpabilidad en su ontología, la precedencia cronológica, por así decirlo, de la primera se impone por obvias consideraciones de lógica, de justicia y, por añadidura, de derecho positivo. Por eso yerra el normativismo finalista de Welzel cuando sienta las conocidas y fácilmente rebatibles tesis de «dolos no culpables», pura paradoja que es una secuela, la más lamentable de todas, de sus esfuerzos para desplazar la noción del dolo del elemento de la culpabilidad, al campo de la acción. El inimputable, enfermo mental o niño, es claro que posee voluntad y aun inteligencia propias, si bien deformadas por su singular *status* objetivo, pero, sobre todo y ante todo, por su desequilibrio y situación minoritaria frente a las concepciones sociales predominantes. La mala intención y aun la perversidad de niños y dementes es psicológicamente una realidad que ningún psiquiatra o pediatra desconocen. Ahora bien, lo que sucede es que sus actos y conductas no se valoran penalmente porque así lo decide una voluntad y un sentir sociales que encarnan hoy en las leyes excluyentes de su responsabilidad, no atribuyendo «desvalor» a lo que ellos hacen. De ahí resulta que en épocas bárbaras, cuando para ciertos delitos se admitió la imputabilidad de locos y niños, dicha culpabilidad nacía como un *plus*

de valor añadido por la ley y consecuentemente por la sentencia. Lo que demuestra, de una vez para siempre, que el concepto último, total y definitivo de lo culpable, es de raíz axiológica y de exteriorización judicial. Pues aun en el paralelismo con la inimputabilidad, vemos que es la Medicina legal, es decir, una ciencia fisiconatural, el instrumento adecuado para decidir sus extremos, mientras que en la culpabilidad la competencia decisoria incumbe de modo exclusivo al juzgador en un plano de pura valoración normativa. Eso sin considerar que la imputabilidad es de por sí concepto genérico, en tanto que la culpabilidad lo es específico y concreto, referido al caso y a normas, no a leyes naturales, cuya generalidad neutra es la característica de los temas que a la imputabilidad afectan. Toda la abismal diferencia entre las ciencias naturales y las cultural-normativas se pone de manifiesto con elocuencia singular en el binomio tan perfectamente caracterizado de imputabilidad-culpabilidad. Diferencia que no es solamente el método, sino de esencias, como la filosofía demostró suficientemente y de una vez para siempre. Tan cierto es esto que cuando, en nuestros días, los movimientos lógicos más audaces, como el del «racionalismo realista» del profesor neoyorkino Rafael Morris Cohen, pretende superar el dualismo en ciencias establecido por los maestros sudoccidentales alemanes de la generación anterior, lo hace reduciéndolo a una unidad no natural y física, sino normativa, en que cada paso del investigador supone una elección y un juicio (103). El triunfo para el normativismo no puede ser más completo, incluso desde el campo filosófico general y lógico.

En consecuencia de lo dicho, la tentativa de Welzel por llevar el dolo al ámbito de la acción y su consecuencia de admitir dicho elemento con independencia de lo imputable y culpable (dolo del enajenado y del niño), cae en absoluto por su base, no ya con arreglo a nuestra dogmática, sino también con la imperante en Alemania, por afectar no tanto a un sistema positivo dado como a la naturaleza formal y logística de los propios conceptos tan cruelmente destrozados con su osada transmutación de valores jurídicos. Por cierto que, al obrar así, Welzel se deja llevar en esta ocasión por los por él siempre vituperados postulados naturalistas, dado que únicamente en el plano de lo natural pudiera quizá sostenerse con ciertas apariencias de sentido la tesis de la dolosidad de lo no culpable, paradójica, repito, en dogmática como en lógica.

El tema de la culpabilidad normo-valorativa provoca dificultades teóricas y prácticas en orden al momento y forma de la punición, que es su inmediata consecuencia en el propio acto decisivo de la sentencia condenatoria, la sentencia de culpabilidad. La mayor de dichas dificultades es la que resulta no de la imposición de penas, sino de medidas de seguridad, en cierto modo al mar-

(103) MORRIS COHEN: *Introduzione alla Logica*, ed. ital., 1948, pág. 245.

gen de la noción común de lo culpable. Para salvarlas, la doctrina alemana ha creado la ingeniosa y sutil construcción de la «atribuibilidad» o *Zurechenbarkeit*, a modo de elemento intermedio entre la imputabilidad y la culpabilidad. En referencia precisamente a las medidas de seguridad lo utiliza Maurach con independencia de lo «culpable judicial» y como correspondiendo a una «responsabilidad por el hecho» o *Tatverantwortung*. En todo caso, judicial o no y aun en el primer supuesto, que es el de nuestro sistema de medidas de seguridad, el juicio si que es aquí netamente declarativo, y como *Feststellung* lo reconoce Maurach (104) diferenciándose en ello del valorativo y creador de la culpabilidad. En lo que a la esencia respecta y abstracción hecha de los sistemas positivos de judicialismo más o menos acusado, creo que hay bastante más que un simple grado (*Stufe*) entre la pretendida «responsabilidad por el hecho» y la culpabilidad genuina. Media entre ambas un verdadero abismo, el que separa lo natural de lo normativo, en lógica, y lo policiaco de lo judicial en Derecho.

¿*Quid* en cuanto a la responsabilidad, la íntegra acarreado penas propiamente dichas? La cuestión de diferenciación de tal concepto y el de culpabilidad no es fácil en nuestro sistema positivo, donde a cada paso se sinonimizan ambos términos. Es posible y conveniente, sin embargo, conseguir la discriminación, siendo para ello lo más factible desprender el concepto de responsabilidad del de culpabilidad, en cuanto que éste es elemento constitutivo de la estructura del delito y el primero no. Rebasa el de responsabilidad, en efecto, el marco estrico de la vida de la infracción y aun la del Derecho penal mismo, para ganar naturaleza de categoría general. Por eso Cuello Calón, aunque la estime con la imputabilidad presupuesto previo de la culpabilidad, acierta plenamente al caracterizarla, con la mejor doctrina clásica italiana, de Romagnosi a Manzini, como «deber jurídico que incumbe al individuo de responder del hecho realizado y de sufrir las consecuencias jurídicas» (105). Viene a ser así la responsabilidad, como agudamente observa Maggiore, una especie de *capacità alla pena*, al modo de cómo la imputabilidad es la *capacità al reato* (106). Con lo cual dicho queda que tal categoría aparece formalmente desplazada más allá de lo sustantivo y aun de lo procesal puro, al campo de la ejecución, como la punibilidad misma, igualmente ausente de las construcciones de la pura teoría del delito. Por lo que en el *Tratado* de Asúa se reserva su estudio al hacerse el del delincuente un tanto al margen del delito

(104) MAURACH: Gundriss, cit. en nota 14, párr. 31, III. Lo desarrolla con más profundidad en la monografía *Schuld und Verantwortung*, también citada.

(105) CUELLO CALÓN: *Derecho penal*, cit., pág. 396.

(106) MAGGIORE: *Principi*, cit., pág. 332.

y de la culpabilidad misma, pese a considerar, como Cuello, a la imputabilidad presupuesto suyo.

* * *

Nuevamente en referencia a la culpabilidad como elemento de la infracción, donde se coloca por el juicio valorativo del juez como pináculo que la corona en su realización perfecta, la doctrina legal y *praxis* españolas aducen un nuevo e importante dato que acentúa quizá mejor que ninguno otro su normativismo, a la vez que facilita enormemente su concepción unitaria. Me refiero a la posible estimativa de la culpabilidad a título de dolo o de culpa (imprudencia) en un rango de soberanía que sólo ofrece nuestra tan original e injustamente censurada sistemática de la imprudencia en *numerus apertus* y no en el *clausus* que es de rigor en las extranjeras, salvo las pocas que en América siguen la tradición hispánica (107). Considerando que la culpabilidad por sí sola es lo abstracto, su concreción ha de realizarse forzosamente en sus dos únicas especies concretas o formas de manifestación, que son el dolo y la culpa (*stricto sensu*). Y ello no impuesto, en la generalidad de los casos, por imperativo de la norma positiva ni por concesión expresa y excepcional de ésta, sino en función de pura axiología judicial ante cada infracción y cada caso, salvo, naturalmente, en aquellos cuya intrínseca naturaleza lo repugna. Tal posibilidad de elección (y nada tan valorativo como el acto de elegir), eleva el rango de la culpabilidad en su concepción normativa con las amplias perspectivas de decisión que se abren ante el juez en trance de perfilar su sentencia condenatoria. Presentes en ese momento trascendental entre todos, los factores de hecho y de derecho, de acción, antijuridicidad e imputabilidad, el juez sentenciador decide soberanamente si ha de esgrimir en el caso la modalidad culpable dolosa del artículo primero del Código o la asimismo culpable, pero imprudente del 565. Es ésta la postrera y no menos valiosa facultad de máxima agilidad de movimientos valorativos brindada al juzgador por nuestro tan práctico y peculiar sistema de culpa genérica, sólo objetable por un prurito de mimetismo extranjerizante. Mas, aparte de su practicismo, la situación del dolo y la imprudencia en un mismo plano valorativo, en el de la culpabilidad como superconcepto de ambas formas expresivas, es el más fácil medio de remediar su cardinal incoherencia en otros sistemas, tan visible, sobre todo, en el de la ortodoxia welzeliana de la acción finalista. Pues dentro del finalismo, si por tal aceptamos el punto de vista heterodoxo, pero conciliador de Bockelmann, de ver en la conducta culpable una actividad física dirigida por la voluntad, pero situada en la culpa-

(107) QUINTANO RIPOLLÉS: «Culpa e imprudencia en la doctrina y la práctica, en *Anuario...*, 1954, I, y *Derecho penal de la culpa, passim*.

bilidad y no meramente en la acción, al modo de Welzel (108), lo doloso y lo culposo superan sus íntimas contradicciones en la elección judicial que el juicio supone. Pues hay que tener muy en cuenta que en ambas posibilidades subyace una reprochabilidad basada en una dirección de voluntad del agente, que son las dos marcas o signos indefectibles de la culpabilidad, según el riguroso análisis mezgeriano de la misma (109).

La tan ponderada quiebra del sistema finalista de Welzel en presencia del «perturbador» elemento de la acción imprudente, deja de ofrecer tal carácter con sólo volver a situarlo en su propio terreno, el de la culpabilidad, y en la alternativa y genérica posibilidad de opción que nuestro sistema permite. El propio Welzel, acosado por las críticas de sus adversarios y aun de sus amigos, como Niese, se ve forzado a batirse parcialmente en retirada a la vista de la realidad positiva alemana. Reconoce que dentro de él, los delitos culposos no encajan en la teoría de la acción final por predominar en ellos lo causal, dado que no se trata de una finalidad de índole física y real, sino de la finalidad precisamente dirigida al resultado que la ley ha previsto (110).

Pero es el caso que en el sistema abierto de la imprudencia del artículo 565 de nuestro Código penal, la ley ha previsto el resultado a título no solamente doloso, sino también culposo o imprudente de cada delito, cuya intrínseca naturaleza lo permita, con lo que la autoobjeción que Welzel hace a su teoría no sería tal objeción en la unitaria configuración de la culpabilidad que contemplan las dos hipótesis de los artículos 1.º y 565 del Código español. Este último, con su generalidad, se acredita como el solo hilo de Ariadna capaz de orientar en el laberinto de la doctrina finalista pura, sin salida en la dogmática tan rigurosamente cerrada del Código alemán.

(108) BOCKELMANN: *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, 1949, pág. 30, nota.

(109) MEZGER: *Moderne Wege*, cit. págs. 37-38. Vale como primera característica la imputabilidad potencial (*potentielle Zurechnungsfähigkeit*) y como segunda la dirección de voluntad reprochable (*vorwerfbare Willensrichtung*). El tercer elemento es puramente negativo, de causa de exculpación².

(110) WELZEL: *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, pág. 19.

Presupuestos metódicos del concepto de culpabilidad: Sobre las concepciones «normativas» en Derecho penal⁽¹⁾

SALVATORE MESSINA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Perusa

Traducción directa del italiano por

ANGEL TORIO

Profesor Encargado de la Cátedra de Derecho penal
de la Universidad de Valladolid

I. PRESUPUESTOS METÓDICOS DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

El problema de la culpabilidad ha llegado a ser el capítulo fundamental de la parte general del Derecho penal. En torno a su solución se hacen gravitar los demás problemas, como el de la definición de la antijuricidad objetiva, el de la definición jurídica de la personalidad del delincuente y el de la función de la pena.

Un problema de tan largo alcance no puede ser siquiera examinado superficialmente en una breve conversación. Nos hemos propuesto por ello una tarea limitada: la de aclarar algunos puntos que son los supuestos metódicos para la solución del problema de la definición de la culpabilidad.

Es de sobra sabido que el terreno aparece dividido al respecto entre dos concepciones fundamentales: la teoría psicológica y la teoría normativa de la culpabilidad.

Según la primera, la culpabilidad es una relación que media entre la psique del sujeto y el hecho realizado. Conforme a la segunda, es un juicio desfavorable que concierne a la actitud psíquica del agente.

Entre los partidarios de la concepción psicológica de la culpabilidad, la teoría normativa aparece negada a causa de que el juicio desfavorable sobre la voluntad del autor del delito se hace coincidir con el juicio de desaprobación que se refiere a la conducta en cuanto contraria a la norma, al precepto jurídico. Este

(1) Conferencias pronunciadas por el autor en la Cátedra de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid. (Curso 1954-1955.)

juicio de desaprobación no se distinguiría en tal caso de la anti-juricidad.

Pero la distinción puede y debe poderse hacer en base a la distinción del objeto de la valoración. La ilicitud es un concepto unitario que se refiere a todo el delito; más aún, que equivale a todo el delito, por ser la valoración que absorbe toda la esencia del delito.

Distinguiéndose en el delito un aspecto objetivo y uno subjetivo, un elemento material y otro psíquico, en la ilicitud también pueden distinguirse conceptualmente un aspecto objetivo y otro subjetivo. En tanto que el aspecto objetivo de la ilicitud se refiere al «hecho» y puede denominarse por ello anti-juricidad objetiva, el aspecto subjetivo se refiere a la voluntad, y se puede denominar aspecto subjetivo de la ilicitud o elemento normativo de la culpabilidad. Sabemos que cuando se habla de elemento normativo se intenta hacer referencia a la valoración legislativa; pues bien, esta valoración concierne indudablemente en nuestro caso a la voluntad.

He aquí por qué nos comprendemos entre quienes han escogido la terminología de Antolisei, quien habla de «voluntad culpable». En esta expresión se capta finamente la distinción entre la voluntad, que es lo valorado, y el adjetivo «culpable», que afecta al carácter de la voluntad como cualificación que la valoración jurídica la atribuye.

Con esta terminología se establece también que la voluntad es el común denominador del dolo y de la culpa, puesto que la voluntad es, en general, la actitud psíquica del agente durante el delito; esta actitud psíquica, diversa para cada delito y para cada tipo de delito, es, por la diversidad, valorada de forma distinta por el legislador, nombrándose algunas veces como dolo, otras como culpa y otras para preterintencionalidad.

La concepción normativa significó un giro decisivo en el estudio del elemento psíquico del delito, y ello desde dos puntos de vista vinculados entre sí: desde el punto de vista metodológico destaca la concepción normativa que el estudio de dicho elemento se reconduce totalmente a la valoración legislativa más que a la construcción naturalística. Ello no se debe a que el elemento naturalístico psicológico sea perdido de vista, puesto que al contrario, adquiere una concreción jurídica debido a que el dolo y la culpa no son ya abstractas construcciones en referencia a elementos naturalísticos, sino que son referidos a la valoración de la norma.

La precisión del método técnico-jurídico debía necesariamente conducir por este camino. Pero queda todavía por destacar que la referencia a la valoración permite contemplar también el contenido de tal valoración, contenido que constituye las reglas que hacen de la culpabilidad un disvalor.

Ello se pone también de manifiesto si se considera que existe

una correspondencia entre el elemento normativo de la culpabilidad y la antijuricidad objetiva.

Hemos insistido siempre sobre la importancia de una clara sistemática del delito, sistemática planteada sobre la distinción entre aspecto subjetivo del delito, por una parte, y valoración y objeto de la valoración por otro lado. El elemento normativo no debe entenderse, por ello, como algo que sea sucesivo a la antijuricidad. Según hemos dicho, no es el mismo, sino el aspecto subjetivo de la ilicitud considerada como valoración.

Lo mismo que es posible la antijuricidad en su contenido, también debe ser posible estudiar en su contenido la culpabilidad: un contenido normativo, es decir, las reglas de la valoración jurídica.

Tampoco debe olvidarse que el problema relativo al estudio del contenido de la culpabilidad no es totalmente nuevo: la concepción caracteriológica de la culpabilidad significó también un intento de investigar dicho contenido. Para tal concepción, que hunde sus raíces en las enseñanzas de la Escuela Positiva Criminológica Italiana, y que ha tenido en Alemania autorizados representantes, de entre los cuales hay que destacar a Liszt, el delito es una manifestación que permite remontarse al carácter antisocial del autor.

Se ha intentado así proporcionar a la culpabilidad un contenido en el que se inserta una parte del juicio sobre la personalidad del agente. El carácter del reo se deduce, indudablemente, también del delito, pero no sólo de él: el carácter del reo no pertenece a la teoría de la culpabilidad, que es un elemento del delito, sino que pertenece al estudio de la personalidad del autor y por ello, a nuestro entender, de manera exclusiva a la teoría del reo. Por otro lado, la teoría del reo no se agota en el estudio del carácter, que es solamente un elemento de la personalidad.

Considero que el mayor mérito de la doctrina normativa de la culpabilidad haya sido realmente el de permitir una indagación sustancial o de contenido.

Esta indagación contenutista no ha sido conducida siempre, sin embargo, con una gran profundidad. Se ha hablado de actitud contrario al deber, y otras veces, de reprochabilidad: si con estos términos se hace referencia a la mera contradicción a la norma, no nos distanciamos mucho de un punto de vista formal, permaneciendo en una referencia pura y simple a la expresión formal o externa del Derecho. A pesar de ello, las doctrinas relativas a la actitud contrario al deber y a la culpabilidad dan indicado el buen camino a seguir, puesto que ahora se pretende investigar cuál sea el profundo fundamento de esta contradicción al deber contenido en la norma jurídica.

Respecto a la culpabilidad han hablado otros de «defectuosi-

dad psíquica»: es ésta la teoría mantenida por Grispigni. En ella la investigación cobra ulteriormente un profundo carácter.

Nosotros no podemos acoger la crítica que le ha sido dirigida de que «la afirmación de tal defectuosidad psíquica es una noción meramente naturalística» y que la teoría representa, por ello, un retorno al naturalismo.

Es lo cierto que en el juicio de culpabilidad existe constantemente una referencia a las reglas que surgen del estudio de la realidad, con referencia al hombre medio, a la generalidad de los hombres. Bastaría tal consideración para convencernos de que el camino recorrido por Grispigni es el realmente correcto.

La defectuosidad psíquica equivale a una separación de la manera de comportarse del hombre medio: es un concepto meramente psicológico, que no se halla ligado necesariamente a anomalías constitucionales.

La «defectuosidad psíquica» es una noción puramente psicológica que no toca para nada el problema de la libertad del querer, sino que pretende vincularse al *por qué* de un determinado modo de obrar.

Es un concepto que permite profundizar en el estudio de la culpabilidad, la causa de que el reo, ante la amenaza de la pena, más aún, no obstante esta amenaza, se haya comportado de aquella determinada manera. Es una noción que tiende un puente entre la psicología y el Derecho.

Aunque Grispigni no acogiese la concepción normativa de la culpabilidad, su teoría puede ser plenamente utilizada en el ámbito de ésta, en cuanto justamente con la noción de defectuosidad psíquica, ha proporcionado un instrumento muy idóneo para indagar el contenido de la valoración legislativa.

Resulta útil realizar una confrontación entre la noción desarrollada por Grispigni y la noción de «no exigibilidad», desarrollada por la más acreditada de las teorías que se mueven en el ámbito de la concepción normativa. Entiendo que existe una estrecha semejanza entre la teoría de Grispigni y la teoría de la «no exigibilidad». Si el concepto de la «no exigibilidad» debiera construirse sobre la simple referencia a la regla jurídica expresa, decir que un determinado comportamiento no sea exigible, sólo significaría afirmar que el mismo no se encuentra prohibido por el Derecho penal.

Si dicho concepto no quiere ser una repetición del de ilicitud o actitud contrario al deber, debe de ser referido no sólo a las reglas jurídicas expresas, sino también a las que derivan de la naturaleza propia del hombre y, por ello, en relación a la moral media. Por este camino se retorna a la misma raíz en la que se engarza el concepto de defectuosidad psíquica: en ambos casos existe una referencia a un tipo de hombre medio.

Debe reconocerse, además, que la teoría normativa, con la construcción de las causas de «no exigibilidad», ha contraído el

mérito—más bien crítico que dogmático—de haber demostrado la insuficiencia de la actual legislación en la disciplina de las causas subjetivas de exclusión del delito: más propiamente, de haber sentido la necesidad de realizar una investigación más profunda de la actitud psíquica y de las condiciones en que el autor se ha determinado por tal actitud para la determinación de la punibilidad.

Es cierto que con la teoría normativa de la «no exigibilidad» se corre el riesgo de abrir una brecha demasiado amplia en el ordenamiento jurídico, sobre todo cuando se llegue a la conclusión—como generalmente sostienen los partidarios de la teoría—de que las causas de «no exigibilidad» puedan ser también supraleales, brecha ésta que sería la negación de la legalidad y, por tanto, de la misma concepción normativa de que tales autores parten.

Estas breves consideraciones no pretenden tener el valor de una crítica absoluta a tales teorías. Nosotros pretendemos tan sólo recordarlas fugazmente, con las reservas mencionadas, para confirmar que nos encontramos de frente a amplias tendencias orientadas a captar y a poner de manifiesto el contenido de las valoraciones inmanentes en el concepto de culpabilidad.

Es preciso realizar todavía una ulterior precisión: la concepción normativa representa, a nuestro entender, un progreso respecto a la concepción psicológica, puesto que siempre es un progreso el enriquecimiento de los conceptos. Pero tal enriquecimiento debe ser realizado en profundidad, no en extensión. Es un progreso hacer explícito lo que se encuentra implícito en las nociones de dolo y de culpa, pero no lo es añadir otros elementos sustrayéndoles a otras partes del Derecho penal a fin de hipertrofiar el concepto.

También éste es un problema fundamental para aclarar el verdadero carácter normativo de la culpabilidad.

En nexu psíquico ha de continuar siendo el objeto de la valoración de culpabilidad. No es útil, más aún, es erróneo multiplicar los elementos sobre los que la valoración recae. El juicio de culpabilidad—repetimos—converge sobre el solo elemento psíquico y no sobre otros elementos.

Bettiol escribe, por el contrario, que el ligamen psicológico «es solamente un elemento que, en unión con otros, debe el juez establecer para ver si puede dirigirse a un individuo un reproche por el hecho». Pero, a nuestro entender, tales elementos se encuentran en un plano distinto que el nexu psicológico. Tales elementos influirán sobre la valoración de ilicitud, pero por ser extraños al nexu psicológico no son elementos de la definición de la culpabilidad.

De manera más particular debe plantearse el problema de aclarar y delimitar el objeto sobre el que recae el juicio de cul-

pabilidad. Más particularmente todavía: debemos preguntarnos si el objeto de la apreciación que se denomina imputabilidad o el objeto de la valoración que se define como capacidad para delinquir son también objetos de la apreciación que se define como culpabilidad. A primera vista parece fácil observar que este último juicio—el de culpabilidad—recae sobre un hecho psíquico, mientras que los otros recaen sobre el autor de este hecho psíquico.

Imputabilidad y capacidad para delinquir—esto es, peligrosidad en orden a la medida de la pena—son efectivamente juicios, valoraciones, pero no sólo no afectan al nexó psíquico, sino que son valoraciones que se encuentran realmente al margen del delito.

Que ello sea verdad respecto a la capacidad para delinquir, difícilmente puede ponerse en duda, puesto que este juicio se funda sobre los antecedentes del reo y, con base en el artículo 133 del Código italiano, sobre los antecedentes familiares y la conducta observada con posterioridad al delito.

No es necesario aclarar que cuando hablamos de capacidad para delinquir nos referimos a lo que la terminología española designa comúnmente con la palabra peligrosidad, pero con referencia a la medida de la pena y no a las medidas de seguridad.

A nuestro entender, tampoco puede ser puesto en duda que la imputabilidad, noción vinculada al modo de ser del autor, se refiere a los elementos que están al margen de la estructura del delito: se refiere efectivamente a la capacidad de entender y querer en el momento del delito, pero de todas formas debe ser considerada como un concepto abstracto y por ello separado de la efectiva volición que constituye el verdadero objeto de la culpabilidad.

Quienes hacen de la imputabilidad un presupuesto del delito son más lógicos y coherentes, pero nosotros estamos convencidos de que la imputabilidad y la capacidad para delinquir y, en general, la peligrosidad social, son primordialmente capítulos de la teoría del reo, y no tienen relación con la teoría del delito. Se trata de un grupo de nociones que conciernen a la valoración de la personalidad del delincuente y no de presupuestos del delito ni de elementos de la culpabilidad.

También respecto a cuanto sostiene algún autor vinculado a la concepción finalista de la acción, a la que el profesor Rodríguez Muñoz y el profesor Del Rosal han dedicado en España tan admirables páginas, debe reafirmarse más que a la proyección de la voluntad hacia el hecho realizado.

Para quien sostenga que el fin de la conducta se refiere a la conducta misma, esto es, al hecho, para quien transporte el fin al aspecto objetivo del delito, la culpabilidad pierde este elemento, pero contemporáneamente pierde todos los elementos de la concreta volición, por la íntima conexión entre voluntad y

fin que la anima. La culpabilidad, por el contrario, se transforma en un juicio sobre el modo de ser de la persona en el momento del hecho.

A nuestro entender, en la distinción entre teoría del reo y teoría del delito, como en la exacta enseñanza de Crispigni, la valoración de la subjetividad, desconectada del hecho o de la efectiva voluntad que liga el hecho con la psique del sujeto, interesa también al Derecho penal, pero como valoración de la personalidad del reo, no como culpabilidad, ya que con este término se entiende, por definición, el aspecto subjetivo del delito.

La teoría finalista de la acción ha contraído el mérito de poner el relieve que todo el delito, no sólo la voluntad, no puede entenderse si se separa del fin a que se orienta. La importancia dada a este fin no puede empujarnos, sin embargo, a considerar como elemento del aspecto objetivo del delito, como elemento de la conducta, un elemento tan precisamente subjetivo como es el fin. Sin embargo, el fin expresa el ligamen de la acción con la voluntad, en la unidad del nexo psicológico y en la unidad del concepto de voluntad en sentido amplio (en la que vienen comprendidas la voluntad en sentido estricto, la conciencia de los propios actos, la intención, el fin y los motivos).

La vinculación entre el fin y el aspecto objetivo resulta evidente si se considera que el fin no es más que la representación que efectúa el agente de las consecuencias de su propia conducta. Realmente, intención, fin, motivo, son el mismo elemento psicológico en su totalidad, son una misma cosa con él: se distinguen tan sólo por la diversa importancia que otorga el legislador a tal representación, y es esencial destacar que dicha importancia es distinta según que se asigne al objeto de la representación (existencia o no de un resultado).

Nosotros hablamos de intención si se trata de la representación del resultado; hablamos en fin si se trata del dolo específico: en ambos casos cuando se trata de un elemento esencial del delito. Decimos motivo si se trata de un elemento accidental del delito.

Elevar esta única realidad psicológica, diversamente considerada por el legislador, a un elemento del aspecto objetivo del delito, a un elemento que se halla fuera de la culpabilidad, no es conveniente para la claridad de la sistemática del delito.

Esta sistemática debe establecerse en términos claros, como correspondencia entre el carácter subjetivo del objeto de la valoración y el carácter subjetivo de la valoración; todo lo que, aun con relevancia para el Derecho penal, no se comprende en aquel fragmento de realidad que es el delito (el delito como un trozo de realidad determinado en el tiempo y en el espacio) deberá ser tomado en consideración por el Derecho, pero como base para la reconstrucción de la personalidad del delincuente y, haciendo referencia, por ello, a la teoría del reo.

La base para reconstruir el concepto de culpabilidad es sólo y exclusivamente la actitud psíquica del autor en el momento del hecho.

Tampoco puede ser objeto del juicio de culpabilidad la conciencia de la propia culpabilidad: requerir la conciencia de la culpabilidad o la conciencia de la antijuridicidad es un absurdo metódico. Es un absurdo porque la conciencia de la culpabilidad sería así un juicio del agente sobre el juicio del legislador: se crearía un círculo vicioso en virtud del cual el juicio del legislador se encontraría subordinado al juicio del agente, en cuanto que el autor debería representarse la valoración del legislador.

El juicio de culpabilidad no puede subordinarse a elementos de conocimiento del juicio mismo. La culpabilidad es un aspecto, un momento del juicio de ilicitud que recae sobre todo el delito; es el reflejo valorativo del precepto a que se ha desobedecido.

El precepto jurídico se encuentra entre los que requieren una obediencia immotivada. «La norma jurídica—escribe Maggiore—no pretende convencer, persuadir, orientar, dirigiéndose hacia la razón, sino que exige un comportamiento de conformidad con ella».

El juicio de culpabilidad se halla objetivado en la mente del legislador sin que se encuentre en dependencia del juicio del agente mismo. Solamente deseo añadir que el criterio de objetivación de dicho juicio viene dado por una referencia a la generalidad de los hombres, a las valoraciones sociales medias, referencia que se actúa por el legislador a través de las normas mismas, cuando no se realiza por el juez en el momento de aplicación del Derecho ejercitando la potestad discrecional.

Por otra parte, la negación de que sea necesaria la conciencia de la antijuridicidad para la existencia de la culpabilidad bajo la forma de dolo, es paralela a cuanto sucede respecto a la culpa, en la que se castiga por haber producido una consecuencia no querida: realmente, en la culpa no se castiga porque el agente haya querido.

El ligamento espiritual que vincula al autor con el hecho en el delito culposo no es un ligamen que se agote en un simple acto de voluntad. Por el contrario, aun debiendo ser querido el hecho culposo, la esencia de la culpa se halla sin embargo fuera de la voluntad, teniendo por ello un fundamento distinto de la libertad del querer. La libertad, efectivamente, sólo puede manifestarse en la voluntad, no fuera de ella.

He aquí cómo converge el problema de la función retributiva de la pena con el problema de la culpabilidad.

Quien quisiera detenerse en una concepción meramente retributiva de la pena no podría comprender cómo es posible retribuir penalmente una conducta porque haya producido o causado un resultado no querido.

Desde este punto de vista se encuentra un fundamento de verdad en la teoría según la cual el hecho culposo debería quedar

fuera del Derecho penal. Pero también es éste el fundamento de la teoría según la cual el delito culposo debería considerarse como un delito constituido esencialmente por una conducta voluntaria en el que nosotros llamamos resultado sería una condición objetiva de punibilidad.

Tampoco compartimos esta última tesis, pero debemos reconocer que con ella se salva la función retributiva de la pena respecto al delito culposo, puesto que haciendo del resultado una mera condición objetiva de punibilidad, la retribución se refiere a la conducta peligrosa que aparece querida.

Sabemos, sin embargo, que la esencia de la culpa no consiste en el querer, sino en la negligencia, en la imprudencia, en la impericia, o, en definitiva, en un defecto de atención: este defecto de atención tiene su fundamento no en un acto de voluntad, sino más bien en una incapacidad del sujeto para prestar la atención debida. Si nos debiéramos situar en la perspectiva de esta incapacidad saldríamos de la teoría del delito para penetrar en la teoría del reo.

A nuestro parecer, la culpa se debe continuar considerando como una forma de la culpabilidad, pero el fundamento del reproche que se dirige al autor del hecho culposo se halla en no haber prestado una mayor atención. El reproche se realiza partiendo del supuesto de que si el agente hubiera actuado o desenvuelto una mayor energía psíquica habría podido ser más atento. Más allá de este supuesto no existe fundamento para el castigo de la culpa.

En tal caso resulta necesario realizar aún alguna precisión sobre la función retributiva del Derecho, a fin de iluminar esta vinculación entre retribución y culpa.

La culpa posee por contenido un error debido a un defecto de atención (dentro de este error comprendemos sintéticamente no sólo los supuestos de negligencia, sino también los de imprudencia, impericia e inobservancia de leyes y reglamentos). La atención es convergencia de la psique hacia un objeto; no es voluntad, sino un movimiento de la psique; es un especial actuarse de la psique en una determinada situación de hecho.

La atención no concierne a la teoría del reo por hacer referencia a una determinada conducta; no es voluntad, pero es un especial nexo psíquico.

El concepto penal de retribución, volviendo al problema que estamos tratando, no puede ser entendido estrictamente como retribución moral, sino que debe extenderse hacia la más amplia noción de retribución jurídica.

No se retribuye solamente el haber o no haber querido, sino también un movimiento psíquico aunque no sea propiamente voluntad.

Para concluir, nos parece que puede afirmarse que la concepción normativa de la culpabilidad es una noción que hace re-

ferencia al método de estudio, pero sin que se trasciendan o superen con ella los límites tradicionales del elemento psíquico y, sobre todo, no debe considerarse como un pasaporte para insertar en el ordenamiento jurídico penal elementos extrajurídicos o elementos ilógicos en el campo del Derecho.

La concepción normativa de la culpabilidad debe ser purificada de tales elementos heterogéneos, a fin de que pueda llegar a ser una concepción meramente normativa.

II. SOBRE LAS CONCEPCIONES «NORMATIVAS» EN DERECHO PENAL

En los últimos decenios, el término «normativo» ha servido muy frecuentemente para designar algunas teorías, algunas concepciones, algunas actitudes de estudio en el Derecho penal.

Desde que la ciencia jurídicopenal se ha orientado hacia un riguroso tecnicismo, desde Rocco en adelante, se ha producido un florecimiento de teorías y, consecuentemente, una multiplicación de los conceptos; pero el predominio del conceptualismo ha hecho que los estudios se deslizaran, algunas veces, hacia las definiciones. Posteriormente, como reacción frente al conceptualismo, se ha producido un florecimiento de teorías orientadas a expresar el contenido de las valoraciones jurídicas. De esta progresión han surgido las concepciones calificadas como normativas.

No resulta fácil captar inmediatamente el significado de la expresión «normativo». Por el contrario, se observa con frecuencia una cierta variedad de significados, la cual hace evidente una complejidad del pensamiento del autor que utiliza dicho adjetivo. La aclaración del mencionado término se hace indispensable, sobre todo porque las soluciones de los problemas de dogmática jurídicopenal dependen a menudo del uso que se haga del término mismo. Esto es, las individuales teorías normativas pueden aceptarse o rechazarse según el significado que a la palabra se atribuya.

Normativo deriva de norma, expresando, por lo tanto, una referencia a la norma jurídica. Por ello, el adjetivo sólo podría ser utilizado, como es natural, por quienes entienden que la misión exclusiva del jurista se desenvuelve con referencia a las normas de derecho positivo. En consecuencia, resultaría vano intentar encontrar el adjetivo, o por lo menos el uso del mismo, en el sentido indicado por nosotros, al margen de la dirección técnico-jurídica.

La expresión «normativo» sirve, en general, para designar un modo particular de orientarse en la definición y delimitación de los conceptos situándose en el punto de vista de la norma.

Ahora bien, el uso de este adjetivo ha hecho referencia en el seno de la misma dirección técnico-jurídica a particulares actitudes del pensamiento de distintos autores respecto a problemas individuales. Por ello, los juristas han usado con frecuencia la palabra

normativo respecto a una solución lógica del problema, más bien que con relación a una actitud metodológica de su investigación.

Es muy corriente hablar de resultado normativo o jurídico en contraposición a resultado natural; de culpabilidad normativa en contraposición a culpabilidad psicológica, de causalidad normativa, de concepción normativa de la omisión, de noción normativa de la discrecionalidad y aun de elementos normativos del delito y tipos normativos de autor. La calificación de normativo a todas las anteriores concepciones debe tener un carácter unitario: el atributo debe surgir de la aplicación de un único principio.

Cuando algunas veces se ha examinado este problema, se ha terminado por considerar que el adjetivo normativo fuese el fruto de aplicar «el normativismo» a cada particular concepción. Normativo sería así la expresión adjetivada del normativismo jurídico de que ha sido el más extremado mantenedor Kelsen. Los adversarios del «normativismo» no han tardado en rechazar las diversas concepciones normativas, y la imputación de formalismo, que se hacía a aquél ha intentado también encontrarse en éstas.

No nos parece que pueda existir una tal relación entre el carácter normativo de las distintas teorías y el normativismo jurídico.

En realidad, existe una fractura entre los significados del sustantivo y del adjetivo. Más aún, entiendo que en la lengua italiana no existe todavía el sustantivo del adjetivo normativo. El adjetivo correspondiente a normativismo sería más bien en la lengua italiana «normativístico»: en efecto, normativismo se contrapone a la más importante de las teorías contrarias a la concepción institucionalística del derecho. Así, el adjetivo institucionalístico tiene una clara correspondencia en normativístico.

Tampoco la palabra normatividad puede ser el sustantivo de normativo. Este término se encuentra a menudo, pero con referencia a los caracteres esenciales de la norma.

Para investigar el significado de la adjetivación normativa, en las teorías mencionadas, es por ello preciso no tener en cuenta las nociones de normativismo y normatividad, sino indagar cuál es el carácter común a las diversas concepciones con él calificadas. Es preciso, en otras palabras, hallar el carácter común que exprese la contraposición a las teorías opuestas.

A la concepción del resultado normativo o jurídico se contrapone la del resultado naturalístico; a la concepción de la culpabilidad normativa, la de la culpabilidad psicológica; a los tipos normativos del autor, los tipos criminológicos de delincuente, y así sucesivamente.

En principio parece que a las concepciones normativas se contraponen las naturalísticas. Así es, en efecto.

El real problema se desplaza hacia el de las relaciones entre el naturalismo y las concepciones normativas.

¿Expresa, quizá, esta contraposición, que las concepciones normativas designen alguna otra cosa distinta de lo que sucede en

la naturaleza? Entendemos que una forma de contraposición como la mencionada no puede considerarse verdadera. Nos parece que concebir alguna cosa normativamente, no significa concebir alguna cosa que no existe en la naturaleza. El legislador atiende a la realidad y, por ello, no puede existir una contradicción entre Naturaleza y Derecho.

La referencia o atención a la realidad es, por otra parte, una manifestación de la función práctica del derecho. La norma, en su función práctica pretende actuar sobre el espíritu de los destinatarios del precepto, prohibiendo las conductas que describe: la norma, por tanto, describe siempre conductas y lo hace a través de la designación de elementos que existen en la naturaleza, que por ello podemos denominar genéricamente como elementos de la realidad.

Verdaderamente, todas las concepciones normativas presentan un denominador común: la referencia a la valoración, como a un modo de delimitar y describir un elemento de la norma.

El adjetivo normativo pone de relieve que la precisión del concepto se alcanza solamente a través de una valoración, establecida por el legislador.

Por ello, las nociones normativas deben tener en su base, constantemente, fragmentos de la realidad. Se deriva de ello que una noción normativa, como valoración, no puede tener por objeto otra valoración, otra noción normativa. Más bien es verdad que entre las nociones normativas existe una coordinación, de manera que alguna de ellas puede representar un aspecto particular de una noción más vasta, supraordinada o jerárquicamente superior. Se encuentra un ejemplo en la relación existente entre los conceptos de culpa y culpabilidad normativa. Se ha considerado por algún autor que la culpabilidad normativa sea un juicio sobre la culpa y, además, sobre otros elementos. Pero entonces, puesto que la culpa es un concepto normativo, y entendiéndolo la culpabilidad como valoración o juicio, se desprende que ésta—la culpabilidad—sería valoración efectuada sobre un concepto normativo, o sea una valoración que recaería sobre otra valoración.

Otro ejemplo nos lo proporciona la correlación entre conducta, tipicidad y antijuricidad. Sobre las primeras dos nociones, sobre la conducta y la adecuación al tipo, se discute si se trata o no de conceptos normativos. Para quien admita dicho carácter respecto a ambas, puesto que con relación a la antijuricidad su naturaleza normativa no puede discutirse, se deriva la siguiente relación: que la acción delictiva se resuelve en una valoración, la conformidad al tipo en una valoración de la acción y la antijuricidad en una valoración de la conducta típica: esto es, en una valoración de la valoración.

Estas consecuencias sistemáticas deben ser rechazadas, puesto que, por el contrario, la valoración que es preciso estudiar es úni-

ca: aquella que constituye la esencia del delito que se encuentra contenida en la norma.

La relación entre valoración y realidad es una vinculación directa; en cuanto la valoración, repetimos, es un modo de expresar fragmentos de realidad.

De esta vinculación directa se desprende primordialmente que entre la realidad designada por la norma y el concepto normativo no puede existir una distinta extensión.

Es conveniente referirse, por ejemplo, a la teoría del resultado normativo o jurídico.

Según algunos, dicho resultado normativo se contrapone al resultado natural: se sostiene que puede existir un resultado normativo sin que exista un resultado natural, como si el primero pudiera tener una vida independiente del segundo.

El delito, sin embargo, no posee dos resultados distintos. El resultado, como elemento estructural del delito es único, sin que pueda existir una contraposición entre un resultado y otro. Al contrario, debe tratarse de una distinta manera de contemplar un único resultado, bien en la situación material de hecho o en su valoración. En consecuencia, el resultado natural y el jurídico deben tener la misma extensión.

A fin de poder resolver el problema del resultado, se deduce de las anteriores consideraciones: *a)* que el resultado normativo no debe concebirse como la valoración de ilicitud que impregna a todo el delito; sino más bien como la valoración que recae sobre la situación que es consecuencia o efecto de la conducta, es decir, la valoración referida al resultado natural; *b)* que cuando se sostiene que todos los delitos poseen un resultado, debe demostrarse la existencia, no sólo del resultado normativo, sino primeramente del sustrato correspondiente, es decir, del resultado natural, de la situación de hecho que es efecto de la conducta.

Entiendo que esta demostración puede ser realizada satisfactoriamente: todos los delitos poseen un resultado, aun cuando esta consecuencia sea designada a través de una simple valoración jurídica.

En otra ocasión he examinado el resultado en los delitos contra el honor, llegando a la conclusión de que el resultado normativo es la puesta en peligro del honor, mientras que el sustrato naturalístico consiste en la percepción de la conducta ofensiva (expresiones, gestos, escritos, etc).

A nuestros fines, nos basta con destacar a efecto de definir el sentido de las concepciones normativas, que debe existir una total correspondencia entre la valoración y lo valorado, entre definición normativa y definición naturalística.

Consideraciones parecidas sirven para comprender la concepción normativa de la omisión. Construir la omisión desde la perspectiva de la mera valoración, significaría construirla sobre la nada. La omisión es un concepto normativo porque surge de una

valoración efectuada con base en determinadas reglas: pero dicha valoración tiene como objeto la conducta o comportamiento del agente, diverso de aquel que se esperaba.

Con relación a los conceptos de dolo y culpa, las cosas suceden de igual manera. Como nociones normativas, dolo y culpa, son cualificaciones jurídicas, cualificaciones referentes a una determinada actitud anímica. Es decir, bajo la cualificación jurídica existe un elemento psíquico, aquel mismo elemento que según la teoría psicológica de la culpabilidad debiera agotar todo el contenido de esencia de ésta.

Ninguna cualificación jurídica existe sin alguna base natural en que se apoye, lo mismo que el color no existe sin las cosas coloreadas. La verdad es que los conceptos normativos no son más que fragmentos de la valoración legislativa que recae sobre todo lo que es tomado en consideración por el derecho (hecho o personalidad). En consecuencia, las distinciones que se realizan desde la perspectiva de la valoración no pueden más que recalcar las distinciones que se hacen del objeto de la valoración. Las apreciaciones se distinguen según el objeto sobre que versan.

La teoría de los elementos subjetivos de la antijuridicidad, según la cual la antijuridicidad objetiva está condicionada en algunos casos por elementos subjetivos, se funda a nuestro entender, sobre un equívoco sistemático y metodológico. Un ejemplo de estos elementos lo proporciona el dolo específico: si la acción no se realiza con un determinado fin, se sostiene, no existe la antijuridicidad de la conducta, es decir, falta alguna cosa al elemento objetivo del delito. Si se sustrae la cosa mueble ajena, pero sin ánimo de lucro, no existe el hurto a que se refieren el n.º 1.º del artículo 514 del Código español y el 524 del Código italiano. Según dicha teoría falta en el hurto su aspecto objetivo.

El problema, en sus aspectos sistemáticos y metodológicos, se plantea en estos términos: si la antijuridicidad objetiva puede encontrarse condicionada por elementos subjetivos; un problema que se halla vinculado íntimamente al otro en términos recíprocos: si la culpabilidad se encuentra condicionada por características subjetivas. A nuestro parecer, la ilicitud es un concepto unitario que impregna todo el delito; entonces la distinción entre aspecto objetivo y subjetivo de la ilicitud debe ser consecuencia de la distinción entre momento objetivo y momento subjetivo de lo valorado, es decir, del acontecimiento delictivo.

Es una «contradictio in terminis» decir que la culpabilidad hace referencia a elementos objetivos, porque, si por definición culpabilidad es la valoración del lado o aspecto subjetivo, esta valoración no puede referirse más que a elementos subjetivos.

Afirmando que si falta el ánimo de lucro desaparece el hurto, se dice una cosa que en sí es exacta, pero porque el hurto desaparece sea cualquiera el elemento que falte de frente a la previsión que

de él efectúa la ley. Desaparece el hurto no sólo si falta el dolo específico, sino también cuando falta el dolo genérico y aun cuando la sustracción de la cosa ajena se realiza culposamente.

La base jurídica para la construcción del concepto de culpabilidad es sola y únicamente la actitud o disposición psíquica del autor en el momento del hecho.

La concepción normativa de la culpabilidad no debe ser entendida como una superestructura abstracta y arrancada de dicho sustrato psíquico, ni como una ampliación errónea de los elementos de la valoración, sino solamente como el modo apropiado para reconstruir la culpabilidad como concepto jurídico. En consecuencia, debe rechazarse que las diversas concepciones normativas quieran construir el elemento de la valoración como algo abstracto y separado de la realidad. Ciertamente, el adjetivo normativo en dichas teorías expresa la inserción del elemento en el seno de la valoración que es la esencia del delito.

Cuando, repitiendo la célebre expresión de Carrara: afirmamos que el delito es un ente jurídico, cuando con términos más modernos sostenemos que la esencia del delito es la ilicitud penal como valoración, cuando se pone en evidencia el carácter o la esencia normativa de cada elemento del delito, no se pretende construir una valoración independientemente de lo valorado. Una valoración aislada, sin alguna cosa en que apoyarse, es un absurdo que carece de sentido.

Es cierto, sin embargo, que la valoración absorbe, comprende lo valorado, pudiéndose por ello expresar unitariamente el todo con un solo término: así, cuando decimos delito, nos referimos al ente jurídico, es decir, a la valoración, en la que, sin embargo, comprendemos también con un único término el hecho que es como los franceses e italianos:

La doctrina alemana, con su tendencia a las abstracciones, ha hecho de cada concepción normativa algo que se encuentra por encima de toda realidad. Ya el hecho mismo de que dicha doctrina continúe ignorando absolutamente cuanto se estudia y elabora en otros países, conduce a la larga a un aislamiento que, sin duda, hemos tratado de evitar los juristas latinos, tanto los españoles como los franceses e italianos.

Al tratar de la cuestión de las valoraciones, la doctrina alemana se ha referido a ella como a algo que se halla en el exterior del hecho realizado; existiría una contraposición entre el hecho realizado y la valoración como acto del juez o como acto del legislador. En la doctrina italiana (en este momento me refiero primordialmente al pensamiento del ilustre y llorado Maestro Grispiñi) aparece netamente destacada la distinción entre delito-hecho y delito-institución jurídica.

A nuestro entender, ello significa que la valoración en que consiste la ilicitud penal—el delito—es la valoración que se halla

contenida en la norma: nó la valoración prejurídica, ni una valoración como acto externo a la esencia del delito cometido, sino la valoración que constituye la esencia misma de la norma. Esta orientación metodológica en el estudio del delito es correlativa a la orientación metodológica en el estudio de la norma, que en su unitaria naturaleza y esencia puede ser contemplada desde un aspecto imperativo, desde un aspecto valorativo y desde un aspecto descriptivo.

Desde el aspecto imperativo, la norma es un precepto de hacer o no hacer. Desde el aspecto valorativo, es un juicio de ilicitud. Desde el aspecto descriptivo, es descripción de algo que aparece prohibido y, por ello, ilícito, es descripción que se resuelve en un tipo.

La tarea o actividad del jurista debe dirigirse a los tres aspectos mencionados: no se trata de excluir el aspecto descriptivo para estudiar la norma desde el aspecto valorativo o viceversa. Se trata, por el contrario, de considerar a los aspectos valorativo y descriptivo de la norma como dos facetas de una misma entidad; la norma, es descripción de lo que el legislador valora desfavorablemente y, por ello, castiga.

Estudiar la norma desde el aspecto imperativo equivale a reconocer que la misma es una entidad práctica. Estudiarla desde el aspecto descriptivo equivale a estudiarla como concepto, como tipo penal estudiarla; desde el aspecto valorativo equivale a estudiarla como designación de un valor, que sirva de medida para las valoraciones jurídicas.

Concepto y valor no poseen, por ello, una extensión diversa, puesto que el valor es el alma del concepto.

Esta relación entre aspecto descriptivo y aspecto imperativo se comprende considerando que, si la norma es voluntad (la del legislador) que se comunica a otra voluntad (la de los destinatarios de la norma), es necesario que sea expresada. Expresarse significa determinarse en un esquema, en una categoría que hable a la mente del destinatario antes que a la voluntad: la norma llega a la voluntad a través del intelecto. Esta vinculación entre intelecto y voluntad, entre intelectualismo y voluntarismo tiene resonancias que exceden el campo del derecho. Para nosotros es suficiente destacar que dicha vinculación repercuta en la correlación entre aspecto descriptivo y aspecto imperativo de la norma

Indudablemente, el concepto no posee de por sí color alguno. Expresa tan sólo una relación. Si la norma fuese solamente concepto no podría actuar sobre el espíritu humano, puesto que éste se orienta solamente por criterios de valor, mediante una elección de valores a los que adecúa la propia conducta. La norma, en consecuencia, es eficaz en cuanto expresa un valor. La tradicional divergencia de opiniones entre quienes sostenían *legem esse*

actum intellectum y quienes entendían *legem esse actum voluntatis*, se resuelve o compone actualmente en la concepción unitaria de la norma como juicio de valor que se expresa o manifiesta en un concepto y que posee el contenido de un precepto.

Las concepciones normativas que se contraponen a las demás teorías jurídicas manifiestan en su totalidad un aspecto particular de este modo de entender el ordenamiento jurídico. Conviene efectuar un breve examen de algunas de ellas para captar el significado de la cualificación de normativas.

La teoría que ofrece más claramente la relación entre aspecto descriptivo y aspecto valorativo de la norma es la de los elementos normativos del delito.

Se habla algunas veces de elementos normativos contraponiéndolos a los elementos de valor; en otras ocasiones, comprendiendo a éstos también. En el primer caso, se entiende por elementos normativos aquellos en que existe una remisión a la apreciación realizada por otra norma u otra rama del derecho —por ejemplo, la existencia del matrimonio civil en la bigamia o el adulterio, la ajenidad de la cosa en el hurto, etc—; en tal caso, elementos de valor son aquellos respecto a los cuales existe una remisión, no a una regla jurídica, sino a una regla extrajurídica, es decir, a un valor, como por ejemplo, el pudor, el honor, etcétera.

En el segundo sentido, que es el más usual, se entiende por elementos normativos todos aquellos respecto a los cuales el juez se ve obligado a efectuar una particular valoración en el momento de la aplicación de la norma. Así, cuando el legislador habla de riña, de seducción, de premeditación...

Sustancialmente, existe una dosis de indeterminación en los elementos de valor y en los elementos normativos, que debe ser colmada a través de la apreciación que ha de realizar el juez en el momento de aplicación de la norma. La calificación de normativos les viene dada a dichos elementos por la referencia a dicha valoración. De qué manera pueden insertarse en la estructura de la norma elementos con una dosis de indeterminación, es un punto que presenta grandes dificultades para ser resuelto.

En el delito de actos obscenos del código italiano—el que realice actos obscenos—, el legislador se limita a prohibir una conducta contraria al pudor. Es decir, designa solamente un fin, pero sin describir taxativamente la conducta que prohíbe. La determinación de la conducta obscena no puede hacerse de manera abstracta y general, sino que ha de determinarla el juez en presencia del caso concreto.

Debe observarse que un carácter taxativo no es esencial a la norma jurídica: también es norma el precepto de adecuar la propia conducta a un fin. Al respecto no puede objetarse que

la norma no es suficientemente conocida por el destinatario. La objeción no sería eficaz, porque es suficiente que la norma haya indicado al destinatario el fin a que debe conformarse su comportamiento. Puesto que la conciencia de la antijuridicidad no es un requisito del delito, carece de significación considerar el error del agente sobre la ilicitud de la propia conducta, siendo también válido este principio en los casos en que el error concierne a una apreciación de la conformidad con el fin.

El término elementos normativos no encuentra una contraposición en el término elementos naturalísticos o materiales; no puede existir una contraposición en el sentido mencionado porque el elemento normativo indica siempre un fragmento de naturaleza, de realidad. El elemento normativo es indeterminado, pero no se halla fuera de la realidad.

La discusión puede quizá plantearse denominando a los elementos del delito que no son normativos como elementos descriptivos. No a causa de que en unos exista una referencia a la norma y en los otros no, sino porque en los elementos descriptivos predomina el momento de la descripción y desde ésta se llega a la valoración, mientras que en los elementos normativos la descripción no es taxativa y, por ello, es de por sí insuficiente: predomina el momento de la apreciación de la valoración, mientras que la descripción tiene un carácter indeterminado.

Otra concepción que conviene examinar brevemente es la de los tipos normativos de autor. Se trata de esquemas que tienen su fundamento en valoraciones que en algunos aspectos determina el legislador, pero que en otros permanecen indeterminadas. Respecto a este último sector se requiere una apreciación por parte del juez.

El acercamiento de los dos términos, tipo y normativo, nos hace ver la vinculación entre la función descriptiva y valorativa de la norma. La palabra tipo se refiere, en este caso, a la descripción del autor del delito. Pero la personalidad del hombre no es apta para ser descrita en categorías definidas, como lo es el hecho: existe una tal variedad de personalidades que las categorías, aun con referencia a las valoraciones medias, dejan un amplísimo sector de indeterminación.

Hay que observar, además, que la distinción entre tipos normativos de autor y tipos naturalísticos de delincuente, a los que tan magistrales páginas ha dedicado el profesor Del Rosal en su conocida obra «La personalidad del delincuente en la técnica penal», no es una contraposición; existe una relación entre ambas categorías, puesto que el tipo normativo se construye a través de la apreciación del legislador y a través de la apreciación del juez, pero siempre con referencia a las reglas que la realidad de las cosas, la naturaleza del hombre y, por ello, las disciplinas criminológicas proporcionan.

Para concluir este breve examen, podemos afirmar que el grupo de las concepciones normativas es todo un sector en el que, a través del elemento de la valoración y de la estimación judicial, penetra en el Derecho penal la referencia a las reglas que la realidad de las cosas impone. Se trata de un capítulo que concurre a demostrar el predominio del realismo jurídico.

El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal

(Una revisión de la crítica de Rodríguez Muñoz de la concepción de la culpa de Welzel).

D. r. JOSE CEREZO

Ayudante de Derecho penal de la Universidad de Madrid

La nueva orientación que Welzel ha dado a su concepción de la culpa (1) obliga a una revisión de los juicios críticos que habían sido formulados hasta ahora contra ella. Entre estos juicios críticos destaca especialmente por su claridad la opinión del profesor español, recientemente fallecido, Rodríguez Muñoz (2).

Rodríguez Muñoz sustenta la opinión de que la doctrina de la acción finalista resuelve la problemática de los delitos dolosos mejor que la dogmática que se basa en el concepto causal de la acción. La doctrina de la acción finalista puede captar mejor la esencia de los delitos dolosos. Rodríguez Muñoz dice de la nueva doctrina: «Aquí pisa terreno firme y puede desplegar y, en efecto, despliega su dialéctica con una seguridad y soltura que la permiten no sólo construir de manera armónica, sino rebatir con fundamento las posibles objeciones elevadas por los adversarios» (3). Ninguna de las objeciones, destaca Rodríguez Muñoz, que se dirijan contra la concepción de los delitos dolosos puede ser considerada como esencial. Un aspecto muy distinto presenta, en cambio, el enjuiciamiento de los delitos culposos. Aquí tuvo que modificar Welzel muy a menudo su concepción. La causa más profunda de estas rectificaciones se halla, en último término —dice Rodríguez Muñoz—, en la incapacidad de la doctrina de la acción finalista de acomodar los delitos culposos a sus principios fundamentales. El finalismo es esencialmente una teoría del dolo. Cuanto más logre captar la esencia de los delitos dolosos, tanto menos podrá comprender la naturaleza específica de los delitos culposos, puesto que la diferencia entre los delitos dolosos y cul-

(1) WELZEL: *Das deutsche Strafrecht*, 6 Aufl. Berlín, 1958; *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 3 te. Aufl. Goettingen, 1957.

(2) RODRÍGUEZ MUÑOZ: *La doctrina de la acción finalista*. «Anales de la Universidad de Valencia», tomo XXVII, I.

posos no es cuantitativa, sino cualitativa. El concepto de la acción finalista no es por ello apto para desempeñar la función de un concepto básico, unitario, del Sistema del Derecho Penal (3).

Rodríguez Muñoz examina sucesivamente los diversos intentos de Welzel de lograr una concepción de la culpa de acuerdo con los principios fundamentales de la doctrina de la acción finalista. La conducta culposa fué concebida primeramente como «forma minuciada» de la actividad humana final, como «una forma defectuosa» de la conducta dolosa (4). Este intento de definir la conducta culposa partiendo de la conducta dolosa fué objeto de severa crítica. No era posible incluir la conducta culposa en un concepto de la acción, cuyo carácter esencial era el señalamiento del fin por la voluntad. Welzel se vió forzado por este motivo a rectificar su opinión y a deducir las consecuencias necesarias de sus premisas, incluso en el aspecto terminológico. En su obra *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen* (1949), la acción culposa se convierte «en una forma de acción completamente independiente junto a la acción dolosa». Welzel diferencia aquí la acción en sentido estricto y la acción en sentido amplio, que corresponden a las acciones dolosa y culposa, respectivamente.

En esta segunda fase de su concepción de la culpa, Welzel quiere salvar la unidad del concepto de la acción con el carácter común de la «actividad final». En los delitos dolosos la actividad final es real. En los delitos culposos existe una «causación que era evitable mediante una actividad final». A la actividad final *real* es equiparada la actividad final meramente posible. Pero no se puede llegar tampoco por ese camino—dice Rodríguez Muñoz—a un concepto unitario de la acción. La conducta dolosa era ciertamente evitable mediante una actividad final, pero no es una actividad final *real*. La finalidad potencial es sólo un criterio jurídico-normativo. La finalidad potencial representa un desplazamiento de la finalidad de la esfera ontológica a la normativa. La posibilidad de evitar el resultado no querido mediante una actividad final no puede ser fundamentada en un plano objetivo, ontológico (porque entonces todo resultado sería evitable), sino sólo en el plano del deber. La constatación de esta posibilidad concreta implica ya, sin embargo, el juicio de culpabilidad (5).

Welzel no puede llegar, incluso bajo el punto de vista terminológico, a un concepto unitario de la acción. Las dos formas de conducta, dolosa y culposa, aparecen bajo el epígrafe común «La

(3) RODRÍGUEZ MUÑOZ: Loc. cit., págs. 126-8.

(4) En «Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen», 1 te. Aufl. Berlín, 1940, pág. 79-80.

(5) En este punto se adhiere RODRÍGUEZ MUÑOZ a las opiniones de MEZGER y NIESE; RODRÍGUEZ MUÑOZ: Loc. cit., pág. 130; MEZGER: *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, pág. 188. NIESE: *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, págs. 40-88.

estructura fundamental de la acción», pero son tratadas desde un principio como dos formas de acción distintas.

En su trabajo «Das neue Bild des Strafrechtssystems» (1.ª y 2.ª edición) abandona Welzel la idea de la finalidad potencial y la escisión formal del concepto de la acción. Bajo el epígrafe «La estructura fundamental de la acción» aparece ahora sólo la acción final (dolosa). A la acción culposa se hace mención solamente (y no de modo expreso) en un pasaje ulterior bajo el epígrafe «La acción dentro de los tipos del Derecho Penal». Los tipos de los delitos culposos comprenden aquellas acciones que, respecto a sus consecuencias causales, no presentan la medida mínima de dirección final exigida jurídicamente. En estos tipos las consecuencias de la acción producidas finalmente son jurídico-penalmente irrelevantes y no están por esta razón descritas en ellos. El tipo de lo injusto de los delitos culposos consiste en la lesión o peligro de un bien jurídico, producidas de un modo puramente causal por una acción que no presenta la medida de dirección final exigida en el tráfico.

Rodríguez Muñoz pregunta ahora: ¿Han sido resueltas con esta nueva concepción de Welzel las dificultades que presentan los delitos culposos para la doctrina de la acción finalista? La solución que ahora Welzel nos ofrece es sólo una solución aparente que no puede convencer. Su concepción de que no hay otra acción que la final (dolosa) no sólo no es una solución, sino que entraña fundamentalmente el reconocimiento de la incapacidad de la doctrina de la acción finalista de comprender la esencia de los delitos culposos (6).

Que en el delito culposo hay también una acción final (manejo del arma, conducción de un vehículo) es evidente—dice Rodríguez Muñoz—, pero «esta acción, como tal, en los elementos ontológicos que la integran es *irrelevante* para el Derecho punitivo. Mientras que, en cambio, precisamente lo que para este último es importante *está fuera* de la acción».

Toda la problemática que había resultado insoluble en la doctrina de la acción—dice Rodríguez Muñoz—es desplazada por Welzel a la esfera normativa de lo injusto. Con este desplazamiento de un problema de la acción de la esfera ontológica a la normativa el finalismo se niega a sí mismo. En el delito culposo el autor es castigado por el resultado causado, pero esta causación del resultado no es una acción. Quizá pudo y debió evitar el resultado, pero esto es sólo una exigencia normativa. También el abandono del punto de vista subjetivo en favor del objetivo («el cuidado necesario en el tráfico») muestra la incapacidad de la doctrina de la acción finalista de resolver el problema de los delitos culposos; independientemente de que este criterio objetivo sea realmente objetivo y no subjetivo como estima Maihofer.

(6) RODRÍGUEZ MUÑOZ: Loc. cit., pág. 131.

Los finalistas exigen sólo en el delito culposo el nexo causal entre la acción final y la regulación del tipo. En este punto es, pues, evidente—dice Rodríguez Muñoz—que el concepto de la acción finalista coincide con el concepto de la acción causal. «La acción finalista en lo que concierne a los delitos culposos, en su valor funcional frente a ellos, no supone ni exige más que el *origen volitivo* de la conducta del sujeto» (7).

Las razones que Niese ha aducido contra la finalidad potencial son también decisivas para el enjuiciamiento de la nueva concepción de la culpa de Welzel—dice Rodríguez Muñoz—. Con el desplazamiento de la culpa de la esfera ontológica a la normativa del tipo de lo injusto, la situación sigue siendo esencialmente la misma que cuando Welzel quería explicar los delitos culposos mediante el concepto de la finalidad potencial. «La doctrina de la acción finalista se ve forzada, para poder fundamentar el finalismo o para poder hablar aquí de finalismo, a recurrir al elemento de la antijuricidad, pues en otro caso la solución no sería posible (8). La situación sería formalmente la misma si se admitiese con Maihofer que el deber de cuidado es subjetivo; entonces la valoración de la culpabilidad sería de nuevo anticipada. Pero incluso si se admite la naturaleza objetiva del deber de cuidado, la situación sería esencialmente la misma porque el criterio aplicado sería siempre un criterio jurídico-normativo. El concepto de la acción no tendría en los dos casos una pureza metodológica absoluta.

En la tercera edición de su «Das neue Bild des Strafrechtssystems» (9) y recientemente en la 6.ª edición de su «Das deutsche Strafrecht» (10), Welzel ha reelaborado de nuevo su concepción de la culpa.

La acción culposa es mencionada de nuevo en la doctrina de la acción. «Acciones culposas—dice Welzel—son aquellas acciones finales que tienen consecuencias accesorias no-finales, por consiguiente, puramente causales, que podían haber sido evitadas con una mejor dirección final de la acción en la elección y aplicación de los medios (inclusive del propio movimiento corporal).» Welzel destaca el número ilimitado de consecuencias producidas de un modo puramente causal de una acción final un pequeño grupo, a saber: aquellas consecuencias que podían haber sido evitadas mediante una mejor dirección final. Estas consecuencias se relacionan con la acción concebida como obra. La acción culposa es siempre, sin embargo, según Welzel, una acción final (11).

(7) RODRÍGUEZ MUÑOZ: Loc. cit., pág. 132.

(8) RODRÍGUEZ MUÑOZ, en una carta de fecha 8-5-1954 a WELZEL..

(9) Goettingen, 1957.

(10) Berlín, 1958.

(11) *Das neue Bild...*, págs. 6, 7; *Das deutsche Strafrecht*, pág. 32.

La acción culposa es sólo explicable partiendo del concepto de la acción finalista. En la acción culposa el fin es, sin duda, jurídico-penalmente irrelevante. El contenido de la voluntad en relación con el medio aplicado y la forma de su aplicación es, al contrario, jurídicamente relevante. Pues el autor no considera en la elección y aplicación de los medios una consecuencia causal previsible unida a ellos. «Culpa es el defecto de la dirección real de la voluntad en la elección y aplicación de los medios en relación con la medida mínima de dirección final exigida en el tráfico (con el fin de evitar consecuencias accesorias no deseadas)» (12).

El tipo de los delitos culposos se compone del resultado (lesión o peligro de un bien jurídico) y de una acción final que causa en forma no dolosa y adecuada este resultado. La lesión (o el peligro) de un bien jurídico y la no observancia del cuidado objetivamente exigido son momentos constitutivos de lo injusto de los delitos culposos. La lesión del bien jurídico tiene que haber sido causada *precisamente a causa* de la no observancia del cuidado objetivamente exigido (13). El disvalor de la acción, no sólo el disvalor del resultado, es también aquí decisivo (14).

Después de esta exposición de la última actitud de Welzel en el problema de la culpa surge la pregunta: ¿Ha sido superada la crítica de Rodríguez Muñoz con esta nueva modificación? A mi juicio; sólo de modo parcial.

En el delito culposo se presupone, sin duda, una acción final. El hombre que conduce un automóvil y causa en forma no dolosa la muerte de otro realiza una acción final: conducir un automóvil. En esta actividad final el fin (ir a un lugar determinado) es jurídicamente irrelevante. No es jurídicamente irrelevante, en cambio, como Welzel ahora dice, el medio utilizado o la forma de su utilización. En el ejemplo citado, el medio (uso del vehículo) es jurídicamente irrelevante, pero la forma de su utilización puede adquirir relevancia jurídica, si el autor, por ejemplo, conduce a una velocidad excesiva. No puede afirmarse más, por tanto, con Rodríguez Muñoz que en el delito culposo la acción final, en sus elementos *ontológicos*, sea jurídicamente irrelevante. El medio utilizado o la forma de su utilización son jurídicamente relevantes. Por la misma razón no es posible afirmar ya que todo lo que tiene relevancia para el Derecho queda fuera de la acción final.

No obstante, queda un elemento esencial de la mayor parte de los delitos culposos, el resultado causado, *fuera* de la acción final. De la relevancia jurídica del resultado no cabe duda, pues está incluido expresamente en la mayor parte de los tipos de los

(12) *Das neue Bild...*, pág. 11; *Das deutsche Strafrecht*, pág. 36.

(13) *Das neue Bild...*, págs. 30 y sigs.; *Das deutsche Strafrecht*, págs. 111 y sigs.

(14) WELZEL cita, a este respecto, la sentencia de 4-3-1957 del Grossen Zivilsenats del B. G. H., *Das deutsche Strafrecht*, pág. 110.

delitos culposos. El resultado no es concebido además por Welzel como una mera condición de punibilidad, sino como un elemento constitutivo de lo injusto (15). El queda *fuera*, sin embargo, de la acción *final* que se halla presente en todo delito culposo. Es producido en forma puramente causal en virtud del medio utilizado o de la forma de su utilización. Puesto que no está comprendido por la voluntad del autor y no necesita tampoco ser previsto (culpa inconsciente). La relevancia del tipo de un delito culposo en el caso concreto no puede ser incluso determinada, si antes no ha sido excluida la pertenencia del resultado a la acción final. Sólo si la causación de la muerte de un hombre *no* estaba comprendida por la voluntad de realización del autor, adquiere relevancia el tipo del homicidio culposo (art. 222 C. p. alemán). En los delitos culposos de acción la doctrina de la acción finalista encuentra dificultades semejantes, puesto que la cualidad desconocida de la acción o del objeto de la misma (arts. 163, 164 V, y 84 C. p. alemán) tampoco pertenecen a la acción final. No están comprendidas por la voluntad de realización del autor y la posibilidad de su presencia no necesita ni siquiera ser prevista por el mismo. En este aspecto la crítica de Rodríguez Muñoz sigue vigente.

Welzel no puede establecer la relación entre el resultado y la acción final en la esfera ontológica. No cabe incluir en el ámbito de la acción *final*, en el plano ontológico, una consecuencia producida en forma puramente causal. Puesto que esta consecuencia no es querida y en muchos casos no es siquiera prevista (culpa inconsciente). «Acciones culposas—dice Welzel—son aquellas acciones finales que tienen consecuencias accesorias no-finales, por consiguiente, puramente causales, que podían haber sido evitadas con una mejor dirección final de la acción en la elección y aplicación de los medios (inclusive del propio movimiento corporal)». Toda acción final tiene consecuencias accesorias no-finales, puramente causales, pero éstas no pertenecen a la acción, según el concepto final de la misma. Toda consecuencia puramente causal es además evitable mediante una mejor dirección

(15) *Das neue Bild*, págs. 31-35; *Das deutsche Strafrecht*, págs. 112-7. WELZEL no excluye el resultado de lo injusto de los delitos culposos. El resultado, dice él, es una mera condición de punibilidad solamente en cuanto que «la misma acción culposa, realizada con la misma reprochabilidad, queda impune si el resultado no se produce». En Italia fué sustentada la concepción de que el resultado en los delitos culposos es una mera condición de punibilidad por DEL GIUDICE (*Fondamento e condizioni della punibilità dei reati colposi*, 1918; *Il delitto colposo*, Ferrara, 1918); MANZINI (*Trattato di Diritto penale*) y VANNINI (*Il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1952, págs. 54-61; *Manuale di Diritto penale*, Firenze, 1948; *Omicidio colposo*, Milano, 1951). Una polémica ilustrativa con MANZINI y VANNINI en DELITALA: *Il fatto nella teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1930, págs. 80-82.

(16) Si la consecuencia causada no es objetivamente previsible no es

final, si es objetivamente previsible (16). La diferenciación, dentro de las consecuencias producidas en forma causal desde el punto de vista de la causalidad adecuada no puede resolver tampoco el problema. Puesto que las consecuencias accesorias producidas en forma *puramente causal*, aunque fueran objetivamente previsibles, no pertenecen tampoco a la acción *final*. La previsibilidad objetiva, es decir, la evitabilidad objetiva, no puede ser determinada además en el plano ontológico. Esta determinación presupone un juicio cuyo criterio—el nivel de conocimientos—es de naturaleza histórica. La fijación del nivel de conocimientos que ha de servir de criterio del enjuiciamiento no es posible sin una valoración.

La delimitación desde el punto de vista de la causalidad adecuada tiene que ser necesariamente presupuesta por Welzel cuando pone en relación con la acción, entendida como obra, aquellas consecuencias producidas de un modo puramente causal que serían evitables mediante una mejor dirección final (17). Con ello apunta otro concepto de la acción. Junto al concepto final de la acción, que es aplicable a los delitos dolosos, apunta un concepto de la acción en sentido amplio que es apropiado para resolver las dificultades de los delitos culposos. Este concepto coincide con el formulado por Engisch (18): La acción comprende las consecuencias adecuadas de una conducta voluntaria, incluso si éstas consecuencias no estaban comprendidas por la voluntad del autor. Este concepto de la acción no es, sin embargo, un concepto ontológico, sino que ha sido formulado—como en el caso de Engisch—en atención a las valoraciones jurídico-penales subsiguientes (antijuricidad, culpabilidad). Es formulado en atención a las exigencias sistemáticas de la doctrina del delito.

Esta duplicación del concepto de la acción apunta, sin embargo, simplemente en Welzel. La relación entre el resultado y la acción final es establecida por Welzel a través del deber ser, a través de lo injusto. Esto se deduce en primer lugar de que para él la causalidad adecuada es un presupuesto de la tipicidad del resultado producido de modo puramente causal. El tipo del delito culposo exige que la acción no dolosa, en relación con la lesión del bien jurídico, haya creado el peligro objetivo de dicha lesión.

evitable entonces por el hombre. La opinión de RODRÍGUEZ MUÑOZ de que toda consecuencia producida en forma puramente causal es evitable (*supra*, pág. 3) resultaría sólo exacta para un ser que pudiese conocer todas las condiciones y, por tanto, prever todos los cursos causales. Que el hombre no se encuentra en esa situación está fuera de toda duda.

(17) *Das deutsche Strafrecht*, pág. 32; *Das neue Bil*, págs. 6 y sigs. Si la evitabilidad tuviera que ser determinada según el criterio del autor individual de la acción concreta, se anticiparía con ello la valoración de la culpabilidad. La situación sería entonces la misma que antes con el concepto de la finalidad potencial.

(18) *Der finale Handlungsbegriff*, *Kohlrausch-Festschrift, Probleme der Strafrechterneuerung*, 1944, págs. 141 y sigs.

En los delitos culposos de resultado la lesión del bien jurídico tiene que realizar precisamente este peligro objetivo. Puesto que el peligro no es, sin embargo, otra cosa que la probabilidad de la causación del resultado, sólo el resultado causado adecuadamente puede ser típico (19).

Las acciones culposas se caracterizan, según Welzel, por un defecto en la dirección final de la acción. El defecto consiste en que la dirección final real de la acción no corresponde a la dirección final exigida en el tráfico con el fin de evitar las lesiones de los bienes jurídicos. «Los bienes culposos—dice Welzel—comprenden aquellas acciones finales que respecto a las consecuencias accesorias *no queridas, típicas*, no han observado el cuidado exigido en el tráfico para evitar estas consecuencias» (20). El tipo (el peligro objetivo) y la dirección final exigida establecen aquí la relación entre el resultado producido en forma puramente causal y la acción final. La dirección final exigida se determina según las necesidades del tráfico y la capacidad de un hombre inteligente y prudente y no según la capacidad del autor individual de la acción concreta. Esta exigencia representa, por tanto, un criterio objetivo que es aplicado para determinar la antijuricidad (21).

La doctrina de la acción finalista no puede establecer, por tanto, la relación entre la acción y el resultado en el delito culposo a través del concepto mismo de la acción, sino que tiene que establecer dicha relación en la esfera axiológica. Con ello el problema es desplazado a la esfera normativa. La *finalidad* no es desplazada ya más, sin embargo, de la esfera ontológica a la normativa. La acción final real en sus elementos ontológicos, la voluntad de realización, es ahora jurídico-penalmente relevante, puesto que los medios queridos y la forma querida de su utilización no corresponden a la dirección final exigida (22). Con ello el concepto de la acción finalista no coincide ya más en su valor funcional para los delitos culposos con el concepto causal de la ac-

(19) *Das deutsche Strafrecht*, pág. 112; *Das neue Bild*, págs. 30-1.

(20) *Das deutsche Strafrecht*, pág. 109 (las palabras han sido subrayadas por el autor de este artículo).

(21) *Das neue Bild*, págs. 32 y sigs.; *Das deutsche Strafrecht*, pág. 113 y sigs. WELZEL demuestra, a mi entender, de modo convincente el carácter objetivo del deber de cuidado. La duda que expresé, a este respecto, RODRÍGUEZ MUÑOZ, invocando la concepción de MAIHOFER, me parece injustificada.

(22) La relevancia jurídico-penal de la acción final real no se ve afectada a mi entender por la circunstancia de que el autor no conozca la cualidad de medio de su acción para la lesión del bien jurídico, como objeta NOWAKOWSKI (J. Z., 1958, pág. 338). Pues el autor ha elegido tales medios para la realización de su fin jurídicamente irrelevante (o los ha empleado de tal modo) que su conducta no corresponde a la dirección final exigida. Aquí es cotejada una finalidad real con la finalidad jurídicamente exigida.

ción—como afirmaba Rodríguez Muñoz en relación con la concepción anterior de Welzel.

Los tipos de lo injusto, según la concepción actual de Welzel, pueden extenderse o bien exclusivamente al disvalor de la actividad final (fin, medios, forma de su utilización, consecuencias producidas finalmente), como en los delitos dolosos, o también a una consecuencia puramente causal que quede fuera de la acción final. Esto no concuerda, sin embargo, con los principios fundamentales de la doctrina de la acción finalista. Según estos principios, la causación del resultado, como tal, no puede ser prohibida. El Derecho puede prohibir más bien sólo las acciones que sean dirigidas por la voluntad de realización a la causación del resultado, o aquellas que lleven consigo la posibilidad (peligro) de la causación del resultado. El resultado *real* no puede pertenecer, sin embargo, en el último caso, al objeto de la prohibición (tipo). El resultado real en el delito culposo no puede ser, por lo tanto, según los principios fundamentales de la doctrina de la acción finalista, un elemento constitutivo de lo injusto. Esta dificultad podría ser resuelta sólo si la equiparación de tipo y objeto de la prohibición pudiese ser eliminada, de modo que el resultado perteneciera al tipo (y con ello a lo injusto), pero no al objeto de la prohibición. No es posible prever aún, sin embargo, si este camino sería viable para la doctrina de la acción finalista.

La posición del resultado en la estructura del delito culposo origina también notables dificultades para el concepto causal de la acción. Puesto que la relación del resultado en el delito culposo con el concepto de culpabilidad es en todo caso problemática. Tanto si la culpabilidad es concebida como reflejo de lo injusto en la mente del autor, o como reprochabilidad de la formación antijurídica de la voluntad, no guarda relación con el *resultado* del delito culposo. La reprochabilidad de la formación antijurídica de la voluntad es exactamente la misma si el resultado se produce o no se produce (23). La *causación* del resultado no encuentra reflejo alguno en la mente del autor. La causación del resultado en el delito culposo no es querida y en muchos casos no es siquiera prevista (culpa inconsciente). En la culpa consciente el autor ha previsto meramente la *posibilidad* pero no la certidumbre de la causación del resultado (si no hubiese actuado dolosamente). El resultado *real* queda, pues, más allá de la culpabilidad (24).

(23) WELZEL: *Das deutsche Strafrecht*, pág. 110.

(24) Esta circunstancia fué destacada ya por varios representantes de la doctrina de la acción causal. RADBRUCH (V. D., tomo V, págs. 201-2) y KADECKA (Z. Str. W., tomo 59, pág. 21) hablan, a este respecto, de una responsabilidad por el azar. A. KAUFMANN (*Unrechtsbewusstsein*, págs. 98-9) escribe: «La producción o la falta del resultado, siendo la imprudencia la

La posición del resultado en la estructura del delito culposo representa, por tanto, una dificultad no sólo para la doctrina de la acción final, sino también para la doctrina de la acción causal. Es un problema de la Dogmática del Derecho penal que no ha podido resolver hasta ahora doctrina alguna de modo satisfactorio.

SECCION LEGISLATIVA

Situación administrativa de los funcionarios procesados

(Nota al Decreto de 23 de diciembre de 1957)

JUAN LUIS DE LA VALLINA VELARDE

Doctor en Derecho

SUMARIO: 1. *Introducción*. A) Sentido de este trabajo. B) Repercusión del auto de procesamiento contra el funcionario, en su situación administrativa.—2. *Situación administrativa de los funcionarios procesados antes del Decreto de 23 de diciembre de 1957*. A) Funcionarios procesados por hechos cometidos en el ejercicio del cargo. B) Funcionarios procesados por actos realizados al margen del ejercicio de sus funciones públicas.—3. *El Decreto de 23 de diciembre de 1957*. A) Razón y finalidad del mismo. B) Ambito de aplicación. C) Motivos de la suspensión de funciones. D) Efectos de la suspensión. a) Hasta la conclusión del proceso. b) A la conclusión del proceso. a') Sin responsabilidad. b') Con responsabilidad.—4. *Conclusiones*.

1. INTRODUCCIÓN.

A) *Sentido de este trabajo*.—Nos proponemos el examen del Decreto de 23 de diciembre de 1957, regulador de la situación administrativa de los funcionarios procesados, para determinar los motivos de su promulgación y alcance.

Ello nos lleva a la zona de confluencia y relación de dos sectores del Ordenamiento jurídico: el penal y el administrativo y, concretamente, a plantearnos el problema de la diferencia y relación entre potestad penal del Estado y potestad disciplinaria de la Administración (1).

B) *Repercusión del auto de procesamiento contra el funcionario, en su situación administrativa*.—La presunción racional de criminalidad, y, por consiguiente de responsabilidad penal del funcionario (2), determinará su procesamiento (3) que, como no puede ser menos, ha de tener repercusión

(1) A este respecto, nos dice DEL ROSAL que la relación entre Derecho administrativo y Derecho penal «se nos muestra también de índole técnica, porque la formación del concepto penal hace suyos algunos conceptos administrativos, tales como *funcionario, reglamento, administración pública, etc.*» Vid. J. DEL ROSAL: *Derecho penal español* (Madrid, 1960), pág. 21.

(2) Sobre la responsabilidad penal del funcionario, vid. CARABBA, *I delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio* (Empoli, 1956); G. LIET-VEAUX: *Liberté individuelle et délit de service*, en «Revue administrative», 1958-1, págs. 29 y sigs.; A. M. SANDULLI: *Manuale di Diritto amministrativo* (Nápoles, 1967), pág. 143.

(3) El artículo 584 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14-IX-1882 dice: «Desde que resultare del sumario algún *indicio racional de criminalidad* contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada...»

en su situación administrativa, en su relación respecto a la Administración a quien sirve, ya que la condición de funcionario obliga a quien la ostenta a observar en su conducta, tanto pública como privada, un alto nivel de moralidad y decoro (4).

Ahora bien, la comisión de un delito, cuya presunción determina el procesamiento de su autor, puede, en lo que a los funcionarios se refiere, ser realizada en el ejercicio de sus funciones—ya se trate de un delito común (5) o especial, es decir, exclusivo de quienes ejercen funciones públicas (6)—, o bien tratarse de un delito cometido con total independencia del ejercicio del cargo público (7). La diferencia ofrece marcado interés a efecto de nuestro estudio, ya que en el primer caso (delitos cometidos en el ejercicio de la función pública), al estar el funcionario infringiendo sus más elementales deberes para con la Administración, puede ser sometido a expediente disciplinario para determinar su responsabilidad administrativa (8), sin perjuicio de la actuación de los Tribunales ordinarios, ya que la potestad penal del Estado y la disciplinaria de la Administración (9) no se contraponen, sino que se complementan y compaginan (10), puesto que entre ellas existen marcadas diferencias (11) que hacen que puedan co-

(4) Hasta tal punto ello es así que el artículo 58 del Reglamento de funcionarios de 7-IX-1918, considera faltas graves «las que afecten al decoro del funcionario».

(5) En este supuesto hay que considerar la circunstancia agravante que al caso concurre de acuerdo con el núm. 10 del artículo 10 del Código penal: «Prevalerse del carácter público que tenga el culpable».

(6) Son los delitos especiales de que habla C. GARCÍA OVIEDO: *Derecho administrativo* II, 7.ª ed., por MARTÍNEZ USEROS (Madrid 1959) pag. 101. Como dicen ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal* II, pág. 192, se trata de conductas contrarias al deber del servicio, de infracciones disciplinarias elevadas a la categoría de infracciones penales por suponer un ejemplo intolerable. Estos delitos son los señalados en el Título VII, cap. II del Código penal, que lleva por rúbrica «Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio del cargo».

Vid. un planteamiento técnico-dogmático del tema en sus líneas generales y en especial referencia con el aspecto penal en DEL ROSAL: *Notas sobre las relaciones del Derecho penal*, en «Revista de Estudios penales» (Valladolid, 1945) págs. 205 y sigs. Para una distinción del injusto penal y el administrativo, vid. J. DEL ROSAL: *Principios de Derecho penal español*, I (Valladolid, 1945), págs. 59 y sigs. y la abundante bibliografía allí citada.

(7) Sobre esas tres modalidades de delitos de los funcionarios públicos, cfr. C. GARCÍA OVIEDO, op. cit., pág. 101.

(8) La responsabilidad del funcionario respecto a la Administración viene motivada por la infracción de sus deberes profesionales. Sobre el concepto y alcance del deber del funcionario, vid. M. GRIODI, *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, en «Primo Trattato di V. E. Orlando», I (Milán, 1901) págs. 357 y sigs.; M. PETROZZELLO: *Il rapporto di pubblico impiego*, en «Primo Trattato di V. E. Orlando», II-3 (Milán, 1935) pág. CCIX; S. ALVAREZ GENDIN: *Manual de Derecho administrativo* (Barcelona, 1954) págs. 442 y sig.; N. RODRÍGUEZ MORO: *Deberes faltas y sanciones de los funcionarios municipales* (Bilbao, 1950), págs 32 y sigs.

(9) La potestad disciplinaria de la Administración la conceptúa R. ALESSI: *Sistema istituzionale di Diritto amministrativo italiano* (Milán, 1953), pág. 207, como «il potere che spetta all'amministrazione pubblica di colpire con sanzioni determinate il comportamento di taluni individuo ad essa legati de particolari rapporti ai quali acceda un rapporto di speciale supremazia nei confronti degli individui stessi, qualora il loro comportamento sia atto a pregiudicare la buona attuazione del rapporto amministrativo principale».

(10) Cfr. N. RODRÍGUEZ MORO, op. cit., pág. 124.

(11) Las diferencias entre ambas potestades fueron objeto de estudio en el III Congreso

existir con total independencia y que un mismo hecho pueda ser castigado por ambas potestades sin violación del principio *non bis in idem* (12), como lo prueba el que en el Reglamento de funcionarios de 1918 se establezca que «si la falta presentara caracteres de delito, el instructor del expediente, sin esperar a la ultimación de éste, dará parte al Juzgado, remitiéndose certificación de los documentos y diligencias que se consideren necesarios para la incoación de la causa» (art. 62) y, como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia (13).

Por el contrario, cuando el presunto delito ha sido realizado al margen del ejercicio de las funciones públicas, en tal supuesto la Administración no puede proceder disciplinariamente contra el funcionario, porque tan

de Derecho comparado, celebrado el año 1950 en Londres; vid. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* (1953), págs. 725 y sigs.

Estas diferencias, siguiendo a MANZINI: *Tratado de Derecho penal*, I, 1, tr. cast. (Buenos Aires, 1948), págs. 134 y sigs., las podemos concretar en las siguientes:

a) *En orden a la finalidad.*—Mientras la potestad penal tiene por finalidad el mantenimiento y reintegración del orden jurídico general, mediante la conmutatoria y la aplicación de la sanción penal, la potestad disciplinaria tiende a actuar, mantener, reintegrar y mejorar con medios correctivos o depurativos, las condiciones de una particular relación de autoridad.

b) *En orden a los preceptos y a las sanciones.*—Mientras la potestad penal está dominada por el principio *nullum crimen sine lege*, la potestad disciplinaria no está sujeta a tal reserva de la ley.

c) *Diferencia en orden al titular de la potestad.*—La potestad penal pertenece únicamente al Estado, mientras que la disciplinaria se encuentra atribuida a toda Administración pública, ya sea la del Estado o la de Entidades autárquicas distintas del Estado.

d) *Diferencia en orden a las garantías.*—El poder punitivo concreto del Estado se funda sobre un acto jurisdiccional. La garantía de la jurisdicción no es, en cambio, necesariamente, inherente a la potestad disciplinaria. Se trata siempre de un acto administrativo, aun cuando la apreciación del hecho no se pida a un especial Consejo o Comisión. Las providencias disciplinarias son, por lo general, revocables a diferencia de los fallos penales que no pueden ser en parte o en todo, invalidados más que por la gracia, por el indulto o amnistía. El delito comprobado lleva consigo necesariamente la condena: la falta disciplinaria, en cambio, atribuye a la autoridad solamente la facultad de castigar al transgresor.

e) *Diferencia en orden a la prescripción.*—La prescripción extingue el delito o la pena, mientras que no sucede igual respecto de la acción y castigo disciplinario, salvo los casos expresamente previstos en las leyes, como es el artículo 107 del Reglamento de funcionarios locales de 30 de mayo de 1952, que establece plazos de prescripción de las faltas disciplinarias.

(12) Cfr. F. GARRIDO: *Los medios de policía y la teoría de las sanciones administrativas*, en «Rev. de Admon. Pub.», 28 (1959), pág. 39; E. SAYAGUES: *Tratado de Derecho administrativo*, I (Montevideo, 1953), págs. 337-38, y R. ALESSI, *op. cit.*, pág. 408.

(13) Vid. en este sentido las sentencias de nuestro más alto Tribunal de justicia de 27 de diciembre de 1934, 19 de junio de 1941, 9 de julio de 1941, 1 de mayo de 1942, 30 de octubre de 1945, 15 de febrero de 1946, 2 de julio de 1947, 8 de julio de 1949, 9 de febrero de 1953, 3 y 5 de marzo de 1955, 18 de junio de 1958, 13 y 18 de octubre de 1958 y 21 de noviembre de 1958. Así en la sentencia citada de 9 de febrero de 1953 se dice: «Es doctrina reiterada, según tiene declarada esta jurisprudencia, que no existe incompatibilidad entre la sanción gubernativa y el procedimiento penal... pues un mismo hecho procesal puede ofrecer aspectos jurídicos diferentes, porque las facultades disciplinarias y los procedimientos de la jurisdicción ordinaria se desenvuelven en ámbitos distintos, respondiendo a sus propios fines específicos, dado que, mientras lo penal se propone el castigo de los actos constitutivos de delito, lo gubernativo se encamina a conservar el prestigio de los Cuerpos de funcionarios del Estado, Provincia o Municipio, lo que hace que pueda coexistir con total independencia, las acciones administrativas y las judiciales, sin que obste a la competencia de la Administración para el castigo gubernativo de las faltas la actuación de los Tribunales si las mismas fueron constitutivas de delitos».

sólo son considerados como faltas disciplinarias los delitos cometidos con ocasión del ejercicio del cargo, según el artículo 58 del reglamento de funcionarios (14) y como claramente se estableció en el artículo 412 de la ley de Régimen local (15).

II. SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS FUNCIONARIOS PROCESADOS ANTES DEL DECRETO DE 23 DE DICIEMBRE DE 1957.

Es necesario distinguir si el supuesto delito que determina el procesamiento de su autor ha sido realizado con ocasión del ejercicio de funciones públicas o al margen del mismo.

A) *Funcionarios procesados por actos cometidos en el ejercicio del cargo.*—En tal supuesto no hay problema alguno respecto a la situación administrativa de los funcionarios procesados, pues, según hemos visto, puede perfectamente la Administración incoarles expediente disciplinario, sin perjuicio de la actuación judicial, y dejar al funcionario, preventivamente, en suspenso de sus funciones, de conformidad con el artículo 65 del Reglamento de funcionarios de 18 de septiembre de 1918, y tratándose de funcionarios locales, de acuerdo con el artículo 125 de su Reglamento.

B) *Funcionarios procesados por actos realizados al margen del ejercicio de sus funciones públicas.*—En tal caso, al no poder ser considerado el supuesto delito como falta disciplinaria, según hemos indicado, la Administración no tiene posibilidad de proceder contra dichos funcionarios, que necesariamente habrán de seguir en activo, salvo que el Tribunal que conozca del procesamiento decrete la suspensión de funciones como medida cautelar. Naturalmente, tal situación resultaba francamente anómala, puesto que la Administración ha de velar por su prestigio, traducido en el prestigio de sus funcionarios, exigiéndoles una recta conducta, como lo prueba el que se precise certificado negativo de antecedentes penales para concurrir a los exámenes de ingreso a la función pública.

Por ello, la laguna que presentaba nuestro Ordenamiento jurídico en este punto era necesario salvarla, ya que ni el Estatuto de funcionarios y su Reglamento, ni la legislación local regulaban las providencias a adoptar por la Administración contra los funcionarios procesados por los Tribunales competentes (16).

Por otra parte, el ejemplo del Derecho comparado en este punto era

(14) Vid. la interpretación en el sentido que sostenemos en el acuerdo del Consejo de Ministros, resolviendo un recurso de agravios, de 25 de abril de 1952 (B. O. E. de 18 de agosto), donde se dice que la comisión de un delito en el ejercicio de las funciones públicas es «condición que se exige para que además de la pena correspondiente con arreglo a la legislación común, puedan también tener estos hechos una repercusión disciplinaria en la esfera administrativa». Igual criterio se establece en la sentencia del T. S. de 13 de mayo de 1958, donde se indica que «no proceden imputarse con faltas administrativas de un funcionario en el ejercicio del cargo, los hechos realizados por éste al margen del mismo».

(15) El artículo 412 de la Ley de Régimen local, texto refundido de 24 de junio de 1955, dice así: «Las autoridades y funcionarios locales estarán sujetos a responsabilidad civil, penal y administrativa por actos u omisiones en el ejercicio de su función».

(16) Únicamente el artículo 417 de la Ley de Régimen local establece, respecto del procesamiento de las autoridades locales, la comunicación del mismo al Gobernador civil para que pueda acordar la suspensión gubernativa de dichas autoridades.

aleccionador y digno de imitación. Efectivamente, en el régimen jurídico de funcionarios más afín al nuestro, como puede ser el Derecho italiano y francés, se establece expresamente la facultad que corresponde a la Administración de suspender en sus funciones públicas a los funcionarios procesados. Así, el Estatuto italiano de funcionarios de 10 de enero de 1957, establece en su artículo 91 la suspensión del funcionario sometido a procesamiento «cuando la naturaleza del delito sea particularmente grave» y siempre que se haya «emitido orden de prisión». Igualmente, el artículo 32 del vigente Estatuto francés de funcionarios de 4 de febrero de 1959, prevé la suspensión de funciones de quienes hayan cometido «una infracción de Derecho común».

III. EL DECRETO DE 23 DE DICIEMBRE DE 1957.

A) *Razón y finalidad del mismo.*—La razón y finalidad del Decreto de 23 de diciembre de 1957 hay que verla en la necesidad de colmar la laguna que presentaba nuestro Derecho positivo en orden a la situación administrativa de los funcionarios procesados, contra quienes, según se ha visto, no podía la Administración a quien sirven proceder, en el caso de que el supuesto delito hubiere sido cometido al margen del ejercicio de las funciones públicas. En tal supuesto carecía la Administración de potestad para obrar, de habilitación por parte del Ordenamiento jurídico, puesto que hay que admitir que a diferencia de la actividad de los particulares, la actividad administrativa viene presidida por el principio *quae non sunt permissae prohibita intelliguntur*, supuesto en el que descansa y se fundamenta el principio de legalidad de la Administración pública (17).

A través del Decreto que examinamos se concede a la Administración potestad (18) para suspender provisionalmente en sus funciones a los funcionarios procesados, ya sea el motivo del procesamiento hechos ajenos al servicio o relacionados con éste. De esta forma, la Administración podrá suspender directamente, sin necesidad de previo expediente disciplinario—presupuesto necesario, según vimos con anterioridad al Decreto que examinamos—a quienes sean procesados por supuestos delitos cometidos con ocasión del ejercicio de funciones públicas. Igualmente, podrá suspender a los funcionarios procesados por hechos ajenos al servicio, posibilidad que no existía con anterioridad y que es, en definitiva, la razón fundamental de la promulgación del Decreto que examinamos.

Un primer problema se nos plantea y es el relativo a la determinación de la autoridad administrativa competente para decretar la suspensión provisional del servicio del funcionario procesado. El Decreto que comen-

(17) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *El fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos*, en «Rev. de Admon. Pub.», 27 (1958), págs. 76 y sigs.

(18) Damos al término potestad el significado que es propio en la ciencia jurídico-administrativa italiana, tal como fué formulado por S. ROMANO, c. v. *Posteri-Potestá*, en «Frammenti di un dizionario giuridico» (Milán, 1947), págs. 172 y sigs., entendiendo por ella un poder abstracto y generico no derivado de una relación jurídica concreta, que no tiene un objeto específico y determinado y que no encuentra enfrente un obligado. Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Los principios de la nueva ley de Expropiación forzosa* (Madrid, 1956), pág. 44, y *El fundamento...*, op. cit., pág. 80.

tamos guarda silencio en este punto, por lo que tendremos que acudir a los principios informantes de nuestro régimen disciplinario y, concretamente, a las normas que regulan la suspensión preventiva como medida aneja al procedimiento disciplinario, máxime si tenemos en cuenta, como se dice en el preámbulo del Decreto, que éste se inspira en las normas que regulan dicha suspensión en relación a los funcionarios de la Administración local. Por ello, teniendo en cuenta que los Reglamentos orgánicos de los distintos cuerpos de funcionarios, donde está regulada la suspensión preventiva por faltas disciplinarias, atribuye dicha facultad a la autoridad u órgano competente para ordenar la incoación del expediente, bien de oficio o a instancia del juez instructor, y que igual precepto se contiene en el Reglamento de funcionarios de 1918 (art. 65), hemos de llegar a la conclusión de que la suspensión de funciones prevista en el Decreto de 23 de diciembre de 1957 es también facultad de la autoridad competente para incoar—en su caso—el expediente disciplinario al funcionario que ahora se trata de suspender por haberse dictado contra él auto de procesamiento.

B) *Ámbito de aplicación.*—Las normas del Decreto que examinamos son de aplicación a los funcionarios de los Ministerios civiles, así como a los de las Corporaciones locales (art. 1.º), pues tampoco en el Reglamento de funcionarios de la Administración local se regula la situación administrativa de los funcionarios procesados (19). En cuanto a si el Decreto que examinamos es de aplicación a los funcionarios de las Entidades autónomas, hay que llegar a la conclusión de que sí lo es con carácter supletorio, de acuerdo con el apartado 3.º del artículo 82 de la Ley de Entidades estatales autónomas de 26 de diciembre de 1958, y debiéndose recoger en el futuro Estatuto de estos funcionarios anunciado en el apartado 2.º del artículo 82 y en la Disposición transitoria 5.ª de la citada ley.

Quedan expresamente exceptuados de la regulación del presente Decreto los funcionarios del Ministerio de Justicia (art. 5.º), y dada la redacción del artículo 1.º, también los funcionarios militares, que conforme a los artículos 21 y 49 (20) de la Ley de Régimen Jurídico de Administración del Estado de 26 de julio de 1957 han de regularse en dicha cuestión por normas especiales.

Unas observaciones séanos lícito hacer respecto a la exclusión de los

(19) Ya hemos visto como el único precepto que encontramos en la legislación local, respecto de la suspensión administrativa como consecuencia del procesamiento es el artículo 417 de la ley de Régimen local referido exclusivamente a las autoridades locales (vid. nota 16 de este trabajo), a pesar de que el Reglamento de funcionarios de la Administración local de 30 de mayo de 1952, hay que considerarlo, desde el punto de vista técnico-jurídico, mucho más perfecto que la legislación aplicable a los funcionarios estatales, como, en general, sucede con el Derecho local en relación con las normas jurídicas aplicables a la Administración del Estado (Cfr. L. JORDANA DE POZAS *La organización y las Ciencias administrativas en España*, en «Rev. Internacional de Ciencias Administrativas», XXIII-1 (1957), págs. 5-6.

(20) Artículo 21. Los Ministerios del Ejército, Marina y Aire se regirán, en lo que afecta a su organización, mando y jerarquía, por sus disposiciones especiales».

Artículo 49. «La responsabilidad civil, penal y disciplinaria de los militares y funcionarios de la Carrera judicial y fiscal, será exigida conforme a lo establecido en las disposiciones especiales por las que se rigen».

funcionarios del Ministerio de Justicia. Es lógico que las normas del presente Decreto no sean de aplicación a los funcionarios de carrera judicial y fiscal, de acuerdo con el ya citado artículo 49 de la Ley de Régimen Jurídico y por regularse para ellos la cuestión que tratamos en sus normas específicas, cuales son, para la Carrera judicial, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 (art. 227 y sigs.) y el Reglamento Orgánico de 10 de febrero de 1956, y para la Carrera fiscal el Decreto de 21 de febrero de 1958. Pero, sin embargo, no resulta ya tan lógico que la exclusión se refiera en bloque a todos los funcionarios del Ministerio de Justicia, pues no vemos razón alguna para que tal exclusión se refiera a los funcionarios administrativos de ese Ministerio, sujetos a la legislación general de funcionarios.

Por último, en lo que se refiere a este punto, el Decreto establece la expresa derogación de cuantas disposiciones sobre funcionarios, con carácter general o relativas a Cuerpos determinados, se opongan a lo establecido en sus normas.

C) *Motivos de la suspensión de funciones.*—El motivo de la suspensión de los funcionarios públicos, prevista en el presente Decreto, será el auto de procesamiento contra ellos dictado. Ahora bien, nos es necesario determinar, para su diferenciación, si la causa del procesamiento son hechos ajenos al servicio o relacionados con éste, debiendo, a su vez, en este último caso, distinguir si han sido cometidos en forma culposa o dolosa (21). La razón de la diferencia que dejamos indicada se debe a que, según el artículo 1.º del Decreto que comentamos, cuando el procesamiento venga motivado por hechos ajenos al servicio o relacionados con éste, pero cometidos en forma culposa, la suspensión de funciones será discrecional por parte de la Administración, una vez que tenga conocimiento del procesamiento de su funcionario. Por el contrario, cuando el procesamiento sea consecuencia de hechos relacionados con el servicio y cometidos en forma dolosa, la suspensión de funciones habrá de decretarse forzosamente. Mientras en el primer caso la Administración podrá, apreciando libremente las circunstancias que concurren, suspender al funcionario o dejarle continuar en el ejercicio de sus funciones, decisiones las dos perfectamente regulares desde el punto de vista legal que, en definitiva, es en lo que consiste la facultad discrecional de la Administración (22), en el segundo supuesto la Administración viene obligada a actuar suspendiendo al funcionario en el ejercicio del cargo.

D) *Efectos de la suspensión.*—Habremos de distinguir los efectos producidos por la suspensión mientras la misma tiene lugar, de los efectos de ella deducidos una vez terminado el proceso que la determinó.

(21) Indudablemente, la comisión culposa o dolosa sólo lo será en la forma indiciaria con que contempla el hecho el auto de procesamiento. En definitiva, estas dos formas de culpabilidad sólo serán patentes, de manera manifiesta, en la sentencia condenatoria. Vid., sobre dolo y culpa en Derecho penal, J. DEL ROSAL: *Derecho penal español* (Madrid, 1960); págs. 400 y sigs. y 417 y sigs.; y QUINTADO RIPOLLES: *El Derecho penal de la culpa* (Barcelona, 1958).

(22) Cfr. V. MÉRISKOVI: *Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration* (Bruselas, 1958), pág. 28.

a) *Efectos hasta la conclusión del proceso.*—El primer efecto, naturalmente, será que el funcionario cesará, provisionalmente, de prestar efectivos servicios a la Administración, llevando consigo esta suspensión una reducción de la séptima parte de su sueldo (art. 2.º).

El Decreto es sumamente parco en este aspecto de los efectos de la suspensión y concretamente en lo relativo a la retención de parte del sueldo. Hay que determinar con precisión lo que debe entenderse por sueldo; el Decreto no indica si hay que incluir dentro del sueldo todas las cantidades que por diversos conceptos perciben los funcionarios en activo o si solamente debe comprenderse por sueldo las cantidades consignadas en Presupuesto. La cuestión no presenta una fácil y clara interpretación, dado que carecemos en nuestro derecho de un concepto preciso de sueldo (23), y el término viene usado en la legislación con diferentes acepciones. Por ello habrá de ser la jurisprudencia la que establezca las reglas de aplicación, si no es que la Administración dicte, como fuera de desear, las normas precisas que aclaren y completen el Decreto que comentamos. Por nuestra parte, respecto a la cuestión, entendemos que todas aquellas gratificaciones especiales que por trabajos determinados percibe el funcionario, al dejar de prestar efectivo servicio no tendrá derecho a percibir en ninguna cuantía durante la suspensión. La retención de la séptima parte ha de referirse al sueldo base del funcionario y a aquellas gratificaciones fijas y periódicas, percibidas no en razón directa y exclusiva de un servicio efectivamente prestado, tales como complementos familiares, indemnización de residencia, etc.

En este punto es igualmente de citar la obligación que tiene el funcionario suspenso de observar el deber de residencia (art. 2.º), cuya infracción lleva consigo la pérdida de toda retribución

b) *Efectos a la conclusión del proceso.*—A su vez, dentro de este apartado, hemos de distinguir si el proceso termina sin declaración de responsabilidad para el funcionario o con ella.

a') *Sin responsabilidad.*—Evidentemente, el primer efecto de la conclusión del proceso sin responsabilidad del funcionario suspenso será la vuelta al servicio efectivo.

En cuanto a la suspensión preventiva a que estuvo sometido el funcionario, una vez levantada la misma producirá los siguientes efectos:

- 1.º El tiempo de suspensión se computará a todos los efectos (art. 4.º).
- 2.º El funcionario tendrá derecho a percibir las cantidades de su sueldo que le fueron retenidas durante la suspensión (art. 3.º). Este punto presenta graves problemas que es necesario examinar. Ya hemos indicado cómo el funcionario suspenso deja de percibir determinadas retribuciones por no estar en activo y hay que considerar que, según la redacción del

(23) En la ley de Presupuesto el concepto de sueldo viene referido a las cantidades en las mismas consignadas como retribución del funcionario.

A efectos pasivos, el sueldo es sólo el consignado en el Presupuesto general del Estado con cargo al personal. «En ningún caso constituirá parte integrante del sueldo personal que haya de servir de regulador, las dietas, indemnizaciones, asistencias, viáticos, asignaciones por presentación y residencia, premios y gratificaciones y cualquier otros emolumentos de naturaleza análogos, aunque aparezcan englobados en una misma partida de los Presupuestos generales del Estado» (art. 18 del Estatuto de Clases pasivas de 22 de octubre de 1925, y en igual sentido se expresa el artículo 27 del mismo Cuerpo legal).

Decreto, las cantidades a que tiene derecho, una vez terminado el proceso sin responsabilidad y levantada la suspensión, son simplemente las retenidas de su sueldo y no estas especiales, por lo que al funcionario procesado sin suficiente causa, pues la resolución le fué favorable, se le ha causado un evidente perjuicio económico respecto del cual sería muy discutible que el funcionario tuviera el deber de soportarlo, por lo que quizá pudiera exigirsele a la Administración, a través del principio de responsabilidad (24), la correspondiente indemnización.

b') *Con responsabilidad.*—El único efecto de la suspensión preventiva, en tal supuesto, es el cómputo del tiempo de duración de la misma a todos los efectos, siempre y cuando que la responsabilidad penal del funcionario no lleve consigo como pena accesoria la privación del cargo (artículo 4.º).

4. CONCLUSIONES.

Del examen que hemos realizado del Decreto de 23 de diciembre de 1957 podemos deducir las siguientes conclusiones:

1.º El mencionado Decreto vino a llenar una efectiva laguna de nuestro régimen jurídico de funcionarios que era necesario salvar, ya que la Administración debe tener a su alcance el medio jurídico de suspender a los funcionarios que por su conducta fueran procesados, posibilidad que con anterioridad al Decreto no existía en algunos casos (faltas ajenas al servicio) y en otros (faltas relacionados con el servicio) sólo era posible ejercer por parte de la Administración, previa incoación de expediente disciplinario.

2.º A través del examen que hemos realizado se han puesto de manifiesto varias imperfecciones técnicas que sería de interés salvar, entre las que se pueden citar las siguientes:

a) Determinar con exactitud la autoridad administrativa a quien corresponde ejercer la facultad de suspensión preventiva del funcionario concedida por el Decreto.

b) Aplicar el régimen establecido en el Decreto a determinados funcionarios del Ministerio de Justicia y no excluirlos a todos globalmente como hace el Decreto, ya que no existen para ello razones suficientes.

c) Determinar con todo rigor lo que por sueldo debe entenderse a efecto de la retención de la séptima parte del mismo, y en el supuesto que el funcionario suspenso deje de percibir íntegramente ciertas gratificaciones; establecer la fórmula de ser compensado por dicho perjuicio en el caso de terminación sin responsabilidad del proceso. Creemos que éste es el punto más interesante y que el Decreto no debió de regular tan someramente.

d) Utilizar, en vez de comisión dolosa y culposa, una distinción que reduzca y concrete más el problema a la vista de la singular forma en que dolo y culpa funcionan en nuestro Código penal.

(24) Vid. el juego del principio de responsabilidad de la Administración pública en nuestro Derecho positivo en E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Los principios* op. cit., págs. 170 y sigs., y *La responsabilité de l'Administration publique en Espagne*, en «Revue International des Sciences administratives», XXXII-2 (1956), págs. 101 y sigs.

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Valoración psicológica del móvil del infanticidio

(S. 8 de mayo de 1959)

JUAN DEL ROSAL

Catedrático de Derecho penal de la Facultad de
Derecho de Madrid, Abogado de los I. C. de Abo-
gados de Madrid, Barcelona y otros.

SUMARIO: 1.º Relación circunstanciada del hecho.—2.º Sentencia del Tribunal «a quo».—3.º Impugnación por la parte recurrente.—4.º Sucinta contemplación tecnicodigmática de la sentencia dictada por el T. S.— a) Respecto al alcance del móvil de la norma; b) De la naturaleza del móvil.

1.º *Relación circunstanciada del hecho.*

La resultancia de «hechos probados» queda así: «Que la procesada M. del C. N. S., cuando ya había tenido también en estado de soltera un niño nacido en S. R., el veintiuno de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco, de relaciones ilícitas, como estuviese colocada de sirvienta doméstica en el domicilio de esta ciudad, adonde trasladó su residencia, de don J. F. G., volvió a tener acceso carnal varias veces, ésta con el chófer de la casa A. S. F., de cuyas relaciones nació con vida una niña a la que, clandestinamente y sin asistencia de persona alguna en la habitación que le estaba asignada, dió a luz el día 8 de mayo de mil novecientos cincuenta y siete sobre las doce horas; y como le fuese gravosa la criatura en cuanto temía el enojo de sus señores, de quienes recibía muy buenos tratos y con los que quería continuar sus servicios sin tal impedimento, decidió, y así lo hizo, no ligarle el cordón umbilical y apretarle en el cuello, con lo que consiguió la muerte de la niña, a la que envolvió en unos trapos, después de haberla tenido oculta, y al día siguiente la arrojó por el puente llamado del «Cristo», descubriéndose lo ocurrido al ser visto por unos pescadores el cadáver que flotaba en aguas próximas. Sin que se haya evidenciado que aparte el móvil de fría utilidad explicado, tuviera otro encaminado a evitar el desmerecimiento ante sus conocidos y amigos, y que éstos la tuviesen de antemano en buen concepto por desconocer, además, aquel antecedente de su vida, ocurrido en población tan cercana a ésta, no ignorado de su propio amante, y acaecido relativamente reciente» (1).

(1) Ha sido ponente el Excmo. Sr. don Francisco Díaz Plá.

2.º Sentencia del Tribunal «a quo».

La Audiencia provincial estimó que los relatados hechos eran constitutivos del delito de parricidio, previsto y penado en el art. 405 del texto penal vigente, sin concurrencia alguna de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y condenó a la procesada a la pena de veinte años y un día de reclusión mayor, con las accesorias correspondientes.

3.º Impugnación por la parte recurrente.

Contra la meritada sentencia se formalizó en su día, en tiempo y forma, el oportuno recurso de casación, al amparo del número primero del artículo ochocientos cuarenta y nueve de la ley rituarial criminal, por cuanto se estimó que se había infringido por inaplicación indebida el precepto concerniente al infanticidio (art. 410 del C. p. vigente) (2), sin que adujera ningún otro motivo de casación.

Fundaba el recurrente su impugnación en sede a los argumentos siguientes:

a) En que los «hechos» conformaban a las claras una constelación de motivos, incidentes en el comportamiento de la condenada, que confluían en la modelación del infanticidio.

b) Que igualmente tanto la finalidad cuanto el instante de la decisión se hallaban impregnados del específico móvil de *honoris causa*.

c) Que contemplada criminológicamente conducta de la recurrente de igual modo se colegían los motivos influyentes, y de índole específica, que concuerden en especie privilegiada la figura del infanticidio.

d) Que examinados los elementos objetivos y subjetivos del infanticidio se nos descubrieron a las claras en la narración de los hechos. Incluso se daba criminológicamente un *modus* delictivo típico de los traídos a colación por los especialistas del tema.

e) Que, finalmente, concurrían los demás requisitos integrantes de la especie mencionada, por cuanto el claro resultado de la actitud subjetiva de la madre trocaba en infanticida la cualificación del sujeto, que fué conformada de parricida por la Audiencia Provincial.

4.º Sucinta contemplación tecnicodogmática de la sentencia dictada por la Sala 2.ª del T. S.

La decisión ordenada por el más alto Tribunal de Justicia fué la de casar la sentencia del Tribunal «a quo», apreciando, de acuerdo con la tesis del recurrente, la atenuada figura punitiva del art. 410 del C. p. y dándonos unos argumentos por demás aleccionadores en punto al meritado precepto, que si bien existe reiterada jurisprudencia al respecto, sin embargo, se dan pocas declaraciones de la índole de la presente en que el problema de inclinarse por el parricidio o el infanticidio se halla erizado de dificultades sin cuento: y sólo una fina percepción de ingredientes de orden criminológico

(2) El artículo 410 dispone: «La madre que para ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido, será castigada con la pena de prisión menor.

En la misma pena incurrirán los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito.

confieren elementos de juicio para decidirse por el infanticidio. Veámoslos separadamente.

a). *Respecto al alcance del móvil de la honra.*

No cabe duda que por una serie de incidencias, que no son del caso explicar (3) se viene privilegiando los comportamientos delictivos, informados por la *causa de honor*. Así, valgan de cita, los dos artículos 410 y 411 del C. p. (4)—aun cuando conviene también tener presente el art. 488 (5)—. Y tampoco constituye secreto de especialista que en gracia al móvil se remodelan unas figuras privilegiadas, de tan significativa monta, que a efectos de la penalidad el salto constituye una apreciable distancia, ya que de reclusión mayor a pena de muerte (parricidio) se pasa a la pena de prisión menor (infanticidio). Y otro tanto acontece con las otras dos especies privilegiadas de aborto y abandono de recién nacido.

Ahora bien, la estimación del móvil nos exige insoslayablemente la captación de otras circunstancias, contraídas, a veces, a «la forma de ejecución del acto», ora al «instante de la decisión delictiva», o bien «a los medios empleados», entretejidos, como un todo inescindible, en la expresión humana, teñida de delictiva, que nos sitúa en buen trance de remontar nuestra valoración hasta el hondón de la postura psíquica del sujeto actuante, o remontarnos hasta el mundo de las constelaciones desencadenantes del suceso penal.

Y así, por ejemplo, el primero de los «considerandos» nos diseña el estado de la cuestión en justos términos. Dice así: «Que el artículo 410 del Código penal definidor del delito de infanticidio y lo mismo el 414 que con igual sentido jurídico menciona una figura específica del delito de aborto, conceden respectivamente trato punitivo privilegiado en comparación a las prevenciones de los artículos 405 y 413, a la mujer que para ocultar la deshonra mata al hijo recién nacido, y a la que con idéntica finalidad procura abortar, luego si puesta la vista en el caso concreto origen de este recurso se comprueba que la procesada dió muerte a la niña tan pronto ocurrió el alumbramiento sin ayuda ajena ni contacto alguno con el exterior de su dormitorio donde alumbrase, resta sólo decidir la cuestión clave de este recurso, o sea la relativa a la calificación de los hechos según se admite o deja de admitir concurriera el requisito último del propósito perseguido por la delincuente».

Obsérvese, por tanto, cómo se especifica la llamada «situación del hecho», requisito de buena cepa criminológica para desembocar, claro está, en la aprehensión de los móviles impulsores de la conducta, aun cuando no debe

(3) Para un conocimiento de los aspectos del honor y del objeto véanse los estudios de JOSÉ M.^a STAMPA, en esta Revista, tomo VI, págs. 47-49. Idem, tomo VIII, págs. 27-39.

(4) El art. 414 dispone: «Cuando la mujer produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause para ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de arresto mayor».

Igual pena se aplicará a los padres que, con el mismo fin y con el consentimiento de la hija produzcan o cooperen a la realización del aborto de ésta. Si resultare muerte de la embarazada o lesiones graves, se impondrá a los padres la pena de prisión menor».

(5) El art. 488 en su último párrafo dice así: «La mujer que para ocultar su deshonra abandonar al hijo recién nacido, será castigada con arresto mayor».

olvidarse cómo la Sala enfila la valoración tras el «propósito» perseguido, habida cuenta de que el apéndice —cabría decir— de los «hechos probados» agrega una consideración sobre los móviles, que en el decir del Tribunal de hecho van dirigidas a radiar la acción del privilegiado infanticidio (6).

b) *De la naturaleza del móvil.*

Con excelente acuidad la Sala del T. S. pone mano en la delicada cuestión de la índole del móvil, extremo que se pierde por entre el entramado, de difícil discriminación, tan complejo de los resortes impulsores de la conducta humana, en éste caso concreto, de la acción infanticida. Y dicho se está que para ello, la argumentación empleada, está preñada de sentido humano, ya que el móvil para ocultar la deshonra no se halla raído de impurezas egoístas, puesto que principia, podría decirse, por ser constitutivamente egoísta el propio móvil de causa de honor.

Ahora bien, lo que no se premia en el móvil es, sobre todo, el «ocultar» la deshonra, en una palabra, enmascarar del mejor modo posible el deshonor que implica el hecho de tener un fruto de una concepción ilícita.

Y con aguzado tino el «considerando» que vamos a transcribir puntualiza, de un lado, la significación egoísta de la actitud de la madre; pero de otra parte —y he aquí la vértebra de la argumentación— no cabe duda que ha sido guiada —y se han dado los otros requisitos de la entidad penal— por el hecho de «ocultar», como se revela la manera de ejecutar la acción y la subsiguiente actitud (7). Con lo que dicho está que nos hallamos, en el decir de la Sala, ante un supuesto de infanticidio (8).

El razonamiento se hace del modo siguiente: «Que a través de las deficiencias de expresión propias de toda persona analfabeta, el tribunal que enjuició el caso, creyó percibir el sentimiento de la procesada traduciéndole en la sentencia con la frase literal «y como le fuese gravosa la criatura en cuanto temía el enojo de sus señores de quienes recibía muy buen trato, y con los que quería continuar sus servicios sin tal impedimento, etc. etc., lo cual quiere decir que aunque los móviles impulsores del delito no aparezcan limpios de egoísmo, cosa tan frecuente en las acciones humanas, y contribuyera a sostenerlos el deseo de prolongar una situación de bienestar tanto físico como efectivo, es lo cierto también, que al quedar en la localidad distinta el recuerdo de su pasado sin que conste se conociese en la residencia nueva, la mujer deseaba permanecer oculto su tropiezo ahora, para mantener la buena reputación de que entonces gozaba ante la familia a quien servía, de

(6) Para un conocimiento del valor de la "situación del hecho" y del "autor". C.fr. F. EXNER, *Biología criminal en sus rasgos fundamentales*. Traducción española de J. del Rosal. Ed. Bosch, Barcelona, 1946. pág. 415 y siguientes. Idem, *Kriminologie*. Springer (Berlín), 1949, págs. 253 y siguientes. Idem, *Criminología* (trad. italiana). Vallardi, Milano, 1953. pág. 273 y siguientes.

(7) Para la subsiguiente ponderación de la conducta de la infanticida véase F. SEELIG, *Tratado de Criminología*. Trad. esp. de J. M.^a Devesa, Madrid, 1958, pág. 162; ed. alemana, pág. 2.^a ed. pág. 103; ed. francesa, pág. 121; edición portuguesa, pág. 209.

(8) Para el problema de límite objetivo véase J. DEL ROSAL, *Estudios penales*. Madrid, 1948. págs. 181-219.

suerte que resultando difícil incluso para un psicólogo el poder distinguir hasta dónde llegaba la ocultación de la deshonra, y dónde comenzaban otras apetencias menos puras, procede la aplicación del precepto sancionador más benigno en vez del que castiga el parricidio propiamente dicho con penas de gravedad mucho mayor y pese a esa duda que falta de prueba plena o de evidencia indujo a pronunciarse al Tribunal en sentido opuesto».

De suerte que la decisión judicial, acabada de transcribir textualmente, reviste singular importancia psicológica, en vista del móvil del infanticidio, por cuanto tenemos:

a) Que ha sondeado, en virtud de una ascensión por los factores externos—realiza el hecho sola, en su habitación, oculta antes y después de la perpetración del hecho penal, etc., etc.— la intimidad de la estructura de la personalidad, matizando el fondo endotímico, que dice P. Lersch, de la estructura de la personalidad, ya que se trata de una vivencia tendencial (apetitos y tendencias), en que la persona forzosamente se comporta conducida, aun sin quererlo, por un lastre egoísta (9).

b) Tampoco debe olvidarse que como versa el móvil, y afecta a toda la conducta sobre un impulso vital primero, tanto en inicio del curso causal del evento —concepción ilícita— cuanto en el fondo instintivo que le lleva a la realización del hecho penal, nada de extraño tiene que tome formas elementales que tiñan de carácter egoísta los móviles, puesto que no en vano éste se encuentra ligado al plano del instinto de conservación.

c) Tampoco debe dejarse atrás el primitivismo de la interfecta, señalado en uno de los «considerandos» en virtud del cual se entiende y aprehende su conducta delictiva, puesto que el esclarecimiento de una decisión penal en sujetos de esta índole ha de hacerse apelando al «orden del circuito funcional psíquico», integrado su suelo por el llamado «fondo endotímico», en la terminología de Lersch, con lo que unido al grupo de las vivencias emocionales, nos sitúa en la clave de la actuación infanticida de la condenada.

d) Así, el presente fallo esmalta de apreciación psicológica la característica del móvil en el infanticidio, siendo esta valoración la herramienta con la que se decide por uno u otro delito, con lo que una vez más salta a la vista cómo la norma penal se halla repleta de contenido de la más diversa índole por afectar de cerca a la problemática del ser humano, sin el cual la valoración jurídicopenal, mal que pese, no dará en la medida exigida por el ético principio de la justicia.

(9) U. P. LERSCH, *La estructura de la personalidad*. Ed. Scientia. Barcelona, 1958, tomo I. págs. 101 y siguientes.

Jurisprudencia penal correspondiente al segundo cuatrimestre de 1958

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO
Fiscal de la Audiencia de Salamanca.

C O D I G O P E N A L

1. Art. 8.º, núm. 1.º *Enajenación mental*.—La eximente incompleta requiere una limitación de las facultades intelectivas, que sin llegar a una inhibición, disminuya el conocimiento del alcance y trascendencia de los actos (S. 20 de mayo).

2. Art. 8.º, núm. 4.º *Legítima defensa*.—Se aprecia en delito de lesiones, pues el procesado había sido previamente atacado de palabra por el lesionado, con grave ofensa de su honor conyugal (S. 1 de mayo).

No puede apreciarse si hubo riña mutuamente aceptada (S. 4 de junio).

3. Art. 8.º, núm. 7.º *Estado de necesidad*.—La situación desfavorable que implica la suspensión de pagos, no puede ser comparada al estado de necesidad (S. 3 de julio).

4. Art. 8.º, núm. 8.º *Caso fortuito*.—No cabe la circunstancia, porque acreditado que el acto fué imprudente, no puede hablarse de actos lícitos realizados con la debida diligencia (S. 24 de mayo y 5 de julio).

5. Art. 9.º, núm. 4.º *Preterintencionalidad*.—El delito preterintencionado es aquel en que el resultado supera la voluntad del agente; por lo que no se estima si el procesado condenado por homicidio, golpeó a su adversario con un ladrillo (S. 19 de junio). Pero si, en el golpe dado con una vara de un centímetro de diámetro y no repetido, que origina la pérdida de la visión de un ojo (S. 13 de mayo). Y ha de deducirse de los antecedentes del hecho criminoso, de la forma de su ejecución y de la proporcionalidad entre el medio empleado y el resultado producido (S. 24 de mayo).

6. Art. 9.º, núm. 8.º *Arrebato*.—Es incompatible el arrebato con la premeditación (S. 14 de junio).

7. Art. 9.º, núm. 9.º *Arrepentimiento*.—No es circunstancia apta para operar en delitos culposos (S. 18 de junio).

8. Art. 10.º, núm. 1.º *Alevosía*.—Para determinar si concurrieron los requisitos de la alevosía, es preciso examinar si se dieron en el momento de la agresión inicial (S. 14 de junio).

9. Art. 10.º, núm. 2.º *Precio*.—Es indispensable que la entrega o la promesa del precio preceda al delito, y que sea la causa determinante de su ejecución (S. 13 de junio).

10. Art. 10.º, núm. 6.º *Premeditación*.—Existe la agravante, pues se cometió el delito después de fría, reflexiva y madura meditación, surgiendo el propósito delictuoso el día 7 de enero por la mañana, y cometiéndose el asesinato a las diez de la mañana del siguiente día 8. Y no se da la hipótesis de la premeditación condicionada, porque no consta si el elemento incierto causante de la definitiva determinación es un hecho justo, toda vez que no se sabe si efectivamente el interfecto estaba obligado o no a pagar a su agresor la importante cantidad que éste le reclamaba (S. 14 de junio).

11. Art. 10.º, núm. 8.º *Abuso de superioridad*.—Esta agravante significa la intención de prevalecerse del número o de la fuerza de los agresores para ejecutar el hecho punible (S. 16 de mayo).

12. Art. 10.º, núm. 13. *Nocturnidad*.—No es necesario que el Tribunal diga que se buscó de propósito la noche, si tal circunstancia resalta del relato (S. 12 de mayo).

No es preciso que se determine la hora (S. 16 de mayo).

13. Art. 10.º, núm. 14. *Reiteración*.—La sentencia tiene que consignar la clase de delito anterior y su fecha, la fecha de la primitiva sentencia y la cuantía de la pena (S. 24 de junio).

Frente a la pena de prisión menor, la pena conjunta de prisión menor y multa entraña sin duda más gravedad (S. 10 de junio).

Las condenas anteriores estimadas como determinantes de la multirreincidencia, no pueden utilizarse para sustentar la agravante de reiteración (S. 30 de junio).

14. Art. 10, núm. 15. *Reincidencia*.—La pluralidad de condenas anteriores motiva la pluralidad de reincidencias, aunque todas fueren impuestas en una sola sentencia (S. 30 de junio).

15. Art. 10, núm. 16. *Ofensa al sexo; realización en la morada del ofendido*.—El fundamento de la agravante es mantener el respeto a la mujer por su debilidad física y por lo que simboliza en la esfera social y en el hogar familiar; y no se aprecia, pues acometió a la mujer al ser sorprendido, en su deseo de buscar la impunidad (S. 30 de junio).

Por morada se entiende también la estancia reservada a una persona, aunque sea accidentalmente, para su residencia, descanso y satisfacción de las condiciones de la vida doméstica, cual la habitación de un hotel (S. 14 de junio).

16. Art. 14. *Autoría*.—A todos alcanza el concepto de autores, por la acción conjunta, haya o no concierto previo (S. 10 de junio).

Hubo un vínculo de solidaridad delictiva por el acuerdo previo, que hace aplicable en el número 1.º del artículo 14 del Código penal (S. 1 de julio).

17. Art. 22... *Responsabilidad civil*.—Como el procesado era Guarda Jurado en la finca de B. G., tal condición de dependiente asalariado de un patrono, hace a éste responsable civil subsidiario conforme al artículo 22 del Código penal, que es de naturaleza imperativa y no potestativa (S. 26 de mayo).

Se estima la responsabilidad civil subsidiaria de la propietaria del vehículo, aunque entre ésta y el conductor no mediara, por su cualidad de cónyuges, relaciones económicas de tipo laboral (S. 27 de mayo).

En cuanto de la responsabilidad civil no puede ser materia de casación (S. 29 de mayo).

18. Art. 23... *Ley*.—El hecho de que ulteriormente haya sido declarado libre el tráfico de lanas, no invalida la ilicitud penal de la conducta anterior; sin que ello infrinja el precepto de retroactividad de las leyes penales del artículo 23 del Código penal, entre otras razones porque las disposiciones en materia de abastecimientos y transportes no tienen el carácter de leyes penales a estos efectos (S. 5 de mayo).

19. Art. 113... *Prescripción*.—La prescripción quedó interrumpida, no el día en que la Audiencia acordó la remisión de la causa al Juzgado, sino el día en que el Juez dictó providencia acordando reclamar la causa de la Audiencia, por tener sospechas de haber sido identificado el procesado (S. 2 de mayo).

La falsedad perpetrada en el documento privado, no se agotó en el acto material de las alteraciones escriturarias, sino que siguió operante en su utilización al presentarse en juicio, continuando la perpetuación del tráfico jurídico hasta el momento de su denuncia, fecha de la cual debe datar el cómputo del plazo extintivo de infracciones de naturaleza instantánea, pero de efectos permanentes (S. 28 de mayo).

20. Art. 205... *Religión Católica*.—El delito del artículo 211 requiere un lugar religioso donde se desarrolle la actividad delictiva, la concurrencia de personas cuyos sentimientos religiosos puedan ser ofendidos, y ánimo de herir esos sentimientos, pero la sacristía no es sitio destinado al culto (S. 26 de junio).

21. Art. 237. *Desobediencia*.—Lo cometen los ocupantes de un automóvil que no atienden la orden de alto que sucesiva y escalonadamente les dan tres agentes de la Policía de Tráfico (S. 2 de mayo).

Y el que penetra en la finca para preparar la sementera, después de haber sido requerido por la comisión del Juzgado para que se abstuviese de perturbar la posesión otorgada a otro; sin que se pueda tener en cuenta el hecho de que por tratarse de un procedimiento sumario del art. 41 de

la Ley Hipotecaria, la resolución recaída no produce excepción de cosa juzgada (S. 7 de junio).

No existe desobediencia porque el procesado después de dejar los muebles en virtud de requerimiento judicial a disposición de la actora, no evacuase el local, pero cualquier divergencia ocurrida tocaba resolverla al Juez, que no consta interviniese de nuevo a instancia de parte (S. 16 de mayo).

22. Art. 249. *Desórdenes públicos*.—Como no resulta que los compradores supiesen que los efectos adquiridos pertenecían a la RENFE, falta la imprescindible base para estimar que el hecho integra el delito del segundo párrafo del art. 249 del Código penal (S. 31 de mayo).

23. Art. 302... *Falsedad*.—Cometieron falsedad en documento oficial los funcionarios de la Delegación Provincial de Abastecimientos y Transportes, pues tramitaron unas fingidas instancias para conseguir vales de gasolina que después vendieron; y esas instancias tienen la condición de documentos oficiales, desde el momento en que fueron presentadas en una oficina pública y sirvieron de base a un expediente administrativo (S. 28 de mayo).

Es autor material de la falsedad, cualquiera que sea la firma que lleve el documento; pues no se trata del mero amanuense o mecanógrafo, sino del gestor de la tramitación de documentos para emigrar, que los confecciona para obtener la finalidad propuesta y lo hace alterando la verdad de su contenido (S. 20 de junio).

Los falsificadores de documentos no incurrían cuando usan los ya falseados, en las responsabilidades menos graves de los arts. 304, 307 y 310, que la Ley reserva para castigo de quienes así procedieren sin intervenir en las falsificaciones respectivas (S. 12 de mayo).

El art. 318 del Código penal establece una facultad discrecional del Tribunal de instancia, no susceptible de casación (S. 29 de mayo y 6 de junio).

24. Art. 325. *Acusación falsa*. La determinación del alcance de los párrafos 4.º y 5.º del art. 325 del Código penal constituye una cuestión de carácter sustantivo penal, y no la de un hecho referido a la forma del juicio (S. 4 de julio).

25. Art. 341... *Salud Pública*.—El ámbito de aplicación del art. 341 se extiende no sólo a los que elaboran sustancias nocivas sino a los que las despachan o venden de manera esporádica o accidental, y a los que comercian con ellas habitualmente. Y está bien aplicado el art. 344, porque el producto «Grifa» es una sustancia tóxica (S. 26 de mayo).

26. Art. 351... *Prevaricación*.—No resulta el delito de prevaricación previsto en el art. 359 del Código penal, pues no consta en el Resultando correspondiente que hecho delictivo ha dejado de perseguir como Juez, y así es visto que no se derivan de la premisa del hecho los elementos básicos de la culpabilidad (S. 16 de mayo).

27. Art. 364... *Infidelidad en la custodia de documentos*.—Los retrasos y anomalías de la tramitación procesal, cual el no entregar oportunamente

un escrito de calificación provisional, no llegan a engendrar el delito del artículo 364 del Código penal (S. 23 de mayo).

28. Art. 394... *Malversación*.—Comete delito de malversación, definido en el art. 394 del Código penal, el Jefe de Almacén del Servicio Nacional del Trigo encargado de la custodia y entrega a los destinatarios del sulfato amónico, que sustrae parte de ese abono para venderlo a otras personas y apoderarse del precio (S. 7 de mayo).

Existe hurto y no malversación, pues los procesados se apoderaron del exceso de peso de los jamones intervenidos, o sea de una cantidad de esos jamones que aún no habían entrado en el erario público (S. 6 de junio).

29. Art. 405. *Parricidio*.—Existe en la muerte de la mujer por el marido, aun cuando estuviesen legalmente separados por sentencia de divorcio del Tribunal Eclesiástico (S. 30 de junio).

30. Art. 406. *Asesinato*.—No es cómplice de asesinato, sino de simple homicidio, pues la agravante de premeditación es de índole subjetiva y sólo agrava la responsabilidad de los culpables en quienes concurra (S. 14 de junio).

31. Art. 407. *Homicidio*.—El delito frustrado es un delito completo en su ejecución, pero fallido en su resultado; y ante un delito consumado de homicidio al que han contribuido varios, el procesado D... que lanzó la piedra que lesionó en el pecho a la víctima con ánimo de rematarla, no es autor de un delito de homicidio en grado de frustración, sino cómplice, pues cooperó con un acto simultáneo a la perpetración del delito, aunque no de tal trascendencia que sin él no se hubiera cometido (S. 19 de junio).

32. Art. 411... *Aborto*.—En la autoría del núm. 3.º del art. 14, el sujeto realiza una verdadera ejecución, aunque indirecta; y en la complicidad su intervención es no esencial; por lo que es cómplice quien se limita a decir la persona que podía practicar el aborto (S. 5 de julio). Pero es autor, si no se trata de persona extraña que aconseja, sino del novio que conduce a su novia donde han de practicarla el aborto (S. 16 de mayo); y el novio que concierta el aborto y paga lo que se le exige (S. 25 de mayo); y quien de acuerdo con la mujer realiza las gestiones precisas y paga el precio (S. 4 de julio).

Cuantos interesan el precio por realizar el aborto incurren en la agravante, pero no así los que entregan el precio que se les ha exigido (S. 25 de mayo y 4 de julio).

La figura delictiva del art. 416 del Código penal es una actuación abstracta, de mera divulgación de medios abortivos; pero no puede amparar a quien conector de un propósito doloso de aborto coopera a su realización (S. 6 de junio).

33. Art. 418... *Lesiones*.—Si la extirpación del aparato genital de la mujer a consecuencia de las lesiones no cabe se equipare a la impotencia del núm. 1.º del art. 420 del Código penal, si debe incluirse dentro del núm. 2.º de ese precepto (S. 4 de julio).

34. Art. 429. *Violación*.—Consumado el delito de violación con un primer acto carnal, es indiferente para su calificación lo que acaeciera posteriormente (S. 17 de junio).

35. Art. 430. *Abusos deshonestos*.—Hubo concurso de delitos de abusos deshonestos y lesiones, pues la víctima en su resistencia no tuvo más remedio que arrojar el coche en marcha (S. 4 de julio).

36. Art. 431... *Escándalo público*.—Participa en el delito de escándalo público quien consiente en ser fotografiado desnudo con una mujer, con las caras tapadas y en diversas posiciones, conocedor de que la fotografía iba a dedicarse a la venta de postales obscenas (S. 6 de mayo).

37. Art. 434... *Estupro*.—La honestidad de la mujer se presume; y la promesa de matrimonio es medio engañoso (S. 1 de mayo). Cuando esas promesas son expresas y manifiestas, no necesitan ir precedidas de relaciones formales amorosas de tipo honesto (S. 21 de junio).

38. Art. 438... *Corrupción de menores*.—Excepcionalmente cabe llevar los hechos a la esfera de la imprudencia temeraria, porque si bien no está patente el ánimo de favorecer la permanencia en el tráfico carnal de una menor de 23 años, debió la procesada extremar su celo en comprobar si realmente su nueva pupila había cumplido esa edad (S. 16 de mayo). Pero si bien es cierto que la fecha de nacimiento se acredita con la certificación del Registro civil, también lo es que pudo estimarse suficiente la cartilla exhibida de autorización para el ejercicio de la prostitución, y esta conducta no implica verdadera imprudencia grave o temeraria (S. 11 de junio).

39. Art. 457... *Injurias*.—El delito de injurias es esencialmente subjetivo y circunstancial (S. 9 de junio). Por lo que no se aprecia en las comunicaciones cruzadas entre Autoridades u Organismos oficiales, aun cuando en asuntos de personal expongan conceptos o hechos contrarios a la buena forma de las personas sobre las que informan (S. 3 de julio).

El ánimo de injuriar se presume (S. 1 de julio).

Son injurias graves las expresiones embustero, tramposo, sinvergüenza, canalla, indigno de vestir sotana (S. 2 de mayo).

40. Art. 487. *Abandono de familia*.—El delito de abandono de familia es un delito permanente y, por ello, la prescripción empieza desde que cesa el alejamiento del hogar conyugal (S. 16 de mayo).

41. Art. 500... *Robo*.—Siendo el robo con homicidio un delito complejo, no es posible separar la responsabilidad penal de los que se reparten las distintas fases de ejecución (S. 2 de mayo).

Cuando dos o más personas se conciertan para apoderarse del dinero de otra y para ello secuestran a una persona de la familia de la víctima exigiendo una cantidad por el rescate, intentan no a la libertad, sino a los bienes patrimoniales ajenos (S. 17 de junio).

No hubo delito de robo continuado, porque la violencia que interviene cada vez, exige resolución criminal propia (S. 5 de julio).

La entrada en recinto cerrado, cualesquiera que sean los materiales que lo circunden, penetrando por lugar distinto de la puerta o sitio destinado al efecto, constituye escalamiento (S. 30 de junio).

Existe delito de robo, pues se violentó el cierre metálico de la puerta, o sea el medio defensivo puesto por el perjudicado para la protección de sus intereses (S. 16 de mayo).

El concepto de casa habitada no requiere la presencia actual de las personas que la habitan (S. 18 de junio).

Las circunstancias agravantes privilegiadas del robo con homicidio, casa habitada y multirreincidencia, pueden ser compensadas con atenuantes genéricas, cual la embriaguez no habitual (S. 30 de junio).

42. Art. 515... *Hurto*.—Aun en el supuesto de no existencia de lucro propio, el concierto para el lucro ajeno es suficiente para la perfección de los delitos contra la propiedad (S. 14 de mayo).

43. Art. 528... *Estafa*.—Existe un solo delito de estafa, pues el hecho se inicia al comenzar la Agencia las operaciones con un preconcebido propósito de lucro ilícito, y deja de perpetrarse al ser descubierta la maquinación engañosa, que no se dirigía contra un determinado perjudicado, sino contra la generosidad de los que atraídos por la propaganda acudieron confiados a entregar las cantidades que se les exigía (S. 2 de julio).

La figura de estafa del núm. 1.º del art. 529 del Código penal no requiere la obtención de la material suma de dinero o cosa, sino que basta la de un lucro con el correlativo perjuicio del sujeto pasivo (S. 8 de mayo). Y existe: al presentarse en una sastrería y adquirir prendas de ropas diciendo eran para un comercio conocido, no siendo cierto, y retirarlas juntamente con la letra de cambio que le fué entregada para la firma (S. 3 de mayo). Y al obtener una entrega a cuenta mediante el falso compromiso de fabricar un mueble (S. 16 de mayo). Y al acudir a un ardid para obtener la entrega de un dinero a préstamo (S. 18 de junio). Y por la apariencia de bienes al recibir el precio anticipado, pues en la práctica mercantil el dar al pagador una factura de géneros mediante abono del importe que figura en la misma, significa la posesión de la cosa vendida (S. 23 de junio).

Diciéndose en la sentencia que el procesado fué condenado anteriormente por siete faltas de estafa, todas las infracciones posteriores de este tipo adquieren el rango de delito, conforme al núm. 4.º del art. 528 del Código penal (S. 30 de junio).

La estafa del art. 531 requiere: una ficción del dominio que se enajena y que mediante ella se produzca un perjuicio en el patrimonio ajeno en cuantía cierta y conocida (S. 10 de junio).

44. Art. 535. *Apropiación indebida*.—Existe el delito, pues se trataba de un contrato con reserva de dominio, y se dispuso de la cosa antes del abono completo (S. 24 de junio).

45. Art. 539... *Maquinaciones para alterar el precio de las cosas*.—La exigencia por los procesados de una determinada cantidad a quien les requiere para que le alquilase un piso, entra de lleno en las prevenciones de

la ley de 27 de abril de 1946 en relación con el art. 540 del Código penal (S. 12 de junio).

46. Art. 542... *Usura*.—La usura prevista en el art. 542 del Código penal, se deduce de la repetición de actos, no en forma de profesionalismo ni de reincidencia derivada de condena anterior (S. 11 de junio).

47. Art. 546 bis. *Receptación*.—Se estima el recurso del condenado como receptor de un delito de hurto de 280 pesetas, en donde el autor era penado conforme al núm. 4.º del art. 515 del Código penal, y aunque el receptor hubiese sido condenado anteriormente por delitos de robo y hurto, pues la cualificativa específica del art. 515, núm. 4.º, no se refleja en el art. 546 bis a); sin perjuicio de que exista el encubrimiento de una falta, que por economía procesal procede penar (S. 12 de mayo).

La limitación de pena establecida para el receptor por el párrafo 2.º del art. 546 bis a) del Código penal, se concreta a la de privación de libertad (S. 20 de mayo).

48. Art. 547... *Incendio*.—Si el incendiario no procura extinguir el incendio, cabe trastocar en dolosa la naturaleza inicialmente culposa del delito (S. 18 de junio).

49. Art. 565. *Imprudencia*.—Existe imprudencia temeraria: Pese a los movimientos extraños de la interiecta, pues debió el condenado si era preciso, moderar o detener la marcha de la motocicleta (S. 6 de mayo). Al dejar parado el camión durante la noche, carente del adecuado alumbramiento (S. 16 de mayo). Si se causan desperfectos en la puerta de entrada, por no calcular el volumen de la carga (S. 26 de mayo). Por la velocidad exagerada (S. 1 de julio). Por dar marcha atrás, sin la precaución de evitar posibles riesgos (S. 7 y 9 de mayo y 24 de junio).

Hubo imprudencia simple con infracción de reglamentos: Conforme al art. 30 del Código de la Circulación si se entró en colisión con el camión a quien se adelantaba, por virar bruscamente hacia la derecha (S. 6 de mayo). En relación con el art. 17 del Código de la circulación, si pasó con el camión que conducía por la izquierda de otro camión, sin tener en cuenta lo estrecho de la calle (S. 11 de junio). Conforme al art. 17 del Código de la circulación, al no moderar la marcha ni detenerla, ante las dudas o vacilaciones que se observan (S. 2 de mayo y 28 de junio). Y en relación con el art. 31 del Código de la circulación, si se ciñó tanto al ciclista que al tomar una curva le tiró al suelo (S. 5 de julio).

No hubo negligencia profesional, pues el no haber atado la escalera colocada debajo de la caja del camión, no se refiere a un acto de los que habitualmente practican los conductores (S. 5 de mayo).

El derecho de preferencia de paso no es un derecho absoluto, sino condicionado por múltiples circunstancias (S. 11 de junio y 1 de julio).

En el orden penal no cabe la compensación de culpas (S. 29 de mayo y 30 de junio). Y más, cuando quién causó el daño estaba más obligado a guardar las normas del Código de la circulación, por conducir una máquina de mayor peligro que la del accidentado (S. 30 de junio).

La privación del carnet de conductor no puede aplicarse sin solicitud de la acusación pública o privada (S. 17 de mayo).

La pena inmediata inferior, siendo la del delito doloso pena conjunta de prisión menor y multa, está representada por la doble penalidad de arresto mayor y multa (S. 16 de mayo).

Para realizar el aumento en uno o dos grados que señala el último párrafo del art. 565, es obligado un previo razonamiento, y sólo corresponde cuando los daños causados fueren de extrema gravedad, algo que exceda de las consecuencias normales dentro de la anormalidad del suceso; lo que no se aprecia en el resultado de muerte por atropello del hombre que conducía la caballería (S. 28 de junio).

El caso fortuito no es apreciable en la imprudencia (S. 5 de julio).

LEYES PENALES ESPECIALES

50. *Automóviles*.—El carácter formal del art. 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, que castiga al que conduce sin autorización legal, sólo puede variarse mediante la estimación de una causa lícita que destruya la presunción de dolo (S. 30 de junio). Y así, la sentencia condenatoria infringió el art. 1.º del Código penal, pues afirma que el recurrente creía que el sitio por donde conducía su coche estaba habilitado para realizar prácticas de aprendizaje (S. 3 de julio).

Se cometió el delito por falta de habilitación legal para conducir, aunque ya se hubiese examinado con resultado favorable (SS. 3 y 8 de mayo).

Sólo hubo delito de imprudencia, pero no infracción del art. 2.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, pues el conducir a excesiva velocidad fué lo que determinó el atropello (S. 9 de junio).

El no llevar los permisos el día de la circulación, pero exhibirlos después, podrá determinar tan sólo una infracción de tipo administrativo (Sentencia 30 de junio).

51. *Caza*.—Basta que la finca esté parcialmente cercada y protegida con tablillas indicadoras de ser propiedad privada; pues esto es una manera ostensible de su cierre (S. 18 de junio).

52. *Propiedad industrial*.—Se confirma la sentencia condenatoria por delito de usurpación de patente de invención, del párrafo 1.º del art. 134 y párrafo 1.º del art. 135 de la ley de 16 de mayo de 1902 de la Propiedad industrial, en relación con el art. 535 del Código penal, ya que no puede estimarse el parecer de los condenados acerca de la improcedencia del acto registral, pues si la ley concede medios para impugnarle cuando fuere defectuoso, nunca faculta a los particulares para obrar contra él, dándole, desde luego, por nulo o inexistente (S. 30 de junio).

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

53. *Competencia*.—Cuando dos Jurisdicciones coinciden sobre competencia inhibiéndose la una y aceptando la otra, esta aceptación causa es-

tado, y no es posible volver a plantear la competencia, salvo nuevos hechos o disposiciones legales (A. 2 de julio).

El lugar de la comisión de las infracciones que implican traslado indebido en ferrocarriles no es el lugar del principio, sino el sitio alcanzado con la utilización indebida del medio de transporte (A. 27 de junio y 5 de julio).

Son competentes los Juzgados de Barcelona, pues allí se inició la falsedad ideológica que sirvió de base a la estafa y se consumó ésta al procederse a la hipoteca; sin que en nada afecte la materialidad de la situación de la finca en Reus (A. 2 de julio).

54. *Recusación.*—No existe el motivo de recusación del núm. 9.º del artículo 54 de la Ley procesal, que considera el interés en la causa, por el simple fundamento de que el desacato se vertió en escrito dirigido a la Sala constituida por los Magistrados recusados (S. 11 de junio).

55. *Infracción de Ley.*—Es improcedente el recurso contra la resolución desestimatoria de la excepción de cosa juzgada (A. 9 de mayo). Y contra los autos de sobreseimiento libre del núm. 2.º del art. 637 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, sólo cabe cuando alguien se hallare procesado (A. 9 de mayo).

El auto dictado por la Audiencia confirmatorio del auto del Juez que no admite una querrela, no tiene carácter de definitivo (A. 21 de mayo).

El error material no es base útil del recurso de casación (S. 5 de julio).

Si bien pueden ser objeto de estimación los elementos de hecho contenidos en cualquier lugar de la sentencia, ello ha de entenderse tan sólo cuando tales elementos dispersos hagan referencia a los que forman la base constitutiva del juicio, que no son otros que los que el Tribunal acogió como probados en sus Resultandos y con tal definición (S. 13 de junio).

56. *Quebrantamiento de forma.*—No es admisible el recurso, si se interpone por causa distinta de la que se alegó al prepararlo (A. 27 de mayo).

Los conceptos jurídicos cuya inclusión en el Resultando de hechos probados da lugar al quebrantamiento de forma, son aquellos que entran en el ámbito de la técnica penal, con los que el legislador da nombre y especifica el delito o sus circunstancias (S. 2 de mayo). Pero si bien determinadas palabras no debieron consignarse en el Resultando de hechos probados, no hubo quebrantamiento de forma, porque esas palabras eran innecesarias, hasta el punto de que, eliminadas imaginativamente, quedó perfectamente relatado el suceso (S. 16 de junio). El empleo de la expresión «utilizando una llave falsa» en el primer Resultando, integra concepto jurídico que predetermina el fallo (S. 7 de mayo).

La ley procesal no se cumple con una declaración negativa de los hechos objeto de la acusación, sino que precisa una afirmación o manifestación positiva, obtenida de las pruebas apreciadas en conciencia (S. 5 de mayo).

El Tribunal sentenciador no puede vincularse a la calificación jurídica de las partes, siempre que no pene delito distinto ni con mayor gravedad del que fué objeto del debate (S. 21 de junio). Pero si el procesado se conformó con la calificación y aceptó la pena pedida por las acusaciones, el Tribunal

queda vinculado a dictar sentencia de conformidad con la calificación aceptada; sin que se oponga a ello el hecho de que el juicio oral continúe sobre el extremo relativo a la responsabilidad civil; y no es posible entonces que las acusaciones puedan modificar la calificación sobre el hecho enjuiciado y su pena (S. 5 de julio).

Las erratas de la resolución impugnada no motivan la casación (S. 20 de mayo).

INDICE ALFABETICO

- | | |
|---|-------------------------------|
| Abandono de familia, 40. | Injurias, 39. |
| Aborto, 32. | Legítima defensa, 2. |
| Abuso de superioridad, 11. | Lesiones, 33. |
| Abusos deshonestos, 35. | Ley, 18, |
| Acusación falsa, 24. | Locura, 1. |
| Alevosía, 8. | Malversación, 28. |
| Apropiación indebida, 44. | Maquinaciones, 45. |
| Arrebató, 6. | Menores, 38. |
| Arrepentimiento, 7. | Morada, 15. |
| Asesinato, 30. | Necesidad, 3. |
| Automóviles, 50. | Nocturnidad, 12. |
| Autoría, 16. | Parricidio, 29. |
| Casación, 55, 56. | Precio, 9. |
| Caso fortuito, 4. | Premeditación, 6, 10, 30. |
| Caza, 51. | Prescripción, 19, 40. |
| Competencia, 53. | Preterintencionalidad, 5. |
| Corrupción de menores, 38. | Prevaricación, 26. |
| Desobediencia, 21. | Propiedad industrial, 52. |
| Desórdenes públicos, 22. | Quebrantamiento de forma, 56. |
| Enajenación mental, 1. | Receptación, 47. |
| Escándalo público, 36. | Recusación, 54. |
| Estafa, 43. | Reincidencias, 14. |
| Estupro, 37. | Reiteración, 13. |
| Falsedad, 19, 23. | Religión Católica, 20. |
| Homicidio, 31. | Responsabilidad civil, 17. |
| Hurto, 42. | Retroactividad, 18. |
| Imprudencia, 49. | Robo, 41. |
| Incendio, 48. | Salud pública, 25. |
| Infidelidad en la custodia de documentos, 27. | Sexo, 15. |
| Infracción de ley, 55. | Usura, 46. |
| | Violación, 34. |

REVISTA DE LIBROS

BATTAGLINI, Giulio: «La Querrela». Unione Tipografica-Editrice Torinese, Torino, 1958; 503 páginas.

Comienza el trabajo del profesor Battaglini con un «Prefacio» en el que advierte que este volumen no es una nueva edición *revisada* y *corregida* de su conocido *Derecho de querrela*, aparecido en el año 1915 y reeditado en 1939.

El nuevo trabajo consta de cinco capítulos, en los que se estudia el fundamento político-legislativo de la querrela, el derecho de querrela, la titularidad de este derecho, su ejercicio y extinción.

En el primero, que se divide en dos secciones, resalta la importancia teórica y práctica de un profundo estudio del instituto de la querrela, examina detenidamente la materia en el Derecho comparado, señala la distinción entre los modernos «delitos de querrela» y los antiguos «delitos privados» y sienta puntos fundamentales sobre las que fija su construcción.

En el capítulo segundo estudia la esencia de la querrela, su naturaleza jurídica y las consecuencias prácticas que se deducen de la construcción jurídica del instituto, llegando a la conclusión de que se trata de un derecho subjetivo público del individuo que alcanza la categoría de los derechos cívicos.

El tercero está dedicado al estudio de la titularidad del derecho de querrela y en él comienza señalando el principio general de estrecha conexión entre la subjetividad del derecho de querrela y la cualidad de sujeto pasivo para seguidamente pasar a estudiar, entre otros, los casos particulares de la persona jurídica del extranjero, del quebrado, de la pluralidad de ofendidos y del no ofendido. Merece ser destacada, en este capítulo, la parte dedicada al examen de los supuestos de *Aberatio ictus*, ejercicio arbitrario del propio derecho, allanamiento de morada, violación de correspondencia y apropiación indebida.

La querrela, en su aspecto formal, forma, contenido y términos, constituye el contenido del capítulo cuarto.

En el quinto y último capítulo de este documentado trabajo se trata de la extinción del derecho de querrela, dedicando una especial atención al estudio del perdón.

Comparando el nuevo trabajo del profesor Battaglini con el anteriormente publicado bajo el título de *Derecho de querrela*, puede observarse que sigue la misma sistemática al dividir ambos trabajos en los mismos cinco capítulos, observándose las más profundas innovaciones en el primero y tercero. En lo que al primero hace referencia, profundiza la investigación y contesta a las objeciones que por algunos especialistas en la materia se hicieran a su posición anteriormente expuesta en el citado trabajo, haciéndolo con tal brillantez y solidez de argumentos que afirma su posición de manera que pudiéramos calificar de definitiva. En lo re-

ferente al tercer capítulo, en el que estudia la parte dogmático-jurídica de la querrela, destaca el estudio comparativo y diferencial entre los institutos de la querrela, el perdón y la revocación de la querrela, del que deduce, con una lógica admirable y salvando los grandes obstáculos que se le presentan, la naturaleza jurídico-procesal del instituto objeto de su estudio.

Para terminar solamente diremos que el autor logra plenamente su propósito de conseguir, tanto desde el aspecto teórico como del práctico, un nuevo estudio sobre el interesante instituto jurídico-procesal de la querrela, sobre el que todo elogio resulta inútil dado el gran prestigio internacional de su autor.

E. CUELLO CALÓN

CAMARGO HERNANDEZ, César: «El principio de la legalidad de los delitos y de las penas». Publicado en la «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid». Vol. III, núm. 5. Madrid, 1959; páginas 63-90.

Señala el profesor Camargo que, con contadísimas excepciones, rige en Derecho penal el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, del que se dependen las importantes consecuencias siguientes: a) Exclusividad de la Ley como fuente del Derecho penal. b) Irretroactividad de la Ley penal (con excepción de la más favorable al reo). c) Prohibición de la analogía.

Después de examinar los antecedentes históricos y doctrinales del principio en cuestión y el problema relativo a su naturaleza jurídica y política, hace un detallado examen del Derecho comparado en los Códigos que aceptan dicho principio de legalidad, que son los más, y en los que no lo acogen: Derecho anglo-americano, Rusia y países que se han inspirado en su Código penal (Bulgaria, Hungría, Polonia, Rumanía) y el sistema ecléctico del Código yugoslavo. Seguidamente realiza el estudio de la legislación española en los diferentes Códigos penales hasta el Código penal vigente, Ley de Vagos y Maleantes y doctrina jurisprudencial.

Examina finalmente el valor actual del principio legalista, que considera como uno de los más sólidos pilares en los que se basa el Derecho penal contemporáneo y que, por tanto, debe ser firmemente mantenido, sin excepción alguna, en las legislaciones de todos los países cultos. Posición adoptada en los Acuerdos de los Congresos Internacionales en que ha sido discutida esta cuestión y en la Declaración de los Derechos del Hombre, aprobada por la O. N. U. en 10 de diciembre de 1948, que declara que «nadie será condenado por acciones u omisiones que en el momento de su comisión no constituyan un hecho delictivo, conforme al derecho nacional o al internacional, y no se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento en que el acto delictivo haya sido cometido».

DIEGO MOSQUETE

CONSTANT, Jean: «Les systèmes de répression en matière d'infractions économiques. (Extracto de los anales de la Facultad de Derecho de Lieja, 1959; páginas 285 a 314.)

No es el Derecho penal económico, como se afirma, una creación de nuestra época; para demostrar esta afirmación el autor hace un recuento histórico de las disposiciones en esta materia.

Para definirlo consigna que se ha considerado como tal el conjunto de Leyes represivas que reglamentan bajo varios aspectos la producción, la distribución y el consumo de los bienes de utilización de los servicios, definición que incluye implícitamente la Legislación industrial o Código penal del trabajo, la Legislación relativa a la seguridad social, el Derecho penal financiero, disposiciones concernientes a los cambios, el Derecho fiscal, etc., contenido que aún se amplía en la Legislación soviética. Frente a esta concepción se opone otra más estricta que lo limita a las disposiciones que regulan la circulación de divisas, la fijación de precios y el racionamiento de artículos de primera necesidad y de materias primas. Lo certero parece encontrarse entre las dos posiciones extremas; el Derecho penal económico no es más que la proyección en el ámbito represivo de la política intervencionista del Estado.

Para la formulación legislativa del Derecho penal económico existen tres sistemas: el de su integración en el Código penal establecido por Rusia, en cuyo Código constituye el capítulo V especial y seguido por los Códigos checoslovaco, rumano, búlgaro y yugoslavo; el de una legislación autónoma formada por una Ley base que se revisa según las necesidades de la política económica y se completa con disposiciones reglamentarias, delegándose a veces su desarrollo a organismos inferiores del Estado o a ciertos organismos de Derecho público; siguen este sistema, Francia, Alemania federal, Holanda y Bélgica, siendo el propio de los países que no quieren una intervención estatal permanente, y un tercer sistema mixto en el que coexisten preceptos de Código penal con la vigencia de leyes especiales, que es el sistema seguido en Italia.

En la determinación del procedimiento y de la jurisdicción competente para su investigación y sanción fluctúan las legislaciones, y aunque en general las infracciones son investigadas conforme a las normas del Derecho común, en Francia se atribuye también a las asociaciones de antiguos combatientes y de prisioneros de guerra, y es el Ministerio Fiscal el encargado de la acusación, encomendándose la sanción a órganos administrativos, como se hizo primeramente en Francia, donde se creó después Cámaras correccionales económicas formadas por un magistrado de carrera, que las preside, y dos asesores elegidos entre los consumidores, pareciéndole al autor mejor sistema el de Alemania Occidental, en el que se distinguen delitos y contravenciones económicas, castigándose éstas con una multa que no supone antecedentes penales.

Las sanciones señaladas para estas infracciones se caracterizan por su severidad, su variedad y por haber olvidado el principio de personalidad de la pena al aplicarse a los jefes de empresa y aun a las personas morales.

La severidad tiende, ante todo, a impedir la reincidencia, cerrando los establecimientos, confiscando los productos y prohibiendo toda actividad profesional.

Las variadas sanciones pueden agruparse en penas propiamente dichas: muerte, prisión, multa y confiscación; penas complementarias o medidas de seguridad: prohibición de ejercer una profesión o ciertas actividades económicas y cierre temporal o definitivo del establecimiento explotado por el sancionado; sanciones intimidantes, publicación de las sanciones, ingreso en el Tesoro de los beneficios ilícitos obtenidos por infracción y caución de buena conducta: se han escogitado, además, sanciones administrativas, disciplinarias y civiles de muy diversa naturaleza.

Por último, son derogaciones de los principios del Derecho penal común, además de la tendencia a derogar el principio de la personalidad de las penas, las instauración de responsabilidades por los hechos de otro, la facultad de transigir, evitándose la petición de una pena de privación de libertad con el pago de una fuerte multa y la tendencia a incluir el error de derecho entre las causas de justificación.

DOMINGO TERUEL CARRALERO.

GARCIA BASALO: «La política penitenciaria del Estado de San Pablo» (Brasil). Buenos Aires, 1959; 66 páginas.

El presente trabajo, que originariamente se publicó en la «Revista Penal y Penitenciaria (tomo XXI, 1958, 97-156), debido a la pluma del inspector general de Institutos penales y profesor de Penología y Régimen penitenciario de la Escuela penitenciaria de su país, comienza el examen del sistema penal y penitenciario de Brasil, con la afirmación de que «los Estados Unidos de Brasil estaríamos tentados de llamarlos, por su grandeza y por su porvenir, Estados Unidos de América del Sur». Su organización política federal, en la parte que repercute sobre ciertos aspectos de la prevención del delito y del tratamiento de los delincuentes, presenta notables diferencias con la que rige en otros países que también adoptaron el sistema federal. A continuación, el profesor García Basalo, al estudiar el «Sistema penitenciario del Estado de San Pablo», lo distribuye en los siguientes epígrafes: 1. Breves referencias sociológicas. 2. Evolución de la política penitenciaria del Estado. 3. Estructura actual del sistema penitenciario paulista: A) Establecimientos para procesados. B) Instituciones para sancionados con penas y medidas de seguridad detentivas: a) El Departamento de Presidios. b) Penitenciaría de Carandirú. c) Institutos penales agrícolas. d) Instituto de Reeducción de Tremembé. e) Casa de Custodia y Tratamiento. f) Presidio de mujeres. g) Manicomio judicial. h) Un fracaso: Instituto Correccional de la isla Anchieta.

Finalmente, el autor de este trabajo estima que el problema fundamental del sistema penitenciario del Estado de San Pablo, cuya solución correcta condiciona casi decisivamente el buen éxito de sus finalidades sociales, es el de la superpoblación de procesados y condenados.

D. M.

GERMAIN, Charles: «Éléments de science pénitentiaire». París, Cujas, 1959.

Las nuevas concepciones científicas en materia penitenciaria junto con las reformas aparecidas en la legislación francesa a raíz de la creación en 1950 del Centro Nacional de Orientación de Fresnes, de la promulgación de las leyes de 3 de julio de 1954 modificando la relegación, de 18 de marzo de 1955 acerca de la «interdiction de séjour» (destierro) y, sobre todo, del nuevo Código de procedimiento penal de 31 de diciembre de 1957, hacían necesario un texto que recogiera los progresos de la ciencia y de la legislación penal y penitenciaria.

Con el propósito de remediar esta laguna bibliográfica, la Biblioteca de Ciencias Criminales y Penitenciarias, dirigida por los eminentes profesores R. Vouin y J. Léauté, ha encomendado a Charles Germain, secretario general de la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria desde su creación, la tarea de redactar sobre la base de las lecciones explicadas por él en el Instituto de Ciencias Criminales y Penitenciarias de Estrasburgo, la obra que presentamos.

El autor, nombrado director general de Prisiones en 1948, ha tenido ocasión de regir los destinos de la Administración penitenciaria en un momento decisivo. La gran reforma emprendida en 1945 exigía considerables transformaciones en el sistema de las prisiones. Era preciso conciliar la audacia en la concepción con una ejecución realista. Bajo estos auspicios surgirán durante su mandato el Centro Nacional de Orientación de Fresnes, el Centro de Formación Profesional de Ecrouves, el «Establecimiento abierto» de Casabianda, etc., etc., piezas esenciales de la nueva organización. Partidario del movimiento de la Nueva Defensa Social, ha sido uno de los promotores de la «probation» en Francia, interviniendo, seis años antes de la adopción de esta institución por el nuevo Código de procedimiento penal, en el proyecto de ley presentado a la Asamblea Nacional en 1952.

En sus «Elementos de ciencia penitenciaria» concibe a esta rama de las Ciencias Penales como aquella que tiene por objeto el estudio y el tratamiento de los delincuentes, esforzándose en comprobar la existencia de una relación de causa a efecto entre la aplicación de un determinado régimen de ejecución de la sanción y su técnica de tratamiento con el comportamiento ulterior del delincuente.

La obra, de base naturalística, es una exposición general de la materia penitenciaria.

El autor no ha querido entrar en los detalles de la reglamentación administrativa. Del mismo modo deja de ocuparse de la delincuencia juvenil (no obstante el estudio dedicado a los jóvenes adultos delincuentes) a causa de la considerable amplitud del tema, de las penas políticas que no ofrecen ningún interés desde el punto de vista del tratamiento, ni de la detención preventiva y de las penas pecuniarias, a pesar de que estas últimas retengan en la actualidad la atención de los penólogos.

En el estudio acerca del tratamiento de los delincuentes, dedica un lugar relevante al tratamiento penitenciario *stricto sensu*, es decir, el aplicado en una prisión en el curso de ejecución de la pena privativa de li-

bertad. Después de precisar los fines de esta pena, muestra la tendencia existente en el sentido de una unificación de las sanciones penales que lleven consigo la privación de la libertad. Describe los diversos regímenes de internamiento y la organización administrativa de los servicios penitenciarios de Francia, expone el sistema de clasificación de los delinquentes en función de su personalidad y el poder atribuido a los jueces en la ejecución de las penas y medidas privativas y restrictivas de libertad que en íntima colaboración con la Administración tratan de lograr la rehabilitación moral y social de los condenados.

Completan la obra los temas dedicados a la libertad condicional, asistencia a los liberados, la novísima institución de la «probation», el destierro, la relegación y el relativo a las medidas de seguridad y de defensa social aplicadas a los anormales mentales, toxicómanos y alcoholizados.

ALBERTO LAGUÍA ARRAZOLA

GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José: «Principios de Derecho procesal mexicano». Editorial Porrúa, S. A. México, 1959; 417 páginas.

El éxito alcanzado por la obra del ilustre catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, profesor Juan José González Bustamante, puede juzgarse por haber alcanzado en poco tiempo su tercera edición.

El autor, preocupado con el propósito de que el lector encuentre en las páginas de su obra los antecedentes de las instituciones procesales de su país y de hacer más accesible el conocimiento de las actuales disciplinas, prefiere mantener la estructura de las anteriores ediciones. No obstante, adiciona algunos capítulos, incluyendo en ellos cuestiones que han dado origen a apasionados debates, como las relativas al valor procesal penal de las «drogas de la verdad», en auge en algunas entidades federativas de Norteamérica, la referente al estudio de la tramitación del *juicio de amparo*, por considerarlo como una de las instituciones jurídicas que enorgullecen a su país, etc.

Señala que en el tiempo transcurrido entre una y otra edición han aparecido importantes estudios monográficos en la materia, como la obra del catedrático de Derecho penal de la Universidad de Chile, doctor Rafael Fontecilla Riquelme, rigurosamente ceñida a las teorías de la dogmática penal; la obra de Derecho procesal penal ecuatoriano del doctor Andrés F. Córdoba, catedrático de la Universidad Central del Ecuador y de la Universidad de Cuenca, y los eruditos estudios de los profesores italianos Vicenzo Manzini y Francesco Carnelutti en los que se ha inspirado, dada la riqueza de ideas que contienen.

La nueva edición de la obra consta de 33 capítulos, en los que se estudian las siguiente materias: noción del Derecho procesal penal; historia del proceso penal; desarrollo histórico del proceso penal mexicano; fuentes; interpretación y límites de aplicación de las leyes procesales; la acusación; el Ministerio público; el Ministerio público en Méjico; la defen-

sa; la jurisdicción; las formas limitativas de la libertad personal; la configuración técnica del procedimiento penal; el proceso; la declaración preparatoria; el cuerpo del delito; el auto de prisión; la instrucción; el juicio; la sentencia; los exhortos; los recursos; los incidentes; los incidentes de libertad; la ejecución de las sentencias; la prueba en general; la confesión; la prueba documental; la pericial; la inspección; el testimonio; la prueba circunstancial; los procedimientos especiales para incapacitados y toxicómanos, y el juicio de amparo en materia penal al que, como ya hemos dicho, dedica una especial atención por considerarlo como una de las instituciones jurídico-procesales que enorgullecen a su país.

Resumiendo: el pensamiento del autor, podemos decir, que para él, siguiendo a Edmundo Mezger, el Derecho procesal penal tienen por objeto hacer prácticas y realizables las pretensiones penales del Estado, facilitando el manejo de los textos legales en aquello que armonice con la doctrina de los tratadistas o señalando sus deficiencias para que las tenga en cuenta el legislador al proponer la reforma de las leyes vigentes.

Modestamente afirma el autor de este Tratado de Derecho procesal, que su obra se destina a los estudiantes, y no pretende otra cosa que servir de orientación a quienes intentan abordar el estudio de las instituciones procesales; pero dada la profundidad con que trata los distintos institutos jurídico-procesales en materia penal, entendemos que ha conseguido sobrepasar su propósito, ya que puede ser considerada como una verdadera obra de consulta para los ya versados en la materia.

E. C. C.

GUALLART Y LOPEZ DE GOICOECHEA, José: «¿La guerra: Pecado colectivo?» Las responsabilidades colectivas en casos de guerra: Ante el Derecho natural y el Derecho internacional.

El número de *Pax Christi*, Boletín del Movimiento Católico Internacional por la Paz, correspondiente a los meses de julio-agosto del presente año, está dedicado íntegramente a la publicación de este trabajo, que constituyó la ponencia del catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza a la XIII Sesión de las Conversaciones Católicas Internacionales, celebradas en San Sebastián en los días 6 al 12 de septiembre.

Se ha dado, y se sigue dando, nos dice el autor, en las estructuras internacionales, el que hemos dado en llamar «pecado colectivo» con su agregación de «estado pecaminoso», que es causa y consecuencia de aquél. En la esfera internacional, los prejuicios y la confusión de ideas han sido mayores, y en el orden penal humano se ha carecido, respecto a estas posibles infracciones, de un órgano discriminador y sancionador, lográndose así fácil el impunitismo. En diferentes epígrafes divide el profesor Guallart su estudio, tales como la guerra en la antigüedad: *Ius belli infinitum*; la guerra bajo el signo del cristianismo; el irenismo; el concepto moral de guerra justa; el Derecho natural y la guerra; el fenómeno casi permanente de la guerra; causas de permanencia bélica; peca-

do colectivo; el Derecho positivo internacional y la guerra; los crímenes de guerra; los crímenes contra la paz; declaraciones condenatorias de la guerra de agresión; la propaganda y clima de guerra de agresión, crimen también; fracasos aleccionadores y tareas reemprendidas; pecados, crímenes y responsabilidad; el pecado de signo internacional; el delito de orden internacional; el gran problema: la responsabilidad penal colectiva; las posibles sanciones; horizontes al apostolado.

Interesante es el estudio de la responsabilidad penal colectiva o de grupo, que aceptan unos tratadistas y rechazan otros, problema muy antiguo, señalando Guallart antecedentes remotos de la primera postura que fulmina las responsabilidades solidarias y colectivas, en el Código de Hammurabi, en el Derecho israelita, en el Derecho griego primitivo, y muy ampliamente entre los germanos y después en casi todo el medievo. En cambio, la negación de responsabilidades colectivas es de origen romano. El Derecho canónico, si bien doctrinalmente recoge el principio de que la pena debe ser individual, en el orden práctico fulmina con frecuencia entredichos y excomuniones colectivas. Gierke y Saleilles, civilistas, y Listz y Prins, más tarde, estos últimos penalistas, admitieron la capacidad jurídica asociativa y la colectiva en general. Después, Mestre desarrolló el sistema en su estudio «Las personas morales y el problema de su responsabilidad penal» en 1899. La cuestión fué objeto de estudio en reuniones científicas en los últimos lustros, encontrando en ellas acogida propicia a las responsabilidades del grupo.

Estima, el profesor Guallart que puede y debe hablarse de un Derecho penal internacional o, mejor, interestatal. La organización de las naciones integrantes de la Humanidad han de dar primacía a los valores morales, y en el terreno de las realizaciones habrá de trascender a los planes legislativo y jurisdiccional. Tan sólo así se darán viables las esperanzas puestas en el renacer de una nueva Europa para que pueda ser hoy, como fué en el Medievo—cuando el Papado era llamado a dirimir las luchas entre los pueblos—, especial valedora del legado cultural cristiano.

Finaliza el interesante trabajo con las siguientes palabras: «Servidores conscientes de la Moral y del Derecho, ¡cooperemos en salvar a la Humanidad de nuevos e irreparables pecados y crímenes, individuales y colectivos, contra las virtudes fundamentales de la Paz y de la Caridad!»

D. M.

LOVATO V., Juan Isaac: «La prisión por deudas». Editorial Universitaria. Quito, Ecuador, 1955; 52 páginas.

Después de unas generalidades en las que se plantea el problema de si la persona humana puede servir como medio de extinguir las obligaciones civiles o, lo que es lo mismo, si puede privarse al hombre de su libertad cuando no cumple dichas obligaciones, se examinan en el Código de Napoleón (1803) los preceptos que tratan «del apremio corporal en materia civil», y la Ley francesa sobre apremio personal de 1867.

Asimismo es estudiada la cuestión en el Código civil ecuatoriano (1860), Código de Enjuiciamiento civil (1869), Ley de Enjuiciamiento civil (1869), Código de Enjuiciamiento civil en materia civil (1878) y Constitución Política de la República (1906). Criticó los anteriores preceptos el doctor Cueva en conferencia de gran trascendencia, pronunciada en 23 de abril de 1915, que dió lugar a una reforma del Código de Enjuiciamiento civil, establecida por Ley de 20 de octubre de 1918, que restringió la prisión por deudas provenientes de depósito á sólo el depósito judicial; la suprimió para el pago de las deudas provenientes de obra o de servicio personal; suprimió, asimismo, el apremio personal para el cumplimiento de una sentencia ejecutoriada, y abolió el apremio personal para el cobro de multas, cualquiera que fuese la autoridad que las hubiese impuesto.

Seguidamente se hace el estudio del problema en la Legislación ecuatorial actual, para llegar a la conclusión de que la persona humana no puede ni debe servir de medio para extinguir las obligaciones civiles, ni puede privarse al hombre de su libertad cuando no cumple dichas obligaciones, porque así lo exigen la naturaleza del hombre y la dignidad humana.

D. M.

LUDER ITALO, A.: «El sistema jurídico de la ejecución penal». Colección Cuadernos de Criminología. Núm. 6, Buenos Aires. Año 1959; 81 páginas.

El director del Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas de Buenos Aires es el autor de la presente monografía, que contiene el siguiente sumario: Capítulo I. *El derecho que regula la ejecución de la pena*: 1. Concepto, contenido y denominación. 2. Naturaleza y caracteres. 3. El problema de su autonomía. 4. La codificación. Capítulo II. *La relación jurídica de ejecución penal*: 1. El título ejecutivo. 2. Sujetos de la relación ejecutiva. 3. Modificaciones. 4. Duración y extinción. Capítulo III. *Funcionamiento de la ejecución*: 1. Referencia a la Ley Penitenciaria Nacional y al Código de Ejecución Penal de la provincia de Buenos Aires. 2. Objeto y finalidad. 3. Medios. 4. Organos. Finalmente, y como apéndice, se inserta el Código de Ejecución Penal de la provincia de Buenos Aires.

Comienza el presente estudio afirmando que la función penal a cargo del Estado se cumple a través de tres momentos: el legislativo, el jurisdiccional y el administrativo. El primer momento consiste en la sanción de la Ley penal, con la formulación de los delitos y la determinación de las penas. Los otros dos momentos representan el funcionamiento en concreto del proceso de individualización de la pena, y para completar la noción del Derecho ejecutivo penal debe agregarse que, en cuanto a su contenido, abarca las normas que regulan la ejecución de las penas, de las medidas de seguridad y la orientación postpenitenciaria de los liberados y encarcelados. La parte más importante de este complejo normativo lo constituyen las reglas que regulan la ejecución de las penas privativas de la libertad, y por ello se le denomina también penitenciario.

Estima el autor de este trabajo que el derecho ejecutivo penal, en lo fundamental, es una rama del derecho administrativo. Ya Soler lo define como «parte del Derecho administrativo en el cual se estudian las formas de ejecución». Sin embargo, es evidente la necesidad de que esta disciplina jurídica sea objeto de estudios especializados, por lo que su autonomía didáctica ha sido reconocida en muchos países.

No obstante, los autores están divididos en cuanto a la conveniencia de llegar a la codificación del Derecho ejecutivo penal. El autor del trabajo que anotamos considera que esta codificación ofrecería grandes ventajas y que dicha disciplina tiene un grado de desarrollo legislativo y de madurez doctrinaria que permite su sistematización en un solo cuerpo legal a más de que ofrecería, entre otras, las ventajas siguientes: 1. Facilita el conocimiento y la aplicación de la legislación ejecutiva. 2. Hace efectivo el principio de la legalidad de la ejecución penal frente al discrecionalismo de la Administración encargada de su cumplimiento. 3. Delimita con precisión los términos de la relación jurídica entre el Estado y el penalmente sancionado. 4. Evita el abuso de los órganos de la Administración en la esfera del derecho no disminuida por la sentencia; y 5. Reduce al mínimo la autonomía normativa interna de la Administración, consistente en las instrucciones, reglamentos, circulares, etc.

El estudio de la estructura institucional de la ejecución de la pena en el ordenamiento jurídico de la República argentina se hace sobre la base de lo dispuesto en el Código de ejecución penal de la provincia de Buenos Aires, sancionado en 1950, y en la Ley Penitenciaria Nacional, sancionada en 1958, ambas legislaciones inspiradas en principios comunes y con una organización similar de los medios instrumentales. En el artículo 3.º del citado Código y en el 1.º de la Ley se establece que la ejecución de las penas privativas de libertad tiene por finalidad la readaptación del condenado, lo que no significa la proclamación de la tesis correctiva como única finalidad de la pena, sino que la privación de libertad debe ser un instrumento de resocialización del penado, un medio para que llegue a ser un elemento apto para la convivencia social, y por ello, en opinión del autor de este trabajo, el régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las necesidades peculiares de cada caso, los medios de prevención y de tratamiento que contemple la personalidad del penado en forma integral y especialmente: 1. Eliminación en la constitución psicofísica de todos los factores de reconocida gravitación criminógena. 2. Acción correctiva en la esfera de los sentimientos, procurando desarrollar lo altruistas y refrenar los egoístas. 3. Desarrollo de sus facultades intelectuales y de su conciencia moral, fomentando el sentido de la propia dignidad, de la autorresponsabilidad y de la consideración debida a los demás. 4. Formación de su conciencia social, inculcando el respeto al orden y a las normas de convivencia, creando hábitos de trabajo y capacitándolo técnicamente con el aprendizaje de un oficio. 5. Orientación postpenitenciaria destinada a salvar las dificultades que crea el reintegro de la vida libre, propendiendo que el ex internado se adapte a su nueva situación; colocarlo en las mejores condiciones morales y materiales mediante la obtención de tra-

bajo honesto y atender a su ubicación social y a la reconstrucción del núcleo familiar.

Finalmente se estudian los diferentes medios para la ejecución penal, estimando indispensables la clasificación del penado en los siguientes grupos: a) Fácilmente adaptables. b) Adaptables. c) Difícilmente adaptables. Esta clasificación, a su vez, sirve de base para la aplicación de los diversos medios sancionatorios que impone el régimen penitenciario, por lo que se ha de completar con las siguientes indicaciones: a) Determinar el establecimiento o Sección de establecimiento a que deba ser destinado. b) Señalar el tratamiento concreto a que debe ser sometido en lo que respecta a régimen de trabajo, instrucción y disciplina. c) Fijar la duración mínima del período de tratamiento básico.

Por lo que se refiere a la Administración penitenciaria, que es el órgano encargado de la ejecución de las penas privativas de la libertad, se hace la oportuna referencia a la Dirección Nacional de Institutos Penales, que depende del Ministerio de Educación y Justicia, y la Dirección de Establecimientos Penales, dependiente del Ministerio del Gobierno.

D. M.

MAURACH, Reinhart: «Deutsches strafrecht», Besonderer Teil, 3.^a edición, C. F. Müller, Karlsruhe, 1959; 734 páginas.

A los tres años de aparecer la segunda edición de la Parte especial, y al año de la asimismo segunda edición de la Parte general, ha publicado Maurach la tercera edición de la Parte especial de su Tratado.

Dentro de la misma estructura de la edición anterior continúa causando admiración la magistral exposición y dominio de la materia, particularmente manifestado en el profundo análisis que el autor lleva a cabo de la jurisprudencia alemana. Este estudio detenido de las resoluciones de los Tribunales alemanes tiene también como contrapartida la amplia atención que la obra de Maurach merece en la práctica. Todo ello explica, a su vez, la fructífera relación existente en Alemania entre teoría y práctica.

Son varias las modificaciones introducidas en la presente edición.

En primer lugar se ha incorporado a la obra, como parágrafo 64 a, un capítulo destinado a los hechos punibles llevados a cabo contra la defensa nacional. Como consecuencia de la restauración militar alemana sobre la base de los convenios de la NATO se promulgaron, con sistemática distinta, por Ley de 11 junio de 1957, las disposiciones penales destinadas a la protección de la defensa nacional. El parágrafo 64 a trata de los delitos contra la defensa nacional cometidos por sujetos no militares.

En segundo lugar se han ampliado los párrafos referentes al homicidio doloso, a la estafa, a los delitos contra la honestidad, a la infracción del deber de ayuda al prójimo, a los hechos punibles contra la vida en común, a los de declaración falsa y perjurio y a los delitos de funcionarios públicos.

Por último han sido objeto de nueva elaboración los capítulos relativos

a la sistemática general de los delitos de lesiones, delitos contra el honor, allanamiento de morada, hurto, encubrimiento real, delitos contra los deberes de familia, alimentos y educación, delito de embriaguez, simulación de delito y fuga tras accidente de tránsito.

En esta tercera edición alcanza su mayor desarrollo la Parte especial del mejor Tratado alemán.

JUAN CÓRDOBA RODA.

MONCADA VIDAL, Miguel Angel: «El módulo penal». Prólogo del Dr. José Rafael Mendoza. Tesis presentada por el Abogado Miguel Angel Moncada Vidal, para optar al título de Doctor en Derecho, en la Universidad Santa María (Caracas) (Venezuela), 1959; 86 páginas.

Sintetiza certeramente el presente trabajo su ilustre prologuista doctor José Rafael Mendoza, señalando que el autor del mismo «reconoce la eficacia de la pena, cuya institución no está fracasada. Su asendereado fracaso se debe al contenido empírico que se le ha dado y a su modo de aplicarla. Su tesis aspira a ejecutarla, pero en forma de *pena vital* con el módulo de *tiempo-viviente* en lugar del *tiempo-abstracto* esgrimido por el empirismo penal para que se administre teniendo al hombre por perspectiva, esto es, en función de rescate integral del ser humano y cumpliendo con esto un deber social, porque la sociedad es corresponsable de la situación del hombre que delinque».

Desarrolla el doctorando su trabajo agregando a la trilogía clásica de delito, delincuente y pena, que estudia en distintos capítulos, otros dos más sobre la «pena vital» y «órganos de esta pena».

En un resumen general se fijan las conclusiones de la tesis, que el autor señala de la forma siguiente: 1. Que el delito, conforme a tratadistas y leyes, resulta fórmula cambiante como escudo social que es, fórmula más preocupada del interés colectivo que del valor humano individual. 2. Como secuela de aquella conceptiva, el delincuente ha sido entendida cual agente perturbador del que había de desembarazarse total o temporalmente por la cómoda paz social. 3. Del concepto sobre el delito y el delincuente, la pena al uso agotó el registro de las crueldades sin lograr reprimir ni reducir el delito. 4. La pena como institución no está fracasada.

No deja de ser interesante el presente trabajo, al que se otorgó diploma de honor por las autoridades universitarias venezolanas que lo juzgaron.

D. M.

ROUSSELET, Marcel: «Historie de la magistrature française des origines à nos jours». París, Plon, 1957; 2 vols.

La obra objeto de la presente recensión es producto de treinta y cinco años de estudio y vida profesional.

El autor desde que ingresa en la Magistratura comienza a preocupar-

se por la historia del cuerpo del que forma parte. Empieza su labor investigadora con un estudio acerca de la Magistratura durante la Monarquía de julio (1). Mas su interés investigador rebasa estos límites y prosigue sus científicas pesquisas en los archivos de historia contemporánea en los que ha descubierto numerosos documentos históricos. Sus conocimientos en esta materia se han visto incrementado por el contacto personal y la amistad de numerosos magistrados, hecho que ha permitido a M. Rousselet recoger sus confidencias, esperanzas y recuerdos.

La nota dominante que surge a lo largo de un documentadísimo trabajo, inexistente hasta ahora en Francia (2), y que sorprende al mismo autor es la misma unidad de la Magistratura francesa.

A primera vista ésta parece tan diversa. Basta comparar la originaria Magistratura creada por Felipe el Hermoso con los Parlamentos con la Magistratura de nuestros días. Nada parece más distinto si comparamos a un consejero de la «Grand Chambre» del Parlamento de París del siglo xvi, propietario del cargo que ha adquirido comprándolo gracias a su cuantiosa fortuna, gran personaje de la realeza, y al actual consejero de la Audiencia de París que cobra únicamente los emolumentos y el sueldo que el Estado le proporciona, y que para muchos no es más que un simple funcionario integrado en el engranaje jerárquico.

Empero, tal impresión es el resultado de un visión un tanto apresurada y superficial.

La unidad no puede encontrarse tampoco en el hecho externo de la semejanza de la etiqueta y el ceremonial que conserva con gran fidelidad el sello de las ceremonias judiciales de la antigua Francia. La unidad de la Magistratura hay que buscarla—apunta Rousselet—en el hábito que han contraído los jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones que les ha forjado una peculiar mentalidad: el hábito de buscar lo justo. Así se comprende con facilidad el sorprendente parecido entre la serena actitud del Presidente Mole frente a los amotinados y el valeroso comportamiento del Presidente Bonjean caído bajo las balas de la Comuna.

La explicación de semejante identidad se debe al tradicionalismo judicial que hace perdurar en nuestros días términos e instituciones del antiguo Derecho francés. Para M. Rousselet es erróneo creer que las instituciones judiciales francesas provienen solamente de las reformas consulares del año VIII o del Primer Imperio, y añade que entre la Magistratura actual y la de la antigua Francia no ha habido nunca solución de continuidad. Los hombres, o al menos las familias que componían las antiguas familias de magistrados, han perdurado. El primer magistrado que tuvo el título de presidente de la Audiencia de París, Daguessau, era a la vez nieto del célebre canciller del antiguo régimen y cuñado del último primer presidente del Parlamento de París, muerto en el cadalso.

A través de la ingenie obra de M. Rousselet comprobamos cuántas

(1) Vid. ROUSSELET (M.): *La Magistrature sous la Monarchie de juillet*. París, Sirey, 1937.

(2) La *Histoire de la Magistrature* de VENCE aparecida en 1862 no era más de una monografía. Sobre los Parlamentos, pueden consultarse las obras de CABASSE, DE LA CUISINE, y sobre todo de BASTARD D'ESTANG.

grandes tradiciones de honor, de dignidad y de probidad se han perpetuado en una época en que los magistrados ya no ocupan ni material ni socialmente la posición que les corresponde. Precisamente en unos tiempos—señala Rousselet—en que destacan por su competencia y vocación, en unos tiempos en los que el valor de todas las cosas parece estimarse exclusivamente en dinero, el valor atribuido a la vara de la justicia es el mínimo indispensable.

He aquí una historia completa de este digno, competente y abnegado cuerpo que es el de jueces y magistrados de Francia.

A. L. A.

SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio: «El consentimiento en las lesiones». (Publicaciones del Estudio General de Navarra. Pamplona, 1959; página 164.)

Si hubiéramos de concretar la impresión que, entre otras, nos produjo la lectura de la presente obra lo haríamos poniendo de relieve: 1) La seriedad con que ha sido elaborada. 2) El valor y utilidad de la cuestión objeto de estudio.

El tema central es, nada menos, que el del valor del consentimiento en nuestro Código penal y en los delitos contra la integridad. Dicho problema encierra las mayores dificultades si se tiene en cuenta, de un lado, la escasa literatura española al respecto, y, de otro, la problematicidad que de suyo aparece, acrecentada a la vista de la singular redacción del texto penal español.

Dos argumentos, por demás conocidos, se dieron propugnando por el valor justificante del consentimiento en los delitos de lesiones. Uno, el del profesor Rodríguez Muñoz; otro, el del magistrado de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, doctor Quintano Ripollés. Ambos son expuestos y revisados por el autor, tras unas páginas introductorias, en el capítulo primero, llevando a cabo una serie de consideraciones que facilitarán más adelante su tesis.

A continuación realiza un completo estudio del tema en nuestro «derecho histórico». Arranca en su exposición de los Códigos de 1822, 1848 y 1850, deteniéndose en el de 1870, y de modo especial en sus artículos 436 y 437 y en la Ley de Reclutamiento y Reemplazo del Ejército, de 2 de febrero de 1856, claro precedente de ambos. Posteriormente examina el mismo problema en los textos legales que sucedieron al del 70.

Con los instrumentos que el anterior estudio histórico le suministra, y en base a ellos precisamente, revisa de nuevo los razonamientos que en su día formularon Rodríguez Muñoz y Quintano, llegando a una serie de conclusiones (pág. 111)—que en razón a la brevedad omitimos—que se coronan con la de que «consideramos—dice el autor—más correcta, por más acomodada al espíritu de la legislación penal española vigente, la conclusión de la ineficacia de consentimiento, como tal, en los delitos que atentan contra la integridad corporal» (pág. 112), si bien a continuación puntualiza algunas consideraciones en orden a tal afirmación.

Ahora bien; una vez sentada la anterior conclusión, y rechazando por

su parte el valor sistemático interpretativo del artículo 426, dirige el autor su atención a otros lugares del Código en los que se regulan supuestos de lesiones consentidas, si bien de índole distinta.

Se extiende especialmente en aquellos casos de «lesiones con motivo de prácticas abortivas» (art.411), llevando a cabo un cuidadoso estudio desde la perspectiva que le depara la temática del consentimiento. Gran interés encierran en referencia con la tesis mantenida por el doctor Suárez Montes la reflexiones que extrae de la antigua cuestión del «consentimiento y las lesiones causadas en duelo» (pág. 141 y ss.), así como las que se desprenden de la perseguibilidad *ex officio* del delito de lesiones. (Cfr. Cuello Calón.)

En resumen, puede decirse que se trata de una obra elaborada con todo rigor y que constituye una aportación notable a la literatura penal española sobre el tema. De otra parte, adquiere, por la especialidad del problema, una importancia mayor y será digna de meditación por aquellos que pretendan estudiar los problemas que encierra el consentimiento en la ciencia penal española.

M. C.

VECCHIO, Giorgio del: «El problema de la justicia penal». Separata de la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico. Año 1957-1958, número 14; páginas 47-64.

El problema del fundamento de la justicia penal, que el autor condensa con el subtítulo de «Cárcel o resarcimiento del daño», es siempre actual, porque aún está vivo el contraste entre las doctrinas que han intentado resolverlo de varios modos, y quizá ninguna con resultado satisfactorio.

La distinción entre el daño civil y el daño penal, nos dice el autor del trabajo que comentamos, es fácil de trazarse si sencillamente se mira a las leyes positivas, según las cuales ciertas especies de ilicitud solamente implican la obligación de resarcir, mientras que otras especies exigen, además, la imposición de una pena. Es evidente, sin embargo que con esto no se toca en lo más mínimo el problema de la justificación racional de la pena. Así, sería una mera tautología o un círculo vicioso el fundarse en la noción del delito para justificar la pena, puesto que el delito, según la doctrina común, no es otra cosa que un hecho para el cual se establece una pena. Y de aquí llega a la conclusión de que es preciso hacer brillar la idea de una posible gradual eliminación de las sanciones específicamente penales, siempre que las sanciones civiles adquieran correlativamente una suficiente eficacia.

En todo delito hay algo de irreparable, y por ello la justicia penal, como la civil, pueden imponer compensaciones, que son necesariamente inadecuadas. Tales compensaciones pueden sólo tender a una equivalencia, aunque salvando en cada caso la *ratio juris* y contentándose con una satisfacción parcial e indirecta, cuando de otro modo no sea posible sin una nueva y forzosamente más grave injusticia. El falso lema del Talión no debe, en

suma, inducir a un nuevo delito, como reterción del primero con el fin de anularlo.

Son imperfectos e insuficientes los actuales sistemas de justicia penal, comprobado por las estadísticas, que demuestran que el triste fenómeno de la criminalidad se halla todavía muy difundido en todos los países donde aún se mantienen y multiplican los establecimientos penitenciarios. Hay que atacar el problema desde un punto de vista general, y reconocer que la lucha contra el delito no puede ser conducida exclusivamente por relaciones jurídicas y que es una vana ilusión que la actividad criminal halle, en las sanciones, un medio adecuado de represión. El delito no es solamente un acto individual del cual debe responder su autor, reparándolo en cuanto sea posible, sino que es también un hecho social que indica defectos y desequilibrios en la estructura de la Sociedad en la que ha tenido origen, lo que suscita muchos otros problemas, además del de la pena o reparación, como son los problemas morales, políticos, pedagógicos y económicos, y también jurídicos, en cuanto el derecho regula, en general, la vida humana, fuera del estrecho marco de la penalidad. Por ello, cuanto más claramente se advierta la imposibilidad de resolver por el solo medio del Derecho penal, los problemas que surgen de la delincuencia, tanto más debe dirigirse la atención a los otros medios de lucha y de protección en contra de esos problemas.

No se ha de olvidar, en fin, que la justicia en su más profunda razón se confunde con la caridad. Ya ha dicho un escritor francés que «no hay justicia completa sin una cierta parte de misericordia», lo que es válido en el campo de la justicia penal, donde las más variadas pasiones se presentan arrastradas por las infinitas miserias humanas. Finaliza el trabajo de Del Vecchio, diciendo que «la indulgencia y el perdón representan muchas veces, si no siempre, la mejor justicia, a condición, sin embargo, de que quede firme la obligación de reparar el daño, cuya obligación debería quedar intacta aun en el caso de que la condena sea derogada por amnistía».

D. M.

DEL VECCHIO, Giorgio: «*Giustizia divina e giustizia umana*», nueva edición, Milán, Giuffré, 1958; 10 páginas.

Las ideas filosófico-jurídicas del insigne maestro italiano, cada vez más transidas de un profundo sentido religioso, católico, vienen proyectándose en estos últimos tiempos sobre el área penal bajo un signo pietista y abolicionista tan radical, que roza la utopía, exhortando, más o menos explícitamente, a la sociedad a romper su espada punitiva y a demoler sus establecimientos penitenciarios—aunque ello la deje indefensa ante el crimen—, para no oponer a los delincuentes otra medida que la reparación del mal causado; finalidad primordial a que debe aspirarse en esta materia, en opinión del profesor Del Vecchio, tan reiterada en sus más recientes estudios y conferencias, como la pronunciada no hace mucho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.

Distinguiendo entre la *ley eterna*, la *natural* y la *humana*, de acuerdo con la fórmula tomista, y subordinando, lógicamente, esta última, derecho legislado humano, a la ley eterna y a su reflejo terreno, la ley natural, se hace cargo de la angustia de nuestra mente, ansiosa de verdadera justicia y orientada a un supremo ideal de perfección y salvación que sólo es posible hallar en la justicia divina, cuyo ingrediente de misericordia bastaría, aun prescindiendo de todo lo demás, para diferenciarla de la justicia de los hombres. Esta invocación a la ley eterna es más ardiente en épocas de crisis, como la actual.

Recuerda Del Vecchio cómo el teólogo portugués Rebellus, en 1610, queriendo aplicar los esquemas aristotélicos de la justicia a la justicia divina, propuso las fórmulas: *justitia supercommutativa, superdistributiva, superlegalis e superpunitiva*, así como la expresión de San Gregorio Magno: «Humana justitia divinae justitiae comparata, injustitia est.» Cita, asimismo, la opinión de Godofredo («justitia Dei est reddere bonum pro malo; justitia hominis est reddere bonum pro bono, malum pro malo; justitia diaboli est semper reddere malum pro bono»), para rechazar, a continuación, el concepto de pena profesado por Grocio: «malum passionis quod infligitur ob malum actionis». Y se apoya en los conocidos textos sagrados que previenen contra los peligros del juicio, para pronunciarse contra el sistema penal represivo imperante hasta ahora.

«Es un error—concluye—considerar el derecho como la única regla de la vida. En la suprema justicia, la juricidad se conjuga con la misericordia... La indulgencia y el perdón representan muchas veces, si no siempre, la mejor justicia, a condición de obligarse a la reparación del daño.»

ADOLFO DE MIGUEL.

DEL VECCHIO, Giorgio: «Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del torto», Milán, ed. Giuffré, 1958.

En el presente trabajo que, lo mismo que el examinado en la anterior recensión, constituye una separata de los *Studi sul Diritto*, del Profesor Del Vecchio, publicados por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Roma y apareció ya en «Archivio Penale», 1945, son abordados importantes temas filosófico-penales con el criterio abolicionista y pietista tan característico de la actual etapa del pensamiento del autor: Crítica de las teorías justificativas del *jus puniendi*, y examen de las fórmulas *malum actionis*, *malum passionis* y *bonum actionis* y, de las máximas que Del Vecchio estima erróneas y limitaciones que cree necesarias en la justicia penal; respeto de la personalidad del reo y dificultades de una reparación íntegra del delito; resarcimiento del daño y tutela del crédito, justicia premial, etc.

En resumen, afirma Del Vecchio que los tiempos están ya maduros para una profunda reforma del Derecho punitivo. La pena no debe ya ser *malum passionis propter malum actionis*, concepto incompatible—según el profesor de Roma—con los postulados de nuestra conciencia moral, que

son, en sustancia, los mismos principios del cristianismo; tal fórmula vindicativa debe ser sustituida por: *bonum actionis propter malum actionis*. Ahora bien, el mal debe ser reparado, en cuanto sea posible, por el culpable, como exigencia primaria y elemental de justicia. No desconoce Del Vecchio la aproximación entre el Derecho civil y el penal que su tesis comporta. Paradójicamente, y en contraste con la posición pietista que en la esfera penal asume el profesor Del Vecchio, su exigencia reparadora del daño le lleva, ya en el ámbito civil, a no repugnar la *prisión por deudas*, como medio compulsivo frente al deudor remiso, ya se trate de débitos civiles *ex delicto* o *ex contractu*.

A. DE M.

REVISTA DE REVISTAS

A L E M A N I A

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Berlin, De Gryter. 71 Band, Heft 2.1959

Comienza el fascículo con una semblanza de la Editorial en honor del Profesor Guillermo Sauer, en ocasión de su LXXX aniversario, haciéndose rápida memoria de sus valiosas aportaciones científicas, tanto en el terreno del Derecho penal material, como en el del procesal y de la Filosofía del Derecho. Considerase como más genuina en su polifacética producción la criminológica, tanto en el aspecto de Biología como de Sociología criminales.

GERMAN: «Grundlagen der Strafbarkeit» («Fundamentos de la punibilidad»)

Desarrolla el tema el Profesor de Basilea en relación inmediata con el Proyecto de Código alemán de 1958, contemplado en un sentido crítico y comparatista respecto al suizo vigente. Punibilidad (*Strafbarkeit*) es expresión referida *lato sensu* en este artículo a función penal, no circunscrita al elemento del delito en la construcción analítica ordinaria, por lo que el trabajo viene a versar sobre los fundamentos del Derecho penal o presupuestos teóricos de la Parte general del Proyecto.

Como primeros fundamentos valen los de los párrafos 1.º y 2.º consagrando respectivamente los dogmas de la legalidad y de la culpabilidad, el *nullum crimen (poena) sine lege* y el *nullum crimen sine culpa*, alabando la consignación expresa del segundo, que no consta en el Código federal suizo, como en casi ninguno de los vigentes, bien que sea igualmente comprensivo en su dogmática.

Un refuerzo del legalismo del párrafo 1.º se halla en el 13, que al tratar de los delitos de omisión (los de falsa omisión o de comisión por omisión propiamente dichos), sólo se extiende la tipicidad al que omitiere impedir un resultado mediano obligado legal de evitarlo, o bien al que hubiere ocasionado tal riesgo con su conducta previa. Previsión que no se halla en la legislación suiza, aunque sí en su *praxis*, y que mejora el texto del artículo 40 del Código italiano.

El dogma culpabilista, por su parte, se completa en los párrafos 15 y 21; en aquél, por el precepto de que únicamente se exigirá responsabilidad criminal a título de dolo, requiriéndose en la de culpa una expresa previsión de la ley (consagración del *numerus clausus* tradicional en la culpa); en el 21, en fin, por no achacarse las consecuencias agravatorias o cualificativas de un determinado hecho a no ser atribuibles al autor por propia culpa. Del mismo modo, el párrafo 34 obedece a idéntico principio en la participación plural, castigándose a cada partícipe con arreglo a su

propia culpabilidad y no a la de los demás. Todos estos preceptos son sin reparo aceptados por el autor, que les celebra como una decidida liquidación del derecho penal de la época nacional-socialista y una garantía para la permanencia de un estado de derecho. En determinados detalles técnicos, sin embargo, critica los términos del Proyecto, como cuando, al definirse el dolo, en el párrafo 16, incluye la previsión del *eventualis* bajo la fórmula de la aceptación (*billigend*) del resultado, expresión que considera demasiado terminante por afectar al juicio finalista. La usó asimismo la jurisprudencia suiza federal hasta 1943, pero posteriormente se satisface para estimar el dolo con que el culpable haya «tomado en consideración el evento», y esta fórmula de «tomar en consideración» (*in Kauf nehmen*) le parece al autor más apropiada que la de aceptar el resultado, que se usa en el Proyecto. Lo que equivale, en suma, a preferir en la determinación del *dolus eventualis* la concepción intelectualista a la voluntarista, siendo así que en la actual doctrina y *praxis* suizas es esta última la prevalente, de acuerdo con los postulados de la culpabilidad personal «a pesar» del acto.

Algunas diferencias de matiz son observables, asimismo, en materia de error, ya que el párrafo 18 menciona expresamente no a éste, sino a la ignorancia o desconocimiento de las circunstancias de hecho, mientras que en el epígrafe se consigna la palabra «error» (*Irrtum*). Prácticamente se equivalen ambos términos de «desconocimiento» y «error» (Mezger, en *Leip. Kommentar*), ocurriendo lo mismo en el derecho suizo, pero en éste el artículo 19 del Código trata de modo expreso sólo del error. De todos modos considera de mayor efectividad la referencia al error, al modo suizo, que al desconocimiento, al modo alemán del Proyecto, por las mayores facilidades que aquélla ofrece tanto en lo que afecta al hecho como al derecho. Es cuestionable, sobre todo, que deba hacerse la referencia a las «circunstancias típicas» porque ello, redundando en una restricción del concepto de error no muy acorde con las esencias culpabilistas de que el Proyecto hace gala. Esto no significa que la regulación de la materia sea perfecta en el Código suizo, cuyo artículo 20 requiere también reformas que permitan una mayor amplitud, ya que en su redacción actual comprende tan sólo el error sobre la antijuridicidad (o error de prohibición, según la terminología alemana reciente).

Concuerda con el derecho suizo la consideración de que el dolo de la tentativa sea idéntico al de la consumación, que consagra el párrafo 25 del Proyecto, en el que se hubiese preferido la referencia al «delito» y no al «hecho», como en la actual redacción figura. También el precepto del párrafo 26, párrafo 3.º, que permite una exculpación en supuestos de absoluta inidoneidad por «torpeza manifiesta» (*aus grobem Unversand*), inspirado en el número 2.º del artículo 23 del Código suizo, pero que requiere circunstancias de «imposibilidad cualificada», de las que aporta interesantes ejemplos entresacados de la jurisprudencia helvética. Lo que importa, según el autor, es la absoluta inidoneidad del acto, no la de los medios, pues sólo aquélla afecta a la culpabilidad (caso de los homicidios «intentados» mediante sortilegios, no mediante insuficientes dosis de veneno).

Difiere el Proyecto alemán del derecho vigente suizo, en la previsión de responsabilidad sólo para los delitos graves (*Verbrechen*) y no para los me-

nos graves (*Vergehen*), conforme a la tradición alemana, lo que ciertamente no parece conforme con la lógica jurídica ni con los presupuestos de culpabilidad, que son idénticos en ambas especies de infracciones criminales.

Un acierto teórico y práctico del Proyecto, en materia de codelinuencia, constituye el parágrafo 33, que zanja la tan discutida cuestión de la punibilidad de partícipes en quienes no concurra un elemento cualificativo, punibilidad que se mantiene pero con pena atenuada. Lo cual concilia las exigencias del estricto legalismo y de la culpabilidad, en disyuntiva difícil de salvar conforme a los sistemas actualmente imperantes en Alemania y Suiza (también, por supuesto, en España), dado que el impunismo repugna a la tesis culpabilista y la extensión del tipo a la legalista. Trátase aquí de los delitos de «propia mano» y concretamente de los de funcionarios públicos, de posible comunicabilidad de responsabilidad, bien que atenuada, a los extraños.

En lo relativo a impunidad, limitase el Proyecto a acentuar la naturaleza justificativa de la legítima defensa, según tesis tradicional inmovible (parág. 37). En el estado de necesidad, en cambio, el 40 comprende situaciones de justificación al lado de otras meramente exculpatorias, pero la nueva redacción no imposibilita, según el autor, la estimativa de otras hipótesis de necesidad «supralegal», por no constituir una caracterización cerrada. En todo caso hay que recordar que las excusas exculpatorias supralegales no constituyen en modo alguno vulneración del dogma de la legalidad de delitos y penas.

En lo referente a inimputabilidad, la fórmula del parágrafo 23 no difiere apenas de la del artículo 10 del Código suizo, caracterizada por un sistema mixto bilógico y voluntarista a la vez.

MANNHEIM, Hermann: «Betrachtung zum Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs. (Consideraciones sobre el Proyecto de un Código penal)».

Una nueva aportación crítica al Proyecto de Código alemán de 1958 lo constituye este artículo del Profesor y Magistrado de Londres, tan conocido por sus estudios sociológicos y criminológicos. Contemplado esta vez desde una plataforma visual tan dispar como es la del derecho inglés, sobran, naturalmente, los motivos de discrepancia, sirviendo el trabajo más bien para conocer éste que no el Proyecto, por lo demás sobradamente conocido. Sirve, sobre todo, para dar cuenta de los esfuerzos últimamente llevados a cabo en Inglaterra por los partidarios de una Codificación penal, y de la Comisión presidida por Lord Sellers en 1958 con tal propósito el de reforma de la legislación penal más bien. Que no tenga tal reforma el carácter de Código, como se entiende en el Continente, es cosa segura, como también que sea obra de prácticos y no de juristas, dado que en la Comisión figuran únicamente, entre quince miembros, dos penalistas (los profesores Glanville y Seaborne). Explica el autor, con este motivo, las peculiaridades de la política legislativa inglesa, obra de funcionarios, políticos, filósofos y hasta teólogos, siendo los juristas llamados a aplicar la ley no a confeccionarla.

Enfrentado ya con el texto del Proyecto hace ver el autor cómo es de lamentar en el derecho inglés la falta de una Parte general, y aun de principios fundamentales como el de la legalidad y culpabilidad de los párrafos 1.º y 2.º, que en Inglaterra se consideran salvaguardados constitucionalmente, pero que en la práctica no siempre se respetan. Cita a este respecto la doctrina jurisprudencial de la *Conspiracy*, en desacuerdo con el legalismo, así como otras creaciones de sabor netamente analógico que remontan a textos medievales. Como criminólogo no puede por menos de alabar en el Proyecto que la reincidencia se haya tenido en cuenta, a tenor del párrafo 63, no objetivamente, sino en relación con la reprochabilidad de las infracciones anteriormente perpetradas. Con ello se pone fin al automatismo de la reincidencia contra el que se pronunció en 1955 el III Congreso Internacional de Criminología, si bien de modo no tan claro como el conseguido en el Proyecto alemán.

Deplora Mannheim, como partidario del sistema inglés de *Probation*, que éste no haya sido seguido exactamente en el Proyecto, por cuanto que en la suspensión condicional de éste hay una condena previa pronunciada pero aplazada, aunque reconoce que, teóricamente, tal proceder está más acorde con el principio del derecho penal culpabilista. Alaba la regulación que sobre inimputabilidad por trastorno mental completo o incompleto se hace en los párrafos 23, 24 y 86, haciendo ver su justificación frente a las anticuadas normas inglesas de las *M'Naghten Rules*, si bien éstas han sido atenuadas en la *Homicide Act* de 1957, posibilitando la atenuación de los psicópatas, aunque ello sea sumamente discutido en la doctrina y jurisprudencia.

La última parte del trabajo, y la más polémica, se refiere a la crítica del sistema de bipolaridad seguido en el Proyecto entre penas y medidas de seguridad, que Mannheim, como casi todos los criminólogos, desearían ver sustituido por uno monista indiferenciado. También estima que no se ha avanzado bastante en el camino de reducir y aun acabar con las llamadas penas cortas de privación de libertad, bien que se hace cargo de la dificultad quizás insuperable de su abolición en una sistemática culpabilista. La previsión que en el párrafo 72 se hace respecto a las medidas de custodia aplicables a los menores delincuentes, le sirve asimismo para disertar sobre el tema del pronóstico criminal, que no puede ser en modo alguno obra del legislador, sino del juez especializado en Criminología.

BRUNS, Hans-Jürgen: «Die Massregeln der Besserung und Sicherung im StGB. Entwurf 1956. (Las medidas de corrección y aseguramiento en el Proyecto de 1956)».

Tratado el tema en el fascículo primero de este año por nuestro Director Profesor Cuello Calón, las innovaciones en materia de medidas de seguridad en el Proyecto alemán son suficientemente conocidas por nuestros lectores. Bruns insiste en la cuestión teórica tan debatida de la procedencia o improcedencia del dualismo bipolar adoptado por los reformadores (*Zweizügigkeit*), conforme a un criterio tradicional muy criticado por los criminó-

logos. Responde, empero, a los principios de culpabilidad terminantemente estatuidos en el párrafo segundo. De otra parte, el autor manifiesta lo secundarios que resultan los preceptos legales en esta materia de medidas de seguridad, ya que lo decisivo para su éxito o fracaso ha de ser la acción judicial y el tratamiento efectivo en cada caso concreto.

WARDA, Günther: «Zur gesetzlichen Regelung des vermeidbaren Verbo-sirrtum («Sobre la regulación legal del error de prohibición»).

Nuevamente versa este trabajo sobre la tan disputada materia del llamado «error de prohibición», versión que en no pocos aspectos recoge el antiguo *error iuris*, y del que se ocupa el párrafo 20 del Proyecto. Esta vez, sin embargo, el asunto es contemplado principalmente desde el ángulo constitucional, por el conflicto eventual que puede plantearse entre las cuestiones de la pura culpabilidad y de la seguridad jurídica. La tesis del error impune, en efecto, se acuerda con las primeras, pero no siempre con las segundas, siendo así que a la seguridad tiende el principio legalista constitucional. Igualmente es susceptible de herir dichas esencias de la Constitución de Bonn el tratamiento de la reincidencia, cuya regulación en el Proyecto se estima, por añadidura, innecesariamente, poco práctico e inconciliable con el dogma de la culpabilidad.

La crónica bibliográfica, de Karl Peters, está destinada en este número al Derecho penal de menores, y las comparatistas del «Anejo», de Ivar Agge y de H. H. Heldmann, a la Evolución del Derecho penal sueco y a la *Homicide Act* inglesa de 1957, respectivamente.

ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS

B R A S I L

Revista da Faculdade de Direito

Universidade de Minas Gerais.—Belo Horizonte

Octubre 1957

LOPES, Jair Leonardo: «Nao exigibilidade de outra conduta como causa geral e supralegal de exclusao da culpabilidade; pág. 152.

El autor de este trabajo examina el problema de la concepción socio-lógica y normativa de la culpabilidad, llegando a la conclusión de que el Código de su país adopta la concepción normativa, de la que puede derivarse la causa supralegal de exclusión de la culpabilidad de «no exigibili-

dad de otra conducta». Examina el problema en la jurisprudencia alemana citando el conocido caso del *Leinenfanger*, o caballo indómito, en el que el Tribunal del Reich absolvió al cochero negando la culpabilidad, porque el acusado no podía ser «exigido» teniendo en cuenta la situación de hecho concreta, cuando perdía su colocación y su paga, si se negaba a llevar a cabo la acción peligrosa.

ASSUNCAO, Celio Teodoro: «A pena e a medida de segurança; pág. 167.

Comienza el autor señalando que a partir de Beccaria se inician las grandes construcciones sistemáticas del Derecho penal, fundamentando el derecho de castigar los delitos en la necesidad de defender a la sociedad contra las transgresiones de los individuos. En las modernas tendencias examina las opiniones de destacados autores, resaltando la del maestro Cuello Calón, para el que la idea del Derecho penal sigue ligada estrechamente a la de retribución, no pudiendo prescindir una de otra.

La pena, señala el autor de este trabajo, tiende principalmente a tres finalidades: correccional, reformadora y una tercera que no está caracterizada (propone que se le denomine *arbitraria*). Y atendiendo a esas finalidades las penas pueden dividirse en intimidativas, correctivas y eliminativas, o de seguridad. Las primeras se destinan a los delincuentes no corrompidos, que aún pueden temer a la pena; las de corrección son para los corrompidos, susceptibles de reforma, y pretenden reformar el carácter perverso de los delincuentes cuya sensibilidad no está completamente relajada; finalmente las eliminativas y de seguridad deben ser aplicadas a los delincuentes endurecidos, peligrosos, que no temen la pena y que son irreformables e irrecuperables para la sociedad.

Clasifica las penas, en la siguiente forma: a) *corporales*, que recaen sobre la vida o integridad física: penas de muerte, trabajos forzados, etc.; b) *privativas de libertad*, que privan de la libertad de movimientos: prisión; c) *restrictivas de libertad*, que limitan la libertad: exilio local, obligación de residir en determinado lugar, etc.; d) *privativas o restrictivas de libertad*, que pueden recaer sobre derechos de carácter público o de familia: prohibición de voto, etc.; e) *pecuniarias*, que recaen sobre el patrimonio del condenado: multa, etc., y f) *infamantes*, que privan de la honra a quien la sufre; rapar la cabeza, cortar la mano, etc.

Seguidamente hace el estudio de las medidas de seguridad, señalando, que, las primeras noticias que se tienen de ellas, alcanzan a fines del siglo XVI, con precedentes en Holanda y en Inglaterra, y recoge la definición del Profesor Cuello Calón, como «especiales medidas preventivas impuestas por el Estado a determinados grupos de delincuentes, para conseguir su adaptación a la vida social (medidas de educación, de corrección y de curación) o su segregación de la misma (medidas de seguridad en sentido estricto), o aun sin aspirar específicamente a estas finalidades, lograr la prevención de nuevos delitos».

Pasa después a analizar las diferencias entre la pena y la medida de seguridad, con base principalmente en las opiniones de Nelson Hungria,

Cuello Calón, y otros, para detenerse en los sistemas empleados en los diferentes países, especialmente en Italia, y en el Código brasileño de 1940, inspirado en el proyecto de Rocco, que consagra el sistema dualista de las sanciones.

Concluye este interesante trabajo, que, en gran parte, esta seguramente inspirado en las explicaciones del curso de doctorado de la Universidad de Madrid, de don Eugenio Cuello Calón, a las que el autor asistió en calidad de alumno, en el Curso 1955-56, señalando la gran importancia de la pena, que no se puede dejar nunca de lado en la represión, y que surgió con los primeros hombres, y ha de ser pedagogía de todos los tiempos; sin dejar de reconocer la utilidad de adoptarse medidas de seguridad u otras preventivas, para un mejor desempeño de la acción fiscalizadora y punitiva del Estado en beneficio de la sociedad. Ambas, pena y medida de seguridad, se completan en esta misión.

DIEGO MOSQUETE

ESPAÑA

Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios

Dirección General de Prisiones. Madrid.

Número 142, septiembre-octubre 1959

Comienza este número con una nota de la Delegación Oficial Española que asistió al Ciclo de Estudios organizado por la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria que se celebró del 7 al 12 de septiembre de 1959 en la ciudad de Estrasburgo.

Manifiestan los Delegados españoles que en una de las sesiones de este Ciclo de Estudios se les invitó a hacer una breve exposición del Sistema español de redención de penas por el trabajo, concediéndoseles «no más de diez minutos por falta material de tiempo».

Nuestros Delegados, no obstante el poco tiempo que se les concedía, expusieron con toda claridad el concepto del Sistema español de redención de penas por el trabajo y, por ello, vieron, con la natural sorpresa, que, cuando al final de la sesión de clausura se repartió a los asistentes el avance provisional de las conclusiones aprobadas, figuraba entre las correspondientes al tema tercero «Readaptación Social de los Delincuentes», una con referencia expresa al sistema de redención de penas vigente en España, en la que se advierten errores fundamentales. «En dicha conclusión se parte del supuesto de que la redención de la pena por el trabajo no es más que un modo de calcular la duración de la pena, sumando al tiempo efectivo pasado en prisión un cierto número de días, que se reputan sufridos en razón de la buena conducta y del trabajo del detenido, de tal suerte que la pena se encuentra cumplida cuando el tiempo de detención y el tiempo *bonificado*

igualan a la duración de la sentencia, momento éste en que se libera al condenado, el cual, si se conduce mal durante el período de prueba, debe sufrir en prisión el tiempo que le había sido *bonificado*. Señala también esta conclusión que el sistema de redención de penas por el trabajo tiene *algún parentesco con la liberación condicional*.

Después de lo indicado, fácilmente se comprenderá que el objeto de esta nota es protestar, con todos los respetos debidos a los redactores de la conclusión aludida, contra su inexactitud, ya que su contenido se encuentra en pugna no sólo con la exposición de nuestros delegados, sino también con el contenido de la vigente legislación española, tanto penal como penitenciaria.

Los delegados españoles fundamentan su posición diciendo que en el artículo 100 del Código penal español vigente se dice que «podrán *reducir* su pena por el trabajo todos los reclusos condenados a penas de más de dos años, etc.»; es decir, que mediante el trabajo físico o intelectual, el condenado disminuye o aminora su pena, que a ello equivale la palabra *reducir*, empleada por el Código penal, en proporción al tiempo trabajado, y este tiempo de reducción es de la misma naturaleza que el tiempo de cumplimiento de la condena, pues ambos dan lugar a extinción de ésta, sin que, por consiguiente, cualquiera que fuere la conducta del liberado, sea posible privarle del tiempo redimido por el trabajo. A mayor abundamiento, citan la Orden del Ministerio de Justicia de 6 de febrero de 1956, en la que interpretando el citado artículo 100 del Código penal, se dispone: «Que la Redención de Penas por el Trabajo, que regula el artículo 100 del Código penal y disposiciones vigentes, reduce no solamente las penas principales privativas de libertad, sino también las accesorias correspondientes a que se refieren los artículos 45, 46 y 47 del referido Cuerpo legal».

En lo que se refiere al supuesto parentesco atribuido al sistema de redención de penas por el trabajo con la liberación condicional, hacen notar nuestros delegados en este «Ciclo de Estudios», que la libertad condicional es un período de la pena que se cumple fuera de la prisión y durante el cual si el penado observa mala conducta, se produce la revocación de dicha libertad con la consecuencia del tiempo pasado en aquella situación en caso de reincidencia o reiteración en el delito. La redención de la pena por el trabajo es característica de la vida en reclusión y la reducción de la condena obtenida mediante este sistema, en ningún caso puede perderse por el penado, tanto si se encuentra en reclusión como en situación de liberado condicional.

Después de haber expuesto los rotundos e indiscutibles argumentos dados por los autores de la «Nota» que comentamos, añadiremos por nuestra cuenta que son inexplicables los numerosos errores en que han incurrido los redactores de la conclusión refutada, pues basta una ligera lectura de los artículos 98, 99 y 100 de nuestro vigente Código penal, texto refundido, de 23 de diciembre de 1944, para darse cuenta:

1.º Que la reducción de la condena por el trabajo, un día de su pena por cada dos de trabajo, tiene carácter definitivo.

2.º Que la redención de penas por el trabajo y la libertad condicional son, en nuestro derecho positivo, dos institutos jurídicos, totalmente diferen-

tes, que se complementan. Al efecto, en el artículo 100 del Código penal, se dispone que «al recluso trabajador se le abonará un día de su pena por cada dos de trabajo, *siéndole de aplicación los beneficios de la libertad condicional cuando, por el tiempo redimido, reúna los requisitos legales para su concesión.*»

3.º Que la revocación de los beneficios de la libertad condicional no tiene carácter definitivo, pues los que disfrutaban de dichos beneficios pueden ser rehabilitados según se dispone en el apartado e) del artículo 1.º de la Orden del Ministerio de Justicia de 7 de febrero del año de 1945.

En la «Sección Doctrinal» se publican dos artículos: «Teoría de la Disciplina», por Jesús Llopis Sánchez, y «Notas sobre el tratamiento penitenciario», por Antonio Rodríguez García.

En la sección dedicada a «Temas de divulgación» se publican numerosos trabajos, entre los que citaremos: «Los Destacamentos Penitenciarios y su consideración», por Manuel Seoane Díaz; «La vida y la Obra del Padre A. Gemelli», por Domingo Teruel Carralero; «Las Prisiones de España en 1959», por Jacque Descheemaeker; «Las Prisiones y el sistema penitenciario en Alemania», por Walter Welers; «La personalidad del delincuente», por Pascual Meneu y «La presencia de las palabras», por María Dolores Alonso.

Siguen las habituales Secciones de «Actividades del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de Prisiones», «De Provincias», «Consultas» y «Revista de Revistas».

CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ

FRANCIA

Revue Internationale de Droit Pénal

París, Sirey, I y II Trimestres 1959

Contiene este doble número del órgano de la Asociación Internacional de Derecho penal, en primer término, la traducción del «Libro Blanco» inglés sobre «El tratamiento penitenciario en una sociedad en evolución», publicación gubernamental para ser presentada al Parlamento en vista a las reformas que se estiman más urgentes después de la promulgación de la *Criminal Justice Act* de 1948. Se hace eco dicho interesante documento del aumento de criminalidad en el país, notablemente en lo que concierne a la reincidencia y a la juvenil, que arroja porcentajes no muy inferiores a los máximos de la época de guerra. En vista de tan insatisfactorias realidades el Gobierno parece inclinado a prestar una mayor atención a los estudios penales y criminológicos, tan tradicionalmente descuidados en Gran Bretaña, requiriendo el concurso de los especialistas y proyectando la creación de cátedras e institutos, primeramente el de la Universidad de Cambridge. También se proponen reformas en los establecimientos penitenciarios y en los *Borstal* de menores.

Sigue un detallado trabajo de J. B. Herzog sobre «La reforma de las instituciones penales y penitenciarias en Francia», como consecuencia del nuevo régimen constitucional de la V República. Señala, en el marco de la Constitución misma, la disposición de su artículo 66, garantizando la libertad individual y erigiendo expresamente a la autoridad judicial en guardiana de la misma. Disposición que ha hecho a algunos pensar en una versión del *habeas corpus* anglo-sajón, pero que Herzog con buen juicio deniega por implicar dicha institución una técnica judicial totalmente distinta de la francesa. Pasa luego a considerar las reformas introducidas por Ordenanza de 23 de diciembre de 1958, tendentes a aumentar los poderes jurisdiccionales de los tribunales de instancia, hasta el punto de extender hasta dos meses las penas de prisión susceptibles de imponerse por los inferiores (de *simple police*), y extendiendo a su competencia, como contravenciones de quinta clase, hechos anteriormente considerados delitos correccionales, algunos tan importantes cuantitativamente como las lesiones por imprudencia de duración inferior a tres meses. Extremo este último que merece al autor censuras, vista la trascendencia que la delincuencia culposa tiene en nuestros días, y la menor garantía que supone encomendar su enjuiciamiento a un juez único.

En el detallado examen de las importantes modificaciones introducidas en la Parte especial del Código penal a lo largo del año 1958, y en no pocas leyes especiales, es de destacar la mayor dureza con que se castigan los delitos de lesiones, la mejor regulación de las infracciones en materia económica.

Un muy interesante artículo de J. Bellón informa sobre el alcance de los nuevos textos federales soviéticos concernientes al derecho penal material y procesal, en virtud de los «Fundamentos» promulgados por el Soviet Supremo en 25 de diciembre de 1958.

Insértase a continuación la «Crónica de Derecho penal español», desde 1954, redactada por el autor de estas líneas, así como las habituales secciones de información y derecho comparado, entre éstas, la muy notable sobre aborto, de la doctora Rateau.

A. Q. R.

Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal

Abril-junio 1959

Les courtes peines d'emprisonnement: De l'utilisation en droit pénal des prestations du droit fiscal; págs. 251 a 267.

En la reseña de la sesión celebrada por la Société Générale des Prisons et de Législation Criminelle el 6 de diciembre de 1958.

En ella se continuó la discusión de un anteproyecto sobre la prestación penal como sustitutoria de las penas cortas de privación de libertad, trasplantando al campo de las sanciones penales el funcionamiento de las mismas respecto a las de orden fiscal.

Además de los tres primeros artículos de que se dió noticia en nuestro fascículo anterior, se aprobaron con la aceptación natural de enmiendas que no afectaban al fondo de la regulación los artículos siguientes hasta llegar al 11; que establecen: que recibida una petición de concesión de este beneficio, el Ministerio público abrirá una información sobre las concretas posibilidades del trabajo, de las aceptadas y propuestas por la Administración Penitenciaria; (art. 4.º) la designación en el más breve plazo posible por el Tribunal sancionador sobre esta petición, que es inmediatamente ejecutiva (art. 5.º); que si se concede el beneficio se concede también el que quede el beneficiario bajo la protección del comité de asistencia a los liberados por un periodo no inferior a seis meses ni superior a un año (art. 6.º); que por el Ministerio público se conminará al condenado beneficiario a que se presente en el lugar que se le indique para comenzar la prestación con la pérdida si no lo hace del beneficio concedido (art. 7.º); obligaciones del beneficiario desde que da su conformidad a las condiciones de trabajo en que ha de cumplirla y de su derecho a dormir en su domicilio o en el centro de alojamiento que se le designe y a cobrar su jornal (art. 8.º); procedimiento para la sanción de cualquier falta grave que pueda cometerse en el cumplimiento de la prestación y consecuencias de la revocación del beneficio si se acordarse (art. 9.º); prestación de asistencia a la terminación de la ejecución de la prestación (art. 10); las anotaciones que han de hacerse en la ficha judicial del condenado, haya o no sido revocado el beneficio de la prestación, y haya o no cometido un nuevo delito durante ella (art. 11).

LEBRET, Jean: «Le traitement des criminels hors des prisons; pág. 293 a 306.

El trabajo es el extracto de la conferencia dada por el autor en la Facultad de Letras de Aix en Provençe en diciembre de 1958, insistiendo sobre el tema que ya había desarrollado en el Centro Universitario Mediterráneo de Niza en 1958.

En él centra su estudio, dejando fuera lo que llama la semilibertad, es decir, el periodo del sistema progresivo en que el penado pasa el día trabajando fuera de la prisión para volver a dormir en ella, por depender aún de la Administración penitenciaria para reducirlo a la consideración de la libertad condicional, cuyo desarrollo histórico general expone como preámbulo del artículo-conferencia.

La libertad condicional—dice—exige: un cierto tiempo de prisión; una buena conducta durante el cumplimiento de la pena y una verdadera enmienda, que se manifiesta sobre todo en el periodo de semilibertad y difícil de comprobar en los reclusos que por las condiciones de la prisión no han podido pasar por este periodo; que dicha liberación no comprometa la acción penitenciaria interrumpiendo una formación profesional empezada, o haciendo fracasar una reeducación o un tratamiento de desintoxicación alcohólica también comenzado; garantías de posibilidad de readaptación social, para lo que será necesario que a su salida de la prisión se le proporcione un albergue conveniente y un mínimo de seguridad de encontrar trabajo.

Esto último plantea problemas especialmente difíciles que tratan de resolver las Juntas de asistencia a los liberados, tomando medidas realistas. El primer problema es de alojamiento, siendo de destacar en París la barcaza del puente de Austerlitz, el asilo de prostitutas del Boulevard de la Chapelle y el Centro de Nicolás Flamel, dependiente de la Prefectura del Sena y en mejor ambiente el Centro católico de Refugio y el Centro de la Cruz Roja del Quai de Valmy. También ha de proveerse a su asistencia médica, pudiendo hacer donativos en dinero y pequeños préctamos, aunque lo más roás aconsejable sea la entrega de bonos de comida y de alojamiento, de procurarles billetes de ferrocarril para que puedan reunirse con sus familias y, sobre todo, de encontrarles un empleo, que es el problema más difícil.

La libertad condicional—continúa—no requiere únicamente medidas de asistencia sino que impone unas ciertas condiciones; la primera, es el sometimiento al patronato de un comité postpenal; otra, la remisión a este comité de todo o parte del peculio del liberado sólo interesante en contados casos, por ser escasos los de alguna importancia; también la sumisión a una institución privada del patronato, elegida por el liberado; la expulsión de los extranjeros y el pago de sumas a! tesoro, la indemnización a las víctimas por daños y perjuicios. Es muy importante la asistencia regular a un dispensario para recibir asistencia con lo que a los desequilibrados y los enfermos mentales podían ponerse en contacto con la clínica psiquiátrica, y más siendo la opinión general que puede obligarse al alcohólico a un tratamiento de desintoxicación.

Estos comités de asistencia, que aún se llaman postpenales, están formados por personas caritativas designadas por el Ministerio de Justicia, y es su presidente el del Tribunal o Juez que él designe, teniendo adscrito un Asistente social que es un secretario general; han de celebrar reuniones trimestrales, en las que el presidente da orientaciones y afirma su conveniente predominio dentro del comité, que está, según se ha dicho, compuesto por excesivo número de personas, con más preocupación por la misericordia que por la función propia del comité o junta.

GRANIER, Joseph: «Le groupement social et l'exclusion du délinquant; páginas 307 a 325.

Originariamente la sanción suprema de toda infracción penal consistía en excluir del grupo social a la persona o al objeto que había sido la causa material de la infracción, empieza afirmando el autor, para fijar el propósito de su trabajo de recordar esta verdad tan conocida, sus causas y consecuencias, así como su supervivencia en nuestro derecho positivo.

En Roma el grupo social estaba como ligado con un pacto con sus dioses tutelares que se rompía por la infracción penal, que suponía una ofensa a aquéllos. Para restablecerlo había que excluir del grupo al autor. La muerte física no era bastante exclusión, pues el muerto seguía perteneciendo a la comunidad, había de acompañarse de ceremonias que significaban la expulsión del grupo. La repudiación de la mujer no es más que la exclusión del grupo familiar de una persona indeseable. El abandono noxal no tiene otro

carácter. La interdicción *ignis et aquæ* es otra forma de exclusión que convierte al interdicto en un extranjero de la peor especie sin ninguna protección jurídica. Con la evolución histórica estas medidas de exclusión pierden virtualidad conforme se abren camino las ideas de equidad y retribución y la pena adquiere un valor moral.

La religión cristiana aplica la pena de exclusión bajo el nombre de excomunión en su forma más solemne de anatema, que era una pena muy severa en una época de fe sincera, subsistiendo hoy esta sanción en el Código Canónico.

Con la laización del derecho las penas de exclusión continúan, el siglo XIX las hereda del antiguo régimen, la muerte civil, el destierro y posteriormente la relegación no tienen otro carácter, pero se produce una reacción contra ellas y la nueva defensa social trata, sobre todo, de readaptar al delincuente a la sociedad. El Estado, grupo social supremo, no excluye ya a sus súbditos, la muerte civil desaparece, la relegación deja de ser una medida de eliminación para serlo de readaptación y esta evolución se manifiesta tanto en el derecho penal como en las concepciones penitenciarias.

El derecho penal en plena evolución sostiene, sin embargo, en soluciones nuevas el principio de exclusión: toda pena aflictiva e infamante lleva consigo la destitución de funciones públicas, la privación de derechos cívicos y políticos y la expulsión del ejército. A estas medidas tradicionales que los penalistas se esfuerzan en humanizar se añaden otras nuevas fundadas en el principio de exclusión, prohibición de ejercer el comercio, de ejercer una profesión, etc. Por otra parte, numerosas profesiones, abogados, médicos, arquitectos, etc., tienden a constituirse en corporaciones, las que a su vez tratan sobre todo de eliminar de ellas a los que las desacreditan, empleando nuevas medidas disciplinarias que quieren hacer penales en busca de una mayor seguridad; así se ha permitido—venimos hablando de Francia—que el Colegio de Veterinaria haya ejercitado la acción civil en causa por ejercicio ilegal de dicha profesión.

Por otra parte, caracteriza a la vida moderna la tendencia a la asociación los filatélicos, los pescadores de caña, etc., forman sus sociedades, a las que se tiende a dar efectos legales y que tratan de ejercitar la acción civil como medio de que sus argumentos sean escuchados por la justicia penal, teniendo sus abogados especializados cuyos informes serán más peligrosos que los del propio Ministerio Público. En la justicia civil cada vez es más frecuente la actuación de asociaciones que tratan de conseguir la condena de otra asociación cuyos fines desapruaban, aunque como en la petición de los antiguos resistentes de que fuese disuelta la asociación para defender la memoria de Petain los Tribunales hayan rechazado la pretensión.

Termina diciendo que si con los comités postpenales y otras instituciones se ha tratado de readaptar al delincuente, nada se ha hecho, por ejemplo, por el médico expusado de su Colegio con el desequilibrio económico y perjuicio social que le ha de producir tal medida, que puede inclinarle al delito.

Revista Internacional de Policía Criminal

(Edición española)

Mayo 1959

MARTENS, J. M.: «Policía y televisión»; pág. 130.

La Comandancia de Policía del Cantón de Zurich firmó un acuerdo con los servicios de la televisión suiza, para aprovechar los beneficios que pueda reportar este procedimiento nuevo en la lucha contra el crimen.

Una emisión de televisión se compone esencialmente de una reproducción de imágenes, pudiendo utilizarse los siguientes medios: a) fotografía directa del objeto o de la persona; b) reproducción de fotografías; c) reproducción de diapositivas. En caso de difusión de señas de identidad, convendrá, por regla general, unir la fotografía de la persona que se busca. Y si se trata de la reproducción de objetos (por ejemplo, instrumentos utilizados para cometer la infracción, cuya procedencia se está averiguando), es de recomendar que se pongan los propios objetos a la disposición de los servicios de la T. V.

El Jefe de la Policía cantonal de Zurich, doctor Füh, considera que en el problema, en cuestión, se ha de tener en cuenta los puntos siguientes: 1.º Hay determinadas cosas, tales como cadáveres, heridos cubiertos de sangres, etc.; que no deben proyectarse. 2.º Algunos hechos, en opinión de la Policía, deben silenciarse a fin de que no puedan contribuir a la formación de delincuentes. Así, por ejemplo, se evitará mostrar cómo un malhechor experimentado abre una puerta o ventana con todas las reglas del arte, o también en qué forma puede evitarse el dejar ciertas huellas o hacerlas inutilizables para la Policía. 3.º La evocación de algunas operaciones es limitada por razones puramente técnicas. 4.º Los medios económicos imponen evidentemente determinados límites. 5.º Los métodos de trabajo de la Policía no deben describirse cuando no son demasiado conocidos en el mundo del hampa. 6.º Nuestras exposiciones aparecen bajo el título de «Emisiones documentales», lo que significa que renunciamos a los efectos que dan su interés cautivador a las películas policíacas. Así, por ejemplo, no se puede representar una lucha a tiros que dure media hora... 7.º El tema debe ser de actualidad siempre que sea posible. En materia judicial un hecho no debe presentarse como de actualidad después de la condena de su autor. 8.º En los casos en que los documentos necesarios para la emisión procedan de los archivos de la Policía, conviene modificar los nombres y las indicaciones del lugar para que el público no pueda sospechar el origen. 9.º De cuando en cuando conviene «hacer concesiones» al Director de escena encargado de la reproducción en imágenes del tema, lo que no siempre es fácil.

Una vez redactado, sobre esas bases, el argumento, es revisado de nuevo por la policía y por el director de escena; después se reproducen varios ejemplares, en su texto definitivo. Entre el argumento definitivo y el momento en que se empieza a rodar la película transcurre, en ocasiones, varios días, durante los cuales se designa a los funcionarios de Policía llamados a colaborar en la emisión.

El autor del trabajo llega, como conclusiones, a aconsejar, con relación a los programas de televisión, lo siguiente: 1. Que las películas policíacas educativas y preventivas, no se emitan por televisión sin el acuerdo oficial de la Policía, conforme a la legislación de los diferentes países. 2. Que se estudien las posibilidades técnicas de efectuar emisiones de televisión que sólo los servicios policíacos puedan captar. 3. Que sólo se proceda a la difusión de fotografías de personas después de haber tomado las precauciones necesarias para que esa difusión no afecte ni a la buena marcha del proceso judicial, ni a los individuos, aún no juzgados. 4. Que se estudien las ventajas que para los servicios policíacos presenta la utilización de la televisión en circuito cerrado.

LECHAT, René: «Dos fuentes de información peligrosa»; pág. 136.

El autor de este trabajo, que es un Comisario en Jefe de las Delegaciones Judiciales y Encargado de cursos en la Escuela de Criminología y de Policía científica de Bruselas, se refiere especialmente a los confidentes o indicadores y denunciantes, para la averiguación de los delitos. Nos dice que, en ocasiones, el policía utiliza medios que no guardan relación con la técnica operacional ni con las cualidades profesionales. Así los indicadores y confidentes. En principio, toda indicación que pueda ser útil para averiguar la verdad, debe ser aceptada por la Policía y ser objeto de una encuesta inmediata. Sin embargo, estos medios han de utilizarse con mucho cuidado. Por ello, la relación entre la policía y los indicadores, se ha de sujetar a las normas que en el trabajo que examinamos, se concretan: 1. En principio no es admisible que la Policía esté en relación con indicadores y confidentes, salvo casos muy especiales y con autorización y control de la Autoridad superior. 2. En todo caso dicha relación se ha de limitar a un plano estrictamente profesional, restringiéndose su frecuencia y duración al tiempo indispensable. 3. De modo general, la entrevista debe celebrarse en los locales de la policía. 4. El policía debe guardarse de manifestar un interés excesivo o demasiado exclusivo por las indicaciones facilitadas, absteniéndose de toda manifestación de satisfacción personal o profesional. 5. El policía debe recibir con calma, friamente, la indicación. Procurará orientarla y la hará precisar en caso de necesidad. 6. Entre policías e indicadores debe excluirse toda clase de familiaridad. 7. Los indicadores no son auxiliares de la Policía. 8. El papel de los indicadores no puede ser sino ocasional. 9. Es una equivocación establecer el valor profesional a base de los indicadores. 10. El policía no puede basar su sistema de investigación en las revelaciones del indicador. Los tres medios que conducen al descubrimiento del delito, son: Las comprobaciones sobre el lugar del hecho, los recursos científicos y la encuesta propiamente dicha. 11. En todas las conversaciones sostenidas con el indicador, el policía debe guardar estrictamente el secreto profesional, relativo al asunto penal de que se trate. 12. En todo caso, el policía se conducirá con una estricta corrección. 13. Y no engañará nunca al indicador ni abusará del mismo. No sólo no puede mentir, sino que le está prohibido formular, y ni siquiera dar a entender, promesas de carácter irregular o irrealizables. 14. No

se puede nunca disimular cualquier acto condenable cometido por el indicador. 15. Si, en interés de un asunto, el policía estima oportuno manifestar alguna indulgencia en la aplicación de una iniciativa, ha de dar cuenta a su jefe y no podrá actuar sino de pleno acuerdo con éste. 16. Hay posibilidad de remunerar una indicación reconocida como exacta e importante, pero el policía debe rechazar toda petición de dinero a los perjudicados, y la suma integrada al indicador deberá contabilizarse. 17. Si el perjudicado o la Autoridad han ofrecido una prima para facilitar el descubrimiento del delito, esa suma se entregará enteramente al indicador o a los informadores que hayan intervenido con eficacia, y en ningún caso se la podrán llevar los policías. 18. El policía debe evitar, naturalmente, con el mayor cuidado todo cuanto en la ayuda que le ofrezca o le aporte un indicador, pueda parecer una incitación a cometer un delito.

Con respecto a los denunciantes se distingue la denuncia anónima de la que realiza francamente una persona, determinándose que, en cada caso, habrá de tenerse en cuenta de si se trata de una persona cuya honorabilidad o buena fe no puede ponerse en duda, lo que es diferente de cuando se trata de un individuo más o menos sospechoso, o más o menos tarado. Asimismo, se tendrá en cuenta el móvil de la denuncia, y las circunstancias de tiempo, de lugar, acontecimientos, y personas que figuran en torno a la denuncia.

GIBBENS: «Los delincuentes sexuales»; pág. 142.

El autor de este trabajo, Profesor de Medicina legal (psiquiatría) en la Universidad de Londres, fué encargado de formular un dictamen sobre el problema de los delincuentes sexuales, destinado al Comité Asesor Especial en *Materia de prevención del delito y Tratamiento de los Delincuentes*, establecido por las Naciones Unidas, cuyo texto fué presentado el 13 de septiembre de 1957 al Grupo de Trabajo, reunido a la sazón en Estrasburgo, cuyo estudio se basa en un sólido examen criminológico de la situación en el Reino Unido, en el que—como se dice en el prefacio que antecede al artículo—el autor pone de manifiesto sus dotes de análisis y de lucidez, preconizando soluciones para esta delicada cuestión de los delitos sexuales, que indican un conocimiento profundo y matizado del tema y una prudencia real en las medidas preventivas que sugiere.

El trabajo se halla dividido en los siguientes epígrafes: *Definición*; *Consideraciones jurídicas*; *Datos criminológicos importantes*; *Consideraciones médicas*; *Observaciones especiales*; *Seducción (corrupción)*; *Anormalidad mental*; y *Tratamiento*. Respecto a este último, señala el autor, que los delincuentes sexuales mentalmente anormales necesitan un régimen y un tratamiento psiquiátricos como los demás delincuentes anormales, por lo que debería estudiarse a fondo la posibilidad de reemplazar la represión penal, por los métodos de readaptación con que cuenta hoy la higiene mental.

Junio-julio 1959

AFTALION, Enrique R.: «El impacto criminológico de la crisis de la vivienda en la Argentina»; pág. 182.

La relevancia criminológica de las condiciones de la vivienda es punto tradicional al tratar de la delincuencia juvenil, ya que no resulta difícil probar estadísticamente que casi toda la clientela de los reformatorios proviene de las barriadas pobres, de los tugurios promiscuos que sirven a muchos menores de precario albergue nocturno, aunque cada mañana se alejen de él para volver a la calle. No debe creerse, sin embargo, que la mala vivienda influye solamente sobre la delincuencia de los menores. También se refleja sobre la de los mayores, porque entre los elementos ambientales que ejercen una más fuerte influencia sobre el desarrollo de la personalidad en la delincuencia, figura el conjunto de las condiciones higiénicas, especialmente las relativas a la vivienda. El grado de hacinamiento y promiscuidad derivado de la convivencia de muchas personas en una sola habitación, se infiere de las cifras que el autor de este trabajo señala en un cuadro estadístico, harto elocuente.

El Profesor Aftalión llega a la conclusión teórica en este problema de que, algunas oscilaciones ascendentes perceptibles en las estadísticas argentinas, correspondientes a ciertos delitos urbanos, deben ser conectadas con un factor criminógeno ocasional: la crisis de la vivienda. Asimismo, llega a una conclusión de política criminal: Las repercusiones criminológicas de la crisis de la vivienda reclaman urgentemente: a) promover la construcción de viviendas no sólo por el Estado, por los particulares y por las cooperativas, sino también por los inversores—instituciones administradoras de la clásica «casa de renta»—, actividad a la que estos últimos volverán solo cuando la legislación sobre alquileres pueda ofrecerles seguridades y beneficios razonables; b) promover la descongestión de las ciudades, mediante la descentralización industrial, el fomento del agro y la adecuada radicación de la inmigración.

D. M.

G R E C I A

Revue Pénitentiaire

Julio-agosto 1959

La sección doctrinal contiene un trabajo del Ministro de Justicia Const. Kallias, con el título de *Los ideales como fundamento de la Sociedad*, al que sigue un estudio de A. Christodoulou, sobre *La prisión agrícola de Cassandra*.

En la habitual Sección de Congresos Internacionales se recoge la re-

unión del Grupo Europeo consultivo en materia de prevención del crimen y del tratamiento de los delincuentes, de la O. N. U.

Asimismo, se insertan las Secciones bibliográfica, de noticias y de modificaciones del personal de prisiones.

D. M.

ITALIA

Quaderni di Criminologia Clínica

Año I.—núm. 1.—Enero-marzo 1959

Primer número de una publicación que se anuncia como suplemento trimestral de la revista *Rassegna di Studi Penitenziari*, que lo es de la Dirección General de los Institutos de Prevención y Pena del Ministerio de Gracia y Justicia italiano, es natural, que diciendo sus propósitos, haga su presentación y que ésta corra a cargo del director de la revista *Nicola Reale*, que es también Presidente de Sesión de la Corte de Casación y que hoy desempeña la mencionada Dirección General.

Esta presentación (págs. 1 a 5), le da ocasión para hacer resaltar la necesidad de una mayor penetración en los problemas criminológicos, tanto por parte de los que se dedican al total estudio del Derecho penal, como por los profesionales que ejercen en materia jurídica y criminológica, fruto de la preocupación por el delincuente impuesta por la escuela positiva que no siempre llega a reflejarse en la reforma del procedimiento, pero que el juez penal ha de sentir, sobre todo cuando ha de aplicar legislaciones progresivas como la italiana, en la que ha de elegir la medida de seguridad más apropiada a las condiciones personales del reo, para lo que necesita una preparación criminológica que aún es más necesaria en los tribunales encargados de la ejecución de las penas, para tener más exacto conocimiento de las condiciones personales del penado, a fin de elegir el tratamiento más adecuado para destruir en él el factor que le llevó al delito, o para cambiar el tratamiento penitenciario por otro más adecuado.

Por influjo de Di Tullio—continúa—la joven ciencia criminológica que siempre ha tenido fines eminentemente prácticos, toma una dirección clínica en busca de una mayor eficiencia en la lucha contra el fenómeno de la delincuencia, mediante el examen de un rico caudal de casos, de la confrontación de distintas situaciones, de la experimentación de técnicas de tratamiento y de la evaluación también comprobada de los resultados obtenidos, para lo que es preciso coordinar los esfuerzos de los hombres de estudios, para asegurar la mutua integración de las investigaciones y la utilización de todos los resultados.

Esto no puede lograrse—afirma—con las publicaciones anteriores, preocupadas sobre todo de la construcción teórica, pero no de los resultados de una experiencia y de una práctica; de aquí la necesidad de la publicación de estos cuadernos que se ofrecen como vehículo de ideas para los estudio-

tos y los prácticos, facilitando sin prejuicio de escuela un rico material experimental, que ha de ser útil, sobre todo, para los encargados con la ejecución de las penas de conseguir la rehabilitación social del condenado.

VASALLI, Giuliano: «Criminología e Giustizia Penale»; págs. 27 a 81.

En este primer artículo del suplemento, el autor se plantea como previo el problema de la autonomía de la Criminología, que afirma formada por la acción conjunta de la Antropología o Biología criminal y la Sociología criminal, y no como un conjunto o enciclopedia de las ciencias criminales, estando en íntima relación con la Política Criminal, que podía muy bien ser su último capítulo.

Con más detenimiento se ocupa de las relaciones entre Criminología y Derecho penal, subrayando la superación de los antiguos contrastes y el fecundo encuentro de las dos disciplinas, examinando la posición en esta materia de De Mársico, Nuvolone, Bettiol, Petrocelli, en Italia, y de Exner, Mezger, Sauer, Würtenberger y Wedér, en Alemania, y la importancia de la reciente reforma de la ley procesal francesa que obliga al juez a tener en cuenta en su valoración el informe sobre la personalidad.

Tras esta situación del problema, entra en materia examinando más específicamente el posible objeto de la investigación criminológica, tanto lo referente a los hechos que constituyen el objeto de tal investigación, como la determinación de las categorías de sujetos que interesan a la ciencia criminológica como tal. El objeto no puede ser más que los actos considerados como delitos, aunque no se siga exactamente la ley penal, por tenerse que considerar los delitos contra la humanidad, aunque no estén penados y excluir los políticos aunque lo estén, y en lo concerniente a la determinación de los sujetos, por los que el criminólogo debe interesarse, han de serlo todos los autores de delitos, sean normales o anormales, y los sujetos no imputables que cometan actos socialmente peligrosos.

Finalmente, el autor se ocupa de las tareas y métodos de la Criminología, que al no ser solamente una ciencia natural, sino una completa y feliz fusión entre las ciencias naturales y las del espíritu en el estudio del hombre en su momento más dramático y complejo, ha de seguir métodos múltiples como derivados conjuntamente de las ciencias naturales y de las morales.

MACDONALD, John: «La síndrome di Ganser»; págs. 88 a 95.

Dicho síndrome es una reacción histérica caracterizada porque el que la sufre no acierta a contestar correctamente a las preguntas más sencillas, las demás manifestaciones de él pueden ser comportamiento extravagante, audiciones auditivas y ópticas, delirio, desorientación y convulsiones histéricas, parálisis y perturbaciones sensoriales. El comienzo de los síndromes sigue a una tensión psicológica o, en el caso de detenidos, al deseo inconsciente de evitar la celebración del juicio mediante una simula-

ción de enfermedad mental; por eso presenta una gran analogía de síndromes con la simulación consciente de la que, sin embargo, debe separarse.

* * *

El final del cuaderno es—fin primordial de la publicación, como se dijo al principio—la presentación y discusión de casos: en este primero uno sacado del Instituto de Observación «Roma-Rebibbia», referente a un individuo que mató al amante de su madre, en el que todos los aspectos de su personalidad y de su ambiente están detallados y magistralmente expuestos.

* * *

Como final diremos que, por la intención que la guía y por la necesidad de la información que trata de realizar esta revista, suplemento de otra, merece el éxito pleno y la larga vida que le deseamos.

D. T. C.

Rassena di Studi Penitenziari.

Maggio-Giugno 1959.—Anno IX-Fascicolo III.

PRESUNZIONE D'INNOCENZA, ATTEGGIAMENTO DEL GIUDICANTE, ERRORI GIUDIZIARI

Alberto Marucci

Sostituto Procuratore generale di Corte di Appello

El autor califica a la presunción de la inocencia de ilógica y contradictoria, exactamente igual que lo sería una presunción de culpabilidad, y pone de relieve cómo la Constitución italiana, en el artículo 27, se limita a afirmar que el inculpado no es considerado culpable hasta la sentencia definitiva. La carga de la prueba incumbe a la acusación, ya que de otra suerte se llegaría al absurdo de imponer a cualquier ciudadano irreprochable la obligación de probar su propia inocencia.

Después de referirse Marucci a los precedentes filosóficos e históricos y establecer la conclusión aludida de inexistencia de la llamada presunción, incluso desde el punto de vista doctrinal, citando entre otros a De Marsico, Rossi, Guarneri, Santoro, Vannini y Manzini, pasa a examinar la personalidad temperamental de los distintos jueces según las conclusiones de la psicología judicial, para analizar la posibilidad del error y llegar a la conclusión de que este error es muy difícil, pero que dependerá en todo caso de la fase instructoria. Este posible error no depende tanto de errores lógicos o psicológicos del juez, sino de que la valoración de la prueba no puede ser perfecta desde el punto de vista técnico. Por lo demás la experiencia enseña, dice, que el error judicial más frecuente es el de la absolucíon, lo que demuestra efectivamente la natural tendencia de los

jueces a evitar errores y daños en cuanto no aparece claramente la culpabilidad. Se trata de un problema de conciencia en el que nada tienen que hacer ni las presunciones de inocencia, ni la culpabilidad, ni el carácter del juzgador. Todo ello significa, en conclusión, que el error judicial verdadero y propio tan temido, y del que tanto se habla, se trata de limitar a la condena del inocente, que es precisamente el supuesto extraordinariamente raro, y el autor termina, diciendo que debían de preocupar también los errores judiciales que llevan a la solución o, al sobreseimiento, ya que también son gravísimos y perturban las conciencias individuales y colectivas, siendo más frecuentes, sobre todo, en los supuestos de desconocerse el culpable...

El problema que se plantea en este artículo es evidentemente de gran interés, y sobre el tema, como es sabido, se ha producido una gran bibliografía. La cuestión es fundamentalmente procesal. Por eso, la observancia de las normas procesales de un modo riguroso es lógicamente la única garantía contra el error, siempre posible en lo humano, porque el problema no queda agotado con la afirmación de la culpabilidad, o con la declaración de no haberse probado el hecho, sino que va más allá en el supuesto de la imposición de una condena, ya que es preciso que ésta quede dentro de los límites de la proporción, y en este aspecto sí que la cuestión se hace más complicada porque, como decía en ocasión inmemorable S. S. Pío XII, sólo Dios Nuestro Señor puede saber exactamente el grado de imputabilidad que cada persona posee al realizar determinados actos.

Luglio-Agosto 1959-Anno IX-Fascicolo IV.

ISTRUZIONE E LAVORO NEGLI STABILIMENTI PENITENZIARI

Bruno, Bruno

Magistrato di Corte di Appello

El autor de este artículo trata de la educación y del trabajo como medios de reeducación del recluso, así como de la instrucción en el orden general y profesional de las características del trabajo penitenciario y su organización en los establecimientos italianos, y de la formación cultural y profesional en los mismos, así como de la función del Juez y del Ministerio Público en relación a este problema desde el punto de vista de la inspección y vigilancia.

Mantiene el valor educativo del trabajo con el cual dice que se elimina o reduce la posibilidad de exasperación, aportando realizaciones positivas, una mayor libertad de actuación y la certidumbre de una contraprestación que hace posible que se afronten con la relativa serenidad las contrariedades necesariamente inherentes a la privación de libertad. Se trata de que la educación y el trabajo se mantengan como medios fundamentales para la readaptación y la reeducación.

Cree que la instrucción debe ser obligatoria para todos los reclusos, lo

mismo para los analfabetos de edad inferior a los cuarenta años que para los que sabiendo leer y escribir necesitan cultura general.

Por lo que se refiere a la instrucción profesional, las dificultades son mayores por la necesidad de orientar y seleccionar el trabajo en relación a las distintas aptitudes, lo cual necesita un serio y válido control científico.

Desde luego, se mantiene por el autor la obligatoriedad del trabajo penitenciario elegido en lo posible por el recluso, con la consecuencia de que sea productivo, remunerado y protegido, y en este sentido destaca la exigencia de los seguros sociales, tanto desde el punto de vista del riesgo profesional, accidentes, invalidez y vejez.

Por lo que respecta a la vigilancia judicial, se refiere a las facultades del Juez y del Ministerio Público en la ordenación penitenciaria con funciones inspectorias, consultivas y decisorias, y termina que es necesario procurar al recluso trabajos y medios de estudio, que son la preocupación constante de los directores de los establecimientos penitenciarios, anhelos que es preciso recoger, dice, ya que el ejercicio de esta actividad constituye una de las mayores contribuciones para la prevención del delito y defensa de la sociedad.

VALENTÍN SILVA MELERO

Rivista italiana de Diritto e Procedura Penale

(julio-septiembre 1959)

Este número de la nueva «Rivista»—refundida—de Derecho y procedimiento penal solamente contiene dos estudios doctrinales dedicados al Derecho penal material: El primero de ellos, de vuelo filosófico-jurídico, con proyecciones políticas de actualidad, debido a Bettiol; el segundo, obra del Profesor ayudante de la Universidad de Roma, Pecoraro-Albani, de índole técnico-jurídica, contraído al régimen normativo, de vigencia y concatenación de fuentes, de la contemporánea realidad italiana, diversificado en tres aspectos dogmático-positivos: constitucional, administrativo y penal, propiamente dicho.

BETTIOL, G.: «L'odiezmo problema del bene giuridico»; pág. 705.

Transcurrido ya un prolongado y denso período de postguerra y superada la experiencia totalitaria, que marcó un profundo surco, casi una solución de continuidad en el campo de la dogmática, la ciencia jurídico-penal alemana vuelve hoy a mostrarse con todo su renovado prestigio. En su conjunto, la orientación científica europea (italo-germana, a la que debe agregarse—escribe Bettiol—también la española) ha recobrado contacto con las tradicionales concepciones dogmáticas de fines de siglo y de los primeros decenios del que corre; por tal razón, el actual momento penalístico aparece dominado por una *exigencia crítica*, que mueve a los estudiosos a un

riguroso y analítico examen de las nociones tradicionales, para indagar sobre su actual vitalidad y funcionalidad junto al nuevo mundo occidental, que ha aceptado, en lo político, los principios y reglas de una vida democrática que pone el valor individual por encima de cualquiera otra exigencia; existe otro mundo, casi desconocido para nosotros, dominado por una concepción dialéctico-marxista de la vida y de la historia, que ha encontrado la manera de consolidarse políticamente, no sólo en la Rusia soviética, sino en otros muchos países de Europa y de Asia. La influencia de esta ideología en el campo penal, incluso en el ámbito dogmático-jurídico, es manifiesta, como visión *político-teleológica*, que viene a sustituir a la interpretación *lógico-sistemática*. «El mundo marxista llama a nuestra puerta», según Bettiol; ciertas exigencias y ciertos postulados del marxismo científico pudieran haberse infiltrado en Italia, manifestándose en el área político-jurídica a través de la Constitución vigente, nacida en una coyuntura político-cultural muy favorable para la irrupción marxista, utilizando dicha carta política como caballo de Troya (expresión no empleada, sin embargo, literalmente por Bettiol), determinando peligrosas fracturas y contaminaciones de nuestro mundo cultural y jurídico.

La dogmática penal marxista tiende a conducir la noción del delito desde un plano subjetivo a una consideración objetiva, impuesta por exigencias teleológicas de defensa a todo trance de los intereses de la clase proletaria dominante; la intencionalidad de la acción—tan especial para la concepción liberal—queda relegada a plano secundario para asumir, en cambio, puesto destacado la conformidad o disconformidad de la conducta respecto de los intereses económico-políticos de la clase imperante; la *antijuricidad* viene entendida no en términos fijos, puramente formales—con la garantía legal que ello representa—sino en su *contenido sustancial* resultante del contraste entre hecho e interés. Sólo en este sentido revaloriza la dogmática marxista el concepto de *bien jurídico*, desatendido por la dogmática welzeliana, heredera de la concepción nazi, triunfante entre 1933 y 1945. Es comprensible que el marxismo jurídico acuse a Welzel de subjetivismo, bien que, aún muy recientemente, este insigne jurista haya afirmado que es cometido del Derecho penal la tutela de los bienes de la vida social, los cuales—en cuanto son jurídicamente tutelados—resultan bienes jurídicos; lo cierto es que la extremosa y antimaterialista exigencia welzeliana de que el comportamiento deba ser doloso para revestir alguna trascendencia jurídico-penal, para poder ser llamado *acción*, en sentido jurídico-penal (comportamiento dirigido a un fin inscrito en el mundo de los valores) es incompatible con el criterio marxista y tachada por éste de liberalismo decadente. Ahora bien, estos *bienes jurídicos* protegidos por el Derecho punitivo marxista se caracterizan—en contraste con el tradicional régimen liberal—por su fuerte condicionamiento *histórico*, lo que se manifiesta particularmente en las épocas de tránsito del régimen capitalista al socialista, en que las viejas leyes aún en vigor deben ser interpretadas en función de la nueva realidad.

Por todo lo expuesto—y aquí reside la paradoja jurídica marxista—como la dogmática penal del socialismo revolucionario no está en condiciones de ofrecer un concepto de bien jurídico cimentado en un firme y seguro fun-

damento objetivo, la consecuencia es que *la noción del delito tienda a personalizarse* y llegue a depender de la personalidad del reo, más o menos peligrosa para la clase dominante; de la calidad del sujeto, como enemigo del régimen político clasista; lo que, al fin y al cabo, no deja de ser una especie de *subjetivismo*, menos convincente que el liberal, combatido y tratado de sustituir por el pseudo-objetivismo marxista.

Para Bettiol es preciso el retorno a la primacía del *bien jurídico*, su rehabilitación, con las consecuencias de garantía y seguridad jurídica que ello comporta, por lo que se adscribe al criterio gráficamente expresado en la conocida frase: «El Derecho penal es un archipiélago», en el sentido de que los tipos penales suponen «islas de ilicitud en el mar de la libertad». Con el debido *equilibrio*, claro es, *entre el momento objetivo y el subjetivo* y sin renunciar a la conquista técnico-jurídica que representa la descomposición analítica en los tres elementos: *tipicidad*, *antijuricidad* y *culpabilidad*, respetando la exigencia irrenunciable de *seguridad jurídica* y sin subestimar, en la adecuada y prudente medida, la *personalidad* del autor, que la dogmática germánica denominó «Gesinnung», en el sentido de «tejido moral de una determinada personalidad». Y sin suplantar tampoco la firmeza objetiva de la antijuricidad por la exagerada consideración objetiva del *especial deber personal* (fidelidad en determinados cuerpos o profesiones) ni siquiera en el Derecho penal militar, que no puede quedar sustraído a los principios jurídicos directivos de la Nación, ni siquiera a pretexto de exaltación de la *disciplina*, «alma de los Ejércitos», según expresión de Bonaparte.

PECO RANO-ALBANI, A.: «Riservadi legge. Regolamento. Norma penale in bianco»; pág. 762.

En un extenso y documentado estudio, examina el autor, con específica referencia a la legalidad italiana vigente-constitucional, administrativa y penal—la «vexata questio» de las llamadas *normas penales en blanco* y su régimen jurídico-penal, los «reglamentos delegados» y «reglamentos venales», el *reenvío* legal y el problema del *error jurídico extrapenal*. Pone de relieve el autor la importancia básica que en esta materia reviste la ya clásica, aunque combatida, tesis de las *normas*, de *Binding*, que disocia *precepto* y *sanción*, *norma* y ley penal y, con seria bibliografía y precisos apoyos legales concluye negando la realidad de las pretendidas disposiciones penales en blanco; estima que el problema ha de ser extraído del marco normativo de la doctrina de las fuentes del Derecho y situado en el técnico-jurídico del tipo penal: se trata, simplemente, de *presupuestos* o *elementos normativos* de tipos penales determinados y el error que sobre ellos incida no es, estrictamente, error jurídico extrapenal sino puro error de hecho, con todas sus consecuencias, como se desprende del artículo 47 del código penal italiano de 1930.

En realidad, se trata de un fecundo criterio estructural, revisionista del delito, poco utilizado por la doctrina italiana, acaso por razón de su impronta, exclusivamente alemana, pero que ya era familiar, en lo dog-

mático y en lo terminológico, desde 1933 a los penalistas españoles—profesores y alumnos—que, en el Instituto de Estudios Penales trabajábamos sobre construcciones germánicas, muy recientes por entonces, de Wezger, Wolf y otros juristas: tipos anormales, caracterizados por la inclusión en los mismos de elementos anormales—subjetivos o normativos—que, una vez incorporados a la descripción típica se convierten en unos elementos fácticos más, corriendo la misma suerte que los restantes elementos descriptivos; por lo que—tratándose de elementos normativos extrapenales—el error recayente sobre alguno de estos supuestos normativos vale como auténtico error de hecho, excluyente del dolo.

ADOLFO DE MIGUEL GARCILÓPEZ

NOTICIARIO

X SESION DE LA SOCIEDAD DE BIOLOGIA CRIMINAL: CRIMINOLOGIA DE LOS DELITOS DE TRAFICO

Durante los días 2 a 4 de octubre del corriente año ha tenido lugar, en Tubinga, la X sesión de la Sociedad de Biología criminal, dedicada al estudio de la criminología de los delitos de tráfico.

La Sociedad de Biología criminal, destinada a la investigación de la personalidad del delincuente y a fomentar la consideración de esa personalidad en la administración de la justicia penal, fué fundada en 1927 en Viena. Antes de estallar la guerra mundial se celebraron las sesiones de 1927, 1928, 1930, 1933 y 1937, apareciendo las conferencias allí desarrolladas en los cinco tomos de las «Mitteilungen der Kriminalbiologischen Gesellschaft» (Graz, 1928-1932).

A los seis años de la postguerra reanudó sus tareas la Sociedad de Biología criminal, celebrando una sesión cada dos años, dedicada a los problemas criminológicos de un interés más actual: «El menor a la luz de la biología criminal (Munich, 1951); «Enjuiciamiento y tratamiento de los delincuentes sexuales, problema de la imputabilidad, problema de la imprudencia» (Munich, 1953); «El problema del tipo, la cuestión de la combinación de las causas del delito» (Graz, 1954); «La criminalidad temprana, enjuiciamiento y lucha, cuadros de la personalidad de menores delincuentes» (Friburgo en Br., 1957).

El objeto de estudio de la reciente sesión de Tubinga se desarrolló bajo la presidencia de Hirschmann, Württenberger, Kretschmer, Bellavic y Husa, en las ponencias siguientes: «La capacidad de concentración del hombre y sus límites en la conducta del tráfico de carreteras» (Prof. Dr. Mierke, Kiel); «La inspección médica de conductores de vehículos de motor en Suiza (Prof. Dr. Schwarz, Zurich); «Aspectos caracteriológicos en la inspección de los conductores» (Dr. Lewerenz, Hamburgo); «El delincuente de tráfico como tipo criminal» (Dr. Göppinger, Stuttgart); «Accidentes de tránsito y edad» (Priv. Doz. Dr. Langen, Tubinga); «En torno a la psicología del sujeto autor del accidente» (Dr. Klaus Mayer, Tubinga); «Fuga, reacción de sobresalto y pánico» (Prof. Dr. Hirschmann, Tubinga); «En torno a la tipología de los accidentes de tránsito» (abogado fiscal Dr. Lehmann, Friburgo); «Neurosis y accidente de tránsito» (Prof. Dr. Hiltmann, Friburgo); «En torno al Derecho penal de tráfico en España» (Córdoba, Barcelona); «Problemas de la imprudencia en los accidentes de tránsito» (Prof. Dr. Baumann, Tubinga).

Interesante resulta el apreciar la evolución en la labor científica de la Sociedad de Biología criminal. Esta Sociedad se fundó en 1927 con el

fin de promover la *observación biológica* del delincuente en el ámbito de la investigación científica y con el de orientar y extender tal consideración del infractor en la administración de la justicia penal (art. 1.º de los Estatutos).

Las actuales jornadas, tanto por el método de trabajo desarrollado (véanse ya los estudios de R. Grassberger, *Das Problem der Kombination der Verbrechensursachen*, y de H. Eberhardt: *Jugendstraftaten unter dem Gesichtspunkt der Kombination der Verbrechensursachen*, en «Kriminalologische Gegenwartsfragen», Stuttgart, 1955), como por la naturaleza de alguna de las ponencias («Accidentes de tráfico y edad», de Priv. Doz. Dr. Langen; «En torno a la tipología de los accidentes de tránsito», del abogado fiscal Dr. Lehmann), muestran la tendencia a dar una mayor entrada, junto a la investigación biológica, al estudio del delito como *fenómeno social*. Manifestación externa de esa evolución es el deseo expresado en la reunión de los miembros de la «Sociedad de Biología criminal» de sustituir la denominación actual por la de «Sociedad de Criminología».

Asistieron a las jornadas, entre otros, los profesores H. Mayer, H. Weber, W. Gallas, E. Kern, A. Mergen y gran número de magistrados, abogados fiscales, abogados en ejercicio y funcionarios de policía. La activa participación de los concurrentes al Congreso en las discusiones posteriores a las ponencias, mostró el interés de los temas tratados y la íntima relación entre teoría y práctica que explica, en buena parte, el alto nivel de la ciencia penal alemana.

En la reunión de los miembros de la Sociedad de Biología criminal, que tuvo lugar tras la celebración de las sesiones de estudio, se trató de las cuestiones referentes a la creación de Cátedras de Criminología en las Facultades de Derecho y del cambio de denominación de la Sociedad, dándose cuenta de la creación, en la Escuela de Criminología de la Universidad de Barcelona, de la sección española de la Sociedad de Biología criminal.

La Sociedad de Biología criminal, siempre atenta a una estrecha relación internacional en el estudio de las cuestiones criminológicas, ha promovido la creación en la Escuela de Criminología de la Universidad de Barcelona de la sección española de la Sociedad. De desear es un estrecho y fructífero trabajo conjunto en el ámbito de los estudios criminológicos.

RESEÑA DE LA APERTURA DE CURSO DE LA ESCUELA DE CRIMINOLOGÍA DE BARCELONA, QUE APARECIO EN LA «VANGUARDIA ESPAÑOLA», EL MARTES, 24 DE NOVIEMBRE DE 1959

EN EL AULA MAGNA

En el Aula Magna de la Universidad se celebró ayer el acto de apertura de curso de la Escuela de Criminología que, en representación del rector, presidió el decano de la Facultad de Derecho, don José María Font

Ríus, acompañado de don Elpidio Lozano, presidente de la Audiencia Territorial; el fiscal señor Cáliz, don Octavio Pérez-Vitoria, director de la Escuela de Criminología; don José Luzón, presidente de la Audiencia Provincial; don Lorenzo Penalva, presidente de la Sala Primera de lo Civil; don Gabriel García Marco, juez decano; comisario señor Paz, en representación del jefe superior de Policía; don Angel de Santiago, director de la Prisión celular; don Martirián Llosas, presidente del Tribunal Tutelar de Menores; inspector señor Tubau. Asistieron, además, los profesores de la Escuela, doctores Sales Vázquez, Sarró, Olesa, Córdoba, Folch Camarasa y el señor Martín Sobrino.

PALABRAS DEL PROFESOR PÉREZ-VITORIA

Abrió el acto el director de la Escuela, profesor Pérez-Vitoria, destacando que con el actual se iniciaba el tercer año de vida de la misma, extendiéndose en el examen de la labor realizada y poniendo de relieve que en el curso anterior 44 alumnos habían obtenido el Título de diplomados en Criminología en uno de sus grados.

Puso de relieve la finalidad didáctica y de investigación de la Institución, así como su preocupación por los problemas que afectan a la política criminal tan necesariamente influida por los avances criminológicos, siendo necesario promover algunas reformas fundamentales en el ordenamiento punitivo y en la Administración de Justicia, tales como la especialización del juez penal, la intervención de peritos psiquiatras en todo caso de delincuencia para el examen del delincuente, la creación de instituciones adecuadas para el tratamiento del estado peligroso predelictual y la ordenación de un sistema de profilaxis del delito de amplio ámbito, ya que cada vez se hace más evidente que la pena pedida represiva no llena todas las necesidades urgentes de la defensa social.

Seguidamente el doctor Pérez-Vitoria destacó la importancia que en el campo criminológico tienen las denominadas personalidades psicopáticas o desviaciones de la personalidad que constituyen una de las canchales de donde surge la actividad delictiva, destacando que la noción de las mismas no es tan sólo psicopatología, sino que tiene una vertencia de carácter sociológico. Durante el curso anterior en la Escuela fué un tema desarrollado ampliamente y su interés precisamente justifica la presencia en este acto del profesor Alberca Lorente, catedrático de Psiquiatría de la Universidad de Valencia, que ha sido especialmente invitado no tan sólo por su personalidad científica, de todos conocida, sino porque ha tenido ocasión en su larga actuación de perito forense de enfrentarse con dichas personalidades, y su criterio ante el problema oscuro e intrincado de su repercusión en la imputabilidad ha de ayudarnos eficazmente a la comprensión de este punto, uno de los claves que tiene planteado la Criminología y el Derecho penal.

CONFERENCIA DEL DOCTOR ALBERCA

Tras la referencia sucinta a unas cuantas historias de psicópatas sobre que centrar el tema adelanta que las psicopatías se caracterizan por un rasgo negativo—la ausencia de signos de una psicosis auténtica en actividad—y otro positivo—la existencia de un primer plano destacado de trastornos del carácter y la conducta—, iniciados precozmente como expresión de la disposición y marcando inalterablemente el rumbo de una vida.

Persona y personalidad no son equivalentes: por persona se entiende la estructura total psicofísica; personalidad—como principio que llena de sentido a la persona—comprende las impulsiones, tendencias, sentimientos, con exclusión de lo corporal, por un lado; de la inteligencia, por otro. En cierto modo, la personalidad se identifica con el temperamento. Y, aunque situada a otro nivel, establece contacto con las funciones que moran—teóricamente—en la capa alta: la inteligencia, la voluntad, la conciencia. Los valores espirituales—el sentimiento del deber y la responsabilidad, la formación de un ideal, la conciencia moral—arrancan de la personalidad y mantienen con ésta una relación más estricta—Scheler, Binswanger, Freud, Frankl—, lo que justifica que puedan darse alteraciones profundas de la estructura moral sin llegar a afectar a la inteligencia.

Una personalidad tenemos todos. Para hablar de psicopatía es preciso hacer una primera reducción: es preciso que la personalidad sea normal, por lo pronto en el sentido de algo extraordinario, fuera de serie. Pero hay personalidades «fuera de serie» que no son psicópatas. Los psicópatas son personalidades anormales «que por su anormalidad sufren o hacen sufrir a la sociedad», según la bien conocida definición de Kirchner. Y eso de una manera continua, en circunstancias excepcionales, como en las banales de la vida diaria.

Discute brevemente la aplicación del concepto de comprensión para la interpretación de las psicopatías y concluye que—contra lo que suele decirse—el psicópata no es medio-normal o medio-loco, y la psicopatía no es algo situado entre la salud y la enfermedad, sino «otra cosa» con sus propios problemas y vicisitudes.

Pasa revista a otras concepciones y a las clasificaciones de las personalidades psicopáticas, y se detiene especialmente en el estudio de los «psicópatas desalmados»—sin alma, sin sentimiento—, afirmando la subversión ellos—desde la personalidad—de los valores morales, esté o no afecta la inteligencia. Sobre algunos ejemplos recuerda la frase de Scholz: «El anestésico moral conoce perfectamente las leyes morales; las ve, pero no las siente, y por eso tampoco subordina a ellas su conducta.»

La psicopatía se refiere esencialmente a la disposición; es, por lo común, congénita. Pero cada vez más hay que contar con cuadros por el estilo, de psicopatías adquiridas por motivos somáticos—encefalitis, traumas, etc.—que ofrecen cuadros distintos, según ocurran temprana o tardíamente. Y al considerar la psicopatía como un desarrollo, en juego los motivos dispositionales y adquiridos, recuerda el problema de los psicopa-

tías en los alcohólicos y subraya la significación de una serie de factores ambientales que forman patológicamente la personalidad del niño, sobre los cuales es de presumir que podemos actuar con eficacia. «La Psiquiatría —dice— ha hecho aquí un giro impresionante; lo familiar no cuenta ya sólo como disposición o herencia, sino también como ambiente; por lo demás, disposición y ambiente en concurrencia juegan parecidamente en los psicópatas y en los delincuentes habituales que por eso tiene una amplia zona de contacto; pero hay muchos delincuentes que no son psicópatas, y muchos psicópatas que sufren ellos, pero no delinquen.»

En cuanto a la valoración penal de las psicopatías repasa los diversos criterios en nuestra Legislación y en las extranjeras. Frente a psicopatías leves o sin conexión con el delito que no exculpan, casos medios y, sobre todo, graves, que cuentan como atenuante o eximente. La tendencia a considerar los casos graves como eximente está muy justificada porque la exención comporta en todas partes medidas de seguridad y tratamiento que duran tanto como la psicopatía, incluso toda la vida si el psicópata no se corrige. No hay medida exacta para la gravedad de la psicopatía, pero importará menos quedarse con la pena si de todos modos las medidas de seguridad y tratamiento entran en juego. En cuanto a la pena de muerte, recuerda las frases de Kindberg: «Cuanto más grave es el delito, tantas menos probabilidades hay de que el sujeto sea normal», y de Hurwitz, al comentar el artículo 17 del Código danés: «Si, a pesar de todo, hay repugnancia a aplicar tales penas, sobre todo la pena capital a psicópatas graves y otras personas comprendidas en el artículo 17... es porque se considera que tales individuos no son responsables de sus actos.»

A los psicópatas graves la pena ni les modifica ni les intimida. Alguien ha dicho que si la pena se rebaja en función de su peligrosidad, todo delincuente querrá ser psicópata. Pero, aparte de que no baste querer para serlo, como les va bien es ahora, cumpliendo penas cortas para volver a delinquir en cuanto salen. Lo único que suele intimidarles es la condena indeterminada. Y cuando se les interne hasta que su peligrosidad se apague y no salgan si no cede... es seguro que muy pocos querrán ser psicópatas.

Reconoce las dificultades con que, con la Ley en la mano, tropiezan los jueces; señala las medidas a adoptar para realizar el tratamiento de las psicopatías y la profilaxia del delito; aboga por la creación de instituciones adecuadas que no deben ni recordar los viejos reformatorios —un problema que tiene ya entre manos el Patronato de Asistencia Psiquiátrica—. Y termina recordando que despotricamos todos los días contra el imperio de racionalismo y seguimos enfocando nuestros problemas sólo desde el ángulo de la razón, como si no contaran las demás calidades anímicas y el conjunto. Hay que luchar en favor de la profilaxia del delito, por ellos mismos—aunque es de presumir que nuestras indicaciones no les resulten muy gratas—, pero también por nosotros. Y no sólo porque podamos ser objeto de delito a manos de un psicópata y aun sujetos de delito por su incitación extemporánea, como porque al-

guna vez a uno le inquieta si cada uno de nosotros no somos menos artífices de nuestros éxitos de lo que pensamos, y los demás menos responsables de lo que juzgamos de sus desventuras.

Los dos oradores escucharon prolongados aplausos.

* * *

Ha quedado abierto el curso correspondiente al año escolar en la Escuela de Criminología de la Universidad de Barcelona que, desde su creación por Orden Ministerial de 21 de enero de 1955, dirige el profesor titular de Derecho penal de aquella Facultad, doctor Octavio Pérez-Vitoria. Se han organizado, además del Curso ordinario de Capacitación, otros complementarios monográficos, con arreglo al cuadro siguiente:

Curso de capacitación:

- Criminología, por el profesor Pérez-Vitoria, director de la Escuela.
- Medicina legal, por el profesor Miguel Sales Vázquez.
- Psiquiatría forense, por el profesor Ramón Sarró Burbano.
- Derecho penal, por el profesor Olesa Muñido.
- Criminalística, por don José Martín Sobrino.

Cursillos complementarios:

- Investigación criminal, por el doctor Blas Aznar.
- Criminología infantil, por el doctor Folch Camarasa.
- Derecho penal y Criminología de los accidentes de tráfico por el doctor Córdoba Roda.

RADICAL REFORMA DEL DERECHO PENAL EN LA URSS

Se anuncia que el Soviet Supremo de la URSS ha promulgado en 25 de diciembre de 1958 una especie de Ley de Bases o «Fundamentos de Derecho penal» con arreglo a los cuales y con carácter federal han de confeccionarse los nuevos Códigos penales de los estados soviéticos. No se trata, pues, como al principio se creyó, de un Código federal unitario, aunque sí de un núcleo legislativo común, en cierto modo constitucional, en que todos han de acordarse. El alcance de la reforma parece ser grande, derogando los principios que se tenían por genuinos del Derecho penal soviético y que informaron los Códigos rusos de 1921 y 1926, notablemente el de la analogía. Se retorna, siquiera sea formalmente, al sistema occidental de legalidad estricta de delitos y penas.

Asimismo se abandona la nomenclatura «positivista», volviéndose a hablar de «penas», «delito» y aun de «culpabilidad» y sentido retributivo de la pena como función primordial de la misma. No conociendo hasta ahora más que extractos de tan importante Ley, baste lo dicho para información de los lectores, procurándoles mayores precisiones cuando nos sea procurado el texto íntegro.

TRIBUNALES PARA NIÑOS EN EL VIET NAM

Según información de la «Revue Internationale de Politique Criminelle», de la ONU (núm. 14, abril 1959), la República del Viet Nam ha promulgado, en 20 de febrero de 1958, una ley creando la jurisdicción especial para menores.

IX CURSO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA

Durante el mes de octubre ha tenido lugar en Copenhague el IX Curso de la Sociedad Internacional de Criminología, que continuó los coloquios mantenidos en Roma en abril de 1958. Versó el actual Congreso sobre el tratamiento de criminología clínica (sujetos psico-patológicos) en Dinamarca.

STEPHAN GLASER EN MADRID

Nuevamente ha sido huésped de la capital de España el profesor de Lieja, Stephan Glaser, quien, en ocasión de un cursillo de la Escuela de Funcionarios Internacionales, ha pronunciado sendas conferencias sobre temas de Derecho penal en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos y en la Facultad de Derecho.

JORNADAS FRANCO-BELGAS-LUXEMBURGUESAS DE CIENCIA PENAL

La sexta de estas Jornadas se celebró en París los días 7 y 8 de septiembre de 1958 bajo la presidencia de M. Patín. Fueron tema de ellas: «Las infracciones involuntarias y las partes civiles» y «La represión de las infracciones involuntarias» sobre ponencias presentada por Jacques Hamelin y Jacques-Bernard-Herzog.

INDICE GENERAL

Fascículo III

Páginas

SECCION DOCTRINAL

Hacia una posible concepción unitaria jurídico-penal de la culpabilidad, por ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS	485
Presupuestos metódicos del concepto de culpabilidad. Sobre las concepciones "normativas" en Derecho penal, por SALVATORE MESSINA	541
El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal, por JOSÉ CEREZO	561

SECCION LEGISLATIVA

Situación administrativa de los funcionarios procesados, por JUAN LUIS DE LA VALLINA VELARDE	573
---	-----

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Valoración psicológica del móvil del infanticidio, por JUAN DEL ROSAL	585
Jurisprudencia penal correspondiente al segundo cuatrimestre de 1958, por JOSÉ M. ^a GONZÁLEZ SÉRRANO	590

REVISTA DE LIBROS

BATTAGLINI, Giulio: "La Querela", por <i>Eugenio Cuello Calón</i>	603
CAMARGO HERNÁNDEZ, César: "El principio de la legalidad de los delitos y de las penas", por <i>Diego Mosquete</i>	604
CONSTANT, Jean: "Les systèmes de répression en matière d'infractions économiques", por <i>Domingo Teruel Carralero</i>	605
GARCÍA BASALÓ: "La política penitenciaria del Estado de San Pablo", por <i>Diego Mosquete</i>	606
GERMAIN, Charles: "Éléments de science pénitentiaire", por <i>Alberto Lagüía Arrazola</i>	607
GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José: "Principios de Derecho procesal mexicano", por <i>Eugenio Cuello Calón</i>	608
GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOECHEA, José: "¿La guerra: Pecado colectivo?", por <i>Diego Mosquete</i>	609
LOVATO V., Juan Isaac: "La prisión por deudas", por <i>Diego Mosquete</i>	610
LUDER ITALO, Al.: "El sistema jurídico de la ejecución penal", por <i>Diego Mosquete</i>	611
MAURACH, Reinhart: "Deutsches strafrecht", por <i>Juan Córdoba Roda</i>	613
MONCADA VIDAL, Miguel Angel: "El módulo penal", por <i>Diego Mosquete</i>	614
ROUSSELET, Marcel: "Histoire de la magistrature française des origines à nos jours", por <i>Alberto Lagüía Arrazola</i>	614
SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio: "El consentimiento en las lesiones", por <i>Manuel Cobo</i>	616
DEL VECCHIO, Giorgio: "El problema de la justicia penal", por <i>Diego Mosquete</i>	617
DEL VECCHIO, Giorgio: "Giustizia divina e giustizia umana", por <i>Adolfo de Miguel</i>	618.
DEL VECCHIO, Giorgio: "Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del torto", por <i>Adolfo de Miguel</i>	619

REVISTA DE REVISTAS

Alemania

ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT.—Heft 2, 1959, por *Antonio Quintano Ripollés* 623

Brasil

REVISTA DA FACULDADE DE DEREITO.—Octubre, 1957, por *Diego Mosquete* 627

España

REVISTA DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS PENITENCIARIOS. Septiembre-octubre, 1959, por *César Camargo Hernández* 629

Francia

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT PENAL.—I y II trimestres, 1959, por *Antonio Quintano Ripollés* 631

REVUE PENITENTIAIRE ET DE DROIT PENAL.—Abril-junio, 1959, por *Domingo Teruel Carralero* 632

REVISTA INTERNACIONAL DE POLICIA CRIMINAL.—Mayo, junio-julio, 1959, por *Diego Mosquete* 636

Grecia

REVUE PENITENTIAIRE.—Julio-agosto, 1959, por *Diego Mosquete*. 639

Italia

QUADERNI DI CRIMINOLOGIA CLINICA.—Enero-marzo, 1959, por *Domingo Teruel Carralero* 640

RASSEGNA DI STUDI PENITENZIARI.—Mayo-junio, julio-agosto, 1959, por *Valentín Silva Melero* 642

RIVISTA ITALIANA DE DIRITTO E PROCEDURA PENALE.—Julio-septiembre, 1959, por *Adolfo de Miguel* 644

NOTICARIO 651

Pecado colectivo?", por *Diego Mosquete*; LOVATO V., Juan Isaac: "La prisión por deudas", por *Diego Mosquete*; LUDER ITALO, A.: "El sistema jurídico de la ejecución penal", por *Diego Mosquete*; MAURACH, Reinhart: "Deutsches strafrecht", por *Juan Córdoba Roda*; MONCADA VIDAL, Miguel Angel: "El módulo penal", por *Diego Mosquete*; ROUSSELET, Marcel: "Histoire de la magistrature française des origines à nos jours", por *Alberto Laguna Arrasolar*; SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio: "El consentimiento en las lesiones", por *Manuel Cobo*; VECCHIO, Giorgio del: "El problema de la justicia penal", por *Diego Mosquete*; DEL VECCHIO, Giorgio: "Giustizia divina e giustizia umana", por *Adolfo de Miguel*; DEL VECCHIO, Giorgio: "Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del torto", por *Adolfo de Miguel*.

Revista de Revistas 623

Alemania: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Heft 2, 1959, por *Antonio Quintano Ripollés*. Brasil: *Revista da Faculdade de Direito*, octubre 1957, por *Diego Mosquete*. España: *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, septiembre-octubre 1959, por *César Camargo Hernández*. Francia: *Revue Internationale de Droit Pénal*, I y II trimestres 1959, por *Antonio Quintano Ripollés*; *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, abril-junio 1959, por *Domingo Teruel Carralero*; *Revista Internacional de Policía Criminal*, mayo, junio-julio 1959, por *Diego Mosquete*. Grecia: *Revue Pénitentiaire*, julio-agosto 1959, por *Diego Mosquete*. Italia: *Quaderni di Criminologia Clinica*, enero-marzo 1959, por *Domingo Teruel Carralero*; *Rassegna di Studi Penitenziari*, mayo-junio, julio-agosto 1959, por *Valentín Silva Melero*; *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, julio-septiembre 1959, por *Adolfo de Miguel*.

Noticario 651

Suscripción anual: 150 ptas.
Número suelto: 80 .