

**ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES**

**TOMO XIII  
FASCICULO III**



**SEPBRE. - DICBRE.  
MCMLX**

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:  
EUGENIO CUELLO CALON  
Catedrático de Derecho penal

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

Redactor-Jefe  
ANTONIO QUINTANO RIPOLLES  
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>
<b>Sección Doctrinal</b>	
<i>El Anteproyecto de Código penal argentino de 1960 de Sebastián Soler, por José María Rodríguez Devesa</i> .....	359
<i>La crisis del contenido sustancial del delito, por Cándido Conde-Pumpido Ferreiro</i> .....	385
<i>El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de «no exigibilidad», por José Antonio Sáiz Cantero</i> .....	419
<b>Sección Legislativa</b>	
<i>Decreto de 21 de septiembre de 1960, revisando y unificando la Ley de 2 de marzo de 1943 y el Decreto-Ley de 18 de abril de 1947, por Domingo Teruel Carralero</i> .....	445
<b>Sección de Jurisprudencia</b>	
<i>De la configuración del dolo penal, por Juan del Rosal</i> .....	460
<i>Jurisprudencia penal correspondiente al segundo cuatrimestre de 1959, por José María González Serrano</i> .....	464
<b>Crónicas extranjeras</b>	
<i>Cómo es la nueva penitenciaría de México, por J. J. González Bustamante</i> .....	474
<b>Revista de libros</b> .....	491
<p>BONIFACIO, Aldo: "L'Infermità di mente nel Diritto Penale Italiano", por Domingo Teruel Carralero; BLOCH, Herbert A. y FLINN, Frank T.: "Delinquency", por José Sánchez Osés; CONSTANT, Jean: "Manuel de Droit pénal. Principes Généraux de Droit pénal positif belge", T. I 1959 y T. II 1960, por César Camargo; DEVLIN, Patric: "The Criminal Prosecution in England", por José Sánchez Osés; GLUECK, Sheldon and Eleanor: "Predicting Delinquency and Crime", por José Sánchez Osés;</p>	

## ANUARIO DE DERECHO PENAL

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

Periodicidad: CUATRIMESTRAL

Precio de suscripción: España, 170 ptas. Extranjero, 275.

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

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948

Ultimo fascículo aparecido: mayo-agosto 1960

---

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 XIII  
FASCICULO III



SEPBRE. - DICBRE.  
MCMLX

---

---

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.

## El Anteproyecto de Código penal argentino de 1960 de Sebastián Soler

JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valladolid

El Ministerio de Educación y Justicia argentino publica ahora el Anteproyecto de Código penal (1) que ha redactado el doctor Sebastián Soler cumpliendo encargo que se le confirió por Decreto número 7.292 de 13 de octubre de 1958 (2). Se trata de uno de los trabajos de reforma más importantes de los aparecidos en los últimos años que tan pródigos han sido en ellos. Merece que se le consagre la mayor atención en los países de habla española, especialmente en aquellos que, como el nuestro, tienen pendiente la inaplazable tarea de renovar sus códigos penales.

### *Códigos y Proyectos argentinos (3).*

Para situar el *Anteproyecto* en su justa perspectiva es conveniente una breve alusión a la progresión legislativa del país en que nace. Ella pone de relieve las necesidades a que el *Proyecto*

---

(1) *Anteproyecto de Código penal del Dr. Sebastián Soler*. Edición oficial. Ministerio de Educación y Justicia de la Nación, Subsecretaría de Justicia, Buenos Aires, 1960. Al final se hace constar que fué impreso en los Talleres Gráficos dependientes de la Dirección General de Institutos Penales en mayo de 1960.

(2) El Decreto número 7.292 de octubre de 1958, publicado en el «Boletín Oficial» de 27 de diciembre de 1958 consta de cuatro artículos. Se aprueba «el convenio celebrado por el señor ministro secretario en el Departamento de Educación y Justicia con el doctor Sebastián Soler para la redacción de un proyecto de Código penal de la Nación» (art. 1.º), creando «una Comisión asesora consultiva y revisora para proporcionar al redactor del Código penal de la Nación un informe con las cuestiones que consideren necesarias contemplar y las soluciones que estimen procedentes» (art. 2.º). El proyecto debía ser sometido «a consideración de la Comisión» y ésta elevarlo al «Poder Ejecutivo dentro de los veinte días de presentado, con un informe» sobre «las observaciones que éste le sugiera», aconsejando, en su caso, las modificaciones que creyera convenientes (art. 3.º). Este informe no figura unido al Anteproyecto e ignoramos si se ha presentado. El artículo 4.º se refiere a los gastos que ocasione el cumplimiento del convenio con el Dr. SOLER.

(3) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, vol. I (1950), págs. 785 y sigs. y Ricardo C. NÚÑEZ, *Das argentinische Strafrecht*, en «Das ausländische Strafrecht der Gegenwart», vol. I (1955), págs. 15 y sigs.

responde y el grado de su viabilidad. La Argentina, que hasta la Constitución de 1853 y reforma de 1860 no tuvo la vía abierta para un Código penal nacional, se ha venido caracterizando por el disconformismo frente a las obras legislativas (4) y por un positivismo doctrinario polarizado en la admiración del Proyecto italiano de 1921 que elaboró, como es sabido, Enrico Ferri (5), aunque no sin oposición, representada en parte considerable por el autor del Proyecto del que vamos a ocuparnos.

El Proyecto de 1868 (6), que llegó a ser adoptado por catorce provincias y la capital de la República, influyó en el primer Código nacional (7 diciembre 1886-1.º marzo 1887), calificado oficialmente como una simple modificación de aquél y de tendencia clásica, inmediatamente seguido de trabajos de reforma demostrativos del eco que la desfavorable acogida que tuvo halló en el propio legislador. Así surgieron los Proyectos de 1891 (7), de 1906 (8), 1917 (9), en los que se marca el paso de las tendencias clásicas a las positivistas de la influencia española, perceptible todavía en el Proyecto Tejedor de 1868 y en el de 1881 (10), a la italiana (11).

---

(4) El propio SOLER se hace eco de esta actitud en la *Exposición de Motivos*: «De nosotros, los argentinos, aún podría decirse que no nos caracteriza una excesiva adhesión a la ley y que, en general, predomina una actitud crítica frente a ella. El Código penal, al tiempo de su sanción, fué recibido con bastante menos aplauso del que merecía, y ello contribuyó a que la práctica no lo fuera mejorando» (E. de M., núm. 4).

(5) Ricardo C. NÚÑEZ, *Ob. cit.*, pág. 18: «... den Kritikern, die das letzte Wort im italienischen Entwurf von 1912, Gipfelpunkt des Positivismus, geschrieben glaubten...»

(6) Es el llamado Proyecto Tejedor. Su autor, Carlos TEJEDOR, presentó la primera parte el 30 de diciembre de 1865 y la segunda el 31 de enero de 1868. En total tenía 450 artículos. Sus fuentes fueron el Código bávaro de 1813, el de Louisiana y el Código penal español de 1848, reformado en 1850. Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Ob. cit.*, págs. 789 y sigs.

(7) Redactado por RIVEROLA, PIÑERO y MATIENZA: *Proyecto de Código penal para la República Argentina, redactado en cumplimiento del Decreto de 7 de junio de 1890*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1898. Tenía 352 artículos y una E. de M. de 242 páginas. Se inspira en el Código italiano de 1890 (ZANARDELLI) y en el Código holandés. De corte clásico. Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Ob. cit.*, págs. 812 y sigs.

(8) SAAVEDRA, BEAZLEY, RIVAROLA, GACITÚA, PIÑERO y RAMOS MEJÍA: *Proyecto de Código penal para la República Argentina, redactado por la Comisión de Reformas legislativas, constituida por Decreto del Poder Ejecutivo de 19 de diciembre de 1904*, Buenos Aires, 1905. Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Ob. cit.*, págs. 823 y sigs.

(9) *Proyecto de Código penal para la Nación Argentina, presentado por el doctor Rodolfo Moreno* (h.), Buenos Aires, 1917. Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Ob. cit.*, pág. 827 y sigs.

(10) *Proyecto de Código penal*, edición oficial, Buenos Aires, 1881. Tenía 349 artículos. Modificó sustancialmente el Proyecto Tejedor y tomó en cuenta el Código penal español reformado de 1870. Llegó a ser Código en la provincia de Córdoba (14 agosto 1882). Sus autores: VILLEGAS, UGARRIZA y GARCÍA.

(11) Los Proyectos de 1906 y 1917 están influenciados por el Código penal italiano de 1890, llamado de Zanardelli.

El Código vigente es el resultado de una reforma muy limitada hecha por el Senado en el Proyecto de 1917, siendo promulgado el 29 de octubre de 1921 y entrado en vigor el 29 de abril de 1922 (12). Su aparición no aplacó el ansia reformista. Los proyectos oficiales, sintoma de la insatisfacción del Gobierno por su propia obra, se suceden. Sendas Comisiones redactan los Proyectos de 1924 (13), 1926 (14) y 1928 (15). Jorge Coll y Eusebio Gómez redactan el Proyecto de 1936 (16), Peco el de 1941, el Gobierno remite a la Cámara de Diputados el 1.º de abril de 1951 otro Proyecto (17) y, finalmente, por Decreto número 7.292 de 13 de octubre de 1958, se encarga al doctor Sebastián Soler la redacción de este nuevo Proyecto de Código Penal (18) (oficialmente editado, como ya hemos dicho, con el título de *Anteproyecto*). Todos ellos

(12) Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Ob. cit.*, págs. 837 y sigs. Tiene 305 artículos distribuidos en dos libros («Disposiciones generales», «De los delitos»). Las faltas, lo mismo que en el Código anterior de 1886, se dejan a las Provincias. De la legislación complementaria del Código destaca el *Decreto número 536 de 15 de enero de 1945 sobre represión de delitos contra la seguridad del Estado*, con 50 artículos repartidos en siete capítulos (I, Delitos contra la seguridad interna del Estado; II, Delitos contra la seguridad exterior del Estado; III, Delitos contra los abastecimientos de las fuerzas armadas; IV, Delitos contra la economía nacional, y V, Delitos contra la ejecución del trabajo industrial (sabotaje y huelga).

(13) Proyecto de 3 de septiembre de 1934 que redactó una Comisión de técnicos nombrada por Decreto de 25 de julio de 1923, aunque en realidad es obra de Eusebio GÓMEZ que formaba parte de la Comisión. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Ob. cit.*, pág. 853.

(14) Proyecto de 29 de diciembre de 1926. De la Comisión formaron parte SEEBER, MORENO, RAMOS, ROJAS, ARENAZA, GÓMEZ y otros.

(15) Proyecto de «estado peligroso sin delito» de 21 de mayo de 1928, por una Comisión compuesta por Carlos ARENAZA, Eusebio GÓMEZ, Nerio ROJAS y Ricardo SEEBER.

(16) *Proyecto de Código penal para la República Argentina, redactado en cumplimiento del Decreto de 19 de septiembre de 1936 y precedido de una exposición de motivos*, Buenos Aires, 1937. Fué traducido al italiano por BELLONI y LAPLAZA. Se asienta, dicen los propios autores, «sobre los postulados, no discutidos ya, de la escuela positiva». Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Ob. cit.*, págs. 855 y sigs.

(17) *Proyecto de Código penal. Exposición de Motivos. Presentada a la Cámara de Diputados de la Nación Argentina el 25 de septiembre de 1941*, La Plata, Universidad Nacional, 1942. Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Ob. cit.*, págs. 858 y sigs. El Proyecto, dice PECO, es «neo-positivista».

(18) Véase antes nota 2. La Comisión asesora, nombrada por el Decreto de 1958, estaba compuesta por: Enrique RAMOS MEJÍA (representante del Poder Judicial), José PECO (representante de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires), Ernesto R. GAVIER (representante de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata), Ernesto J. URE (representante de la Federación Argentina de Colegios de Abogados) y Oswaldo LOUDET (representante de la Sociedad Argentina de Criminología). Por Decreto de 7 de noviembre de 1958 esta Comisión fué ampliada con un representante de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, nombrándose para ello a Jaime PRATS CARDONA. El 31 de octubre de 1958 se resolvió nombrar secretarios «ad hoc» a petición del doctor SOLER, a Eduardo MARQUARD y Luis C. CABRAL.

propugnando una reforma más o menos profunda del texto vigente (19). Esta sumaria referencia a trabajos análogos delata el interés de los penalistas argentinos por la transformación de su legislación penal y, a un tiempo, las dificultades que allí encuentra ésta para traducirse en una obra legislativa, puesto que ninguno de los proyectos mencionados ha conseguido la pretendida sanción.

#### *El autor del Anteproyecto.*

Aunque en el Decreto de 1958 se ordenó la constitución de una Comisión asesora consultiva y revisora, el Proyecto aparece bajo la paternidad indiscutible del doctor Sebastián Soler. No es ésta su primera implicación en tareas legislativas. En colaboración con Vélez Mariconde elaboró el Código de Procedimientos en lo Criminal de la provincia de Córdoba y redactó un Proyecto de Código de faltas. Profesor de la Universidad de Córdoba (20) ha sido también magistrado de la Corte de Apelaciones de Rosario, director de la Penitenciaría de Córdoba y abogado ejercitante en Rosario y Buenos Aires. De su obra científica destaca el *Derecho penal argentino*, cinco volúmenes (21), y haber dirigido la traducción del *Programa del Curso de Derecho criminal*, de Francisco Carrara (22). Adversario decidido del positivismo, acostumbra ser clasificado entre los autores clásicos, aunque, con razón, observa Jiménez de Asúa (23), tal filiación no sea rigurosamente exacta si nos atenemos a los postulados que tradicionalmente se viene considerando que forman el acervo de las llamadas «escuelas clásicas», pues, por ejemplo, en la misma *Exposición de Motivos del Anteproyecto* rechaza terminantemente la identificación de la responsabilidad jurídica con la responsabilidad moral (24). El sig-

---

(19) Con excepción de los Proyectos de 1924, 1926 y 1928 últimamente citados. Ninguno de ellos abarca las faltas cuya punición está remitida a las Provincias.

(20) Que abandonó con motivo de los sucesos de noviembre y diciembre de 1946.

(21) Sebastián SOLER, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1945-1946. Los dos primeros de los cinco volúmenes están consagrados a la Parte general y vieron la luz en una edición anterior: Buenos Aires, El Ateneo, 1940.

(22) Francisco CARRARA, *Programa del Curso de Derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, traducido de la 11.ª edición italiana, bajo la dirección de Sebastián SOLER, por Ernesto R. GAVIER y Ricardo C. NÚÑEZ. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1944-1949, diez volúmenes.

(23) Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Ob. cit.*, pág. 888.

(24) «La alternativa entre una responsabilidad «social» u objetiva y una responsabilidad «moral» es hoy insostenible; es un falso dilema, porque el derecho es una instancia de responsabilidad autónoma perfectamente caracterizada. Cuando hablamos de responsabilidad, siempre nos referimos a un concepto jurídico y no pensamos restablecer la llamada «responsabilidad moral». Ese planteamiento suponía en ambas partes la aceptación de una ontología rudimentaria para la cual sólo es dable dis-

no bajo el que se mueve la actividad científica de Soler es el de la dogmática jurídico-penal. La triple dimensión de su vida, repartida entre la enseñanza, la administración y la abogacía hace de él persona cualificada para acometer la empresa que se le encomendó. Reúne en alto grado aquella suma de conocimientos teóricos y prácticos que se precisan para intentar dar un nuevo Código penal a la nación argentina.

#### *Las fuentes del Anteproyecto.*

El Proyecto no pretende ser «una creación arbitrariamente original». Confiesa que no quiere significar una ruptura con «una jurisprudencia conocida y con una tradición jurídica» a la que el Código vigente está vinculado. Reconoce como fuentes de los preceptos nuevos que en él se introducen a la experiencia de la ley vigente y la construcción jurídica de la doctrina (25). Aparte de estas fuentes genéricas, el Proyecto cita en su articulado una serie de fuentes legales que se han tenido a la vista en cada uno de los artículos considerados. Entre las extranjeras figuran los Proyectos alemanes de 1958 y 1959, los Códigos brasileño, búlgaro, belga, colombiano, costarricense, cubano, chileno, danés, ecuatoriano, francés (menciona una sola vez el Proyecto de 1932), finlandés, griego, guatemalteco, el de Groenlandia, húngaro, holandés, italianos de 1890 (Zanardelli) y 1930 (Rocco), islandés, noruego, polaco, peruano, suizo, uruguayo y español. Evidentemente los más utilizados han sido los Códigos italianos de 1890 y 1930, los recientes Proyectos alemanes a los que se consagra una atención particularísima y justificada, el Código penal griego de 17 de agosto de 1950, el Código penal suizo de 1937 y el brasileño de 1 de enero de 1942. El *Código penal español* es mencionado en los ar-

tinguir un mundo físico y un mundo moral, de modo que el derecho sólo tendría cabida en uno de esos dos compartimientos.

Para nosotros, el derecho está situado, como otros productos de la cultura humana, como la ciencia, la técnica el arte, etc., dentro de un plano espiritual en el cual también la moral se encuentra. Partiendo de ese nivel común, el derecho y la moral guardan una coordinación que en modo alguno destruye su individualidad. El derecho tiene sus propias exigencias y la responsabilidad jurídica presenta una estructura propia y, sobre todo, una dinámica específica desencadenante de la coacción que torna peligroso, además de incorrecto, llamarle «responsabilidad moral». Es malo para un pueblo que las regulaciones del derecho entren en conflicto con las de la moral; pero es un error el de creer que la identificación o unificación de ambas exigencias es un principio deseable» (*Exposición de Motivos*, página 11 y sig.).

(25) *Código penal de 1928*, art. 4.º: «Los delitos y faltas previstos en leyes especiales se regirán por ellas. Este Código será supletorio de las mismas mientras en dichas leyes no se disponga lo contrario.» El artículo 6.º del Proyecto dice así: «Las disposiciones de este Código se aplicarán a las materias reguladas por otras leyes penales en cuanto éstas no dispusieren lo contrario.» La fórmula es superior (aunque del mismo sentido) a la del Código español.

tículos 6, 23, 113, 119, 241, 277, 278, 349, 352 y 356 del Proyecto, donde se regulan, respectivamente, el valor supletorio del Código, la coacción y necesidad exculpantes, infanticidio, aborto por causa de honor, incendio, actos hostiles que comprometen la paz, violación de tregua, exacciones ilegales, doble representación y malversación. Entre las muchas excelencias del *Anteproyecto* no figura, ciertamente, la de haber cuidado estas referencias. No se indica en ellas, como hace esmeradamente, por ejemplo, en las italianas, la fecha del Código a que se alude que no siempre es, contra lo que a primera vista pudiera pensarse, el *texto refundido* de 1944. En realidad aluden a éste tan sólo las citas de los artículos 23, 119, 241, 349 y 356 del *Proyecto*. Las remisiones que se hacen en los artículos 277, 278 y 352 a los artículos 134, 135 y 366 del Código español corresponden a la reforma de 1932, y la que se hace en el artículo 113 al 424 corresponde nada menos que a la regulación del infanticidio en el Código de 1870, cuya limitación a los tres días, criticada con razón en el *Anteproyecto*, ha desaparecido de la legislación española desde 1932.

Finalmente, la cita del artículo 6 del nuevo Proyecto se refiere al Código penal de 1928, cuyo artículo 4, correlativo al artículo 7 del Código de 1848 y subsiguientes reformas, era claro y terminante en orden al valor supletorio del Código respecto a las leyes especiales en cuanto no se dispusiera en ellas lo contrario. Nos duele este descuido no menos que la omisión de otras menciones de la legislación española—más presente en el Derecho penal argentino de lo que pudiera inferirse del *Anteproyecto*—, sobre todo por que pensamos que siendo el idioma no sólo un vehículo del pensamiento, sino el factor más potente de cuantos lo generan, tenemos en común una serie de problemas que hemos de resolver los hispanohablantes sin posibilidad de ajeno auxilio.

### *Estructura.*

El *Anteproyecto* consta de 376 artículos precedidos de una *Exposición de Motivos* (págs. 6 a 26). El articulado se distribuye en una «Parte general» (arts. 1 a 109), una «Parte especial» (arts. 110 a 373) y tres disposiciones complementarias. Ambas Partes están divididas en títulos y éstos en capítulos. A continuación de cada uno de los artículos y con la misma numeración siguen las concordancias con la legislación y proyectos argentinos y extranjeros, añadiendo a veces explicación de las reformas que se introducen cuando es éste el caso.

### *La Parte general.*

La simple enunciación que sigue del sistema del Código penal vigente y del *Anteproyecto* pone de relieve la profundidad de los cambios propuestos en lo que a ordenación de la materia se refiere

a) *El sistema.*

*Código 1922 (26)*

- I. Aplicación de la ley penal.
- II. De las penas.
- III. Condena condicional.
- IV. Reparación de perjuicios.
- V. Imputabilidad.
- VI. Tentativa.
- VII. Participación criminal.
- VIII. Reincidencia.
- IX. Concurso de delitos.
- X. Extinción de acciones y de penas.
- XI. Del ejercicio de las acciones.
- XII. Significación de conceptos empleados en el Código.

*Anteproyecto.*

- I. La ley penal.
- II. El delito.
  - Cap. 1. Tiempo, lugar y forma del hecho.
  2. Tentativa.
  3. Causas de justificación.
  4. Culpabilidad.
- III. El autor.
  - Cap. 1. Imputabilidad y sus formas.
  2. Participación.
- IV. Penas.
  - Cap. 1. Clasificación.
  2. Penas privativas de libertad.
  3. Suspensión condicional de la pena de prisión.
  4. Libertad condicional.
  5. La pena de multa.
  6. Penas accesorias.
  7. Consecuencias civiles del delito.
  8. Principios comunes para la determinación de las penas.
  9. Concurso de delitos.
- V. Medidas de seguridad.
  - Cap. 1. Imputables.
  2. Delincuentes habituales o por tendencia.
- VI. Ejercicio de las acciones.
- VII. Extinción de las acciones.

---

(26) Se transcriben los títulos, indicados en números romanos. El Código argentino vigente no subdivide los de la parte general («Disposiciones generales») en capítulos. Por eso falta la mención de éstos.

b) *Principales modificaciones.*

Como ya hemos indicado la mera lectura de los enunciados del Código penal argentino comparado con los del Anteproyecto pone ya de manifiesto una de las dimensiones de la reforma, a saber, una mayor corrección técnica y sistemática. Y no sólo ésto, sino también un mayor número de *temas* frente a los que hoy se disciplinan en el Código argentino. Ciertamente que la concisión y brevedad embellecen las leyes y hacen más fácil su manejo, y con él su aplicación. El Código argentino vigente es el más breve de cuantos están hoy en vigor en toda Iberoamérica. Pero esta ventaja tiene un límite nacido de las exigencias mismas de la ley. Porque en ella, eso sí, con la mayor concisión posible, han de tratarse una serie de materias de obligada inclusión en una ley penal. Cuando el contenido de la ley se reduce a base de la exclusión de ellas, la brevedad, como es obvio, deja de ser un mérito para convertirse en fuente de perplejidades para el juez. Por eso, aunque el Proyecto tenga 109 artículos frente a los 78 de que constaban las «Disposiciones generales» del Código vigente, no puede sin más afirmarse que esté en desventaja frente a él, porque son muchísimas las cuestiones y problemas ni siquiera aludidos en el Código de 1922 que toca y resuelve. Una sumaria exposición siguiendo el propio articulado del Proyecto nos permitirá documentar lo que acabamos de decir.

a') *Ley penal.*

El Código vigente se refiere al ámbito espacial, y temporal, cómputo de prisión preventiva y valor supletorio general del Código. En el Anteproyecto se mejora grandemente la regulación actual recogiendo no sólo los casos sujetos al principio de territorialidad y los delitos cometidos por un funcionario en el extranjero en el desempeño de su cargo, sino que atiende también a la aplicación de los principios personal, real y de la comunidad de intereses (27) y en el ámbito de la validez temporal de la ley penal alude expresamente a las llamadas leyes temporales para excep-

---

(27) *Proyecto*: «1. Este Código se aplicará. 1.º A los delitos cometidos en territorio de la República o en lugares sometidos a su jurisdicción. 2.º A los delitos cometidos en el extranjero por funcionario del servicio de la República en desempeño de su cargo. 3.º A los delitos cometidos en el extranjero contra la seguridad de la Nación, los poderes públicos y el orden constitucional, el patrimonio, el crédito y la fe pública de la Nación, las provincias o municipios. 4.º A los delitos cometidos en buques o aeronaves mercantes argentinas, en país extranjero, cuando en éste no sean juzgados. 5.º A los delitos cometidos en el extranjero por ciudadano argentino que se encuentre en territorio nacional y cuya extradición no proceda en razón de la ciudadanía. 6.º A los delitos que por tratado o convención la República se haya obligado a reprimir, aun cuando no fueren cometidos en su territorio. El artículo va bajo el epígrafe «Ámbito espacial de aplicación de la ley».

tuarlas de la regla general de la retroactividad de la ley penal más favorable (28). Se elimina la disposición relativa al abono de prisión preventiva, que ahora pasa al artículo 37, y que evidentemente no guarda relación con la ley penal considerada intrínsecamente y extrínsecamente. También es oportuna la inclusión en el título I de la «significación de los términos empleados» que antes figuraba en el título XII, último de la parte general (20).

b') *El delito.*

El Proyecto muestra aquí su mayor originalidad. También es aquí donde ofrece mayor blanco a la polémica. Separa el «delito» del «autor». Dentro del «delito» trata de la acción, la tentativa (tomada en sentido amplio), las causas de justificación y la culpabilidad, comprendiendo en esta última el principio de que no hay pena sin culpa (art. 18), los conceptos de dolo y culpa (arts. 19 y 20), el error (arts. 21 y 22) así como la coacción y necesidad exculpante (art. 23). La imputabilidad (art. 24), imputabilidad disminuida y *actio liberae in causa* (arts. 25 y 26) se llevan al título rubricado «el autor», junto con la participación criminal, en donde se sitúa la obediencia debida (art. 27, párrafo segundo). La razón se explica sucintamente en la *Exposición de Motivos*: «pues si bien es correcto concebir el dolo y la culpa como formas del delito, la imputabilidad es una calidad del sujeto y no del hecho». El argumento es, a primera vista, seductor. De un lado todo lo objetivo (el hecho), de otro todo lo subjetivo (el autor). Pero sucede que el hecho no puede en modo alguno desvincularse del autor. Lo demuestra la misma fórmula de inimputabilidad que utiliza el Anteproyecto en el artículo 24: «No es punible el que no haya podido *en el momento del hecho* comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones...». La relación con los conceptos del dolo y la culpa que se dan en el mismo Anteproyecto es tan estrecha que no puede por menos de resultar artificiosa la separación en un código. Esta es una de las muestras de doctrinarismo que acusa en la materia relativa al delito. Mas no es la única. Pese a opiniones en contrario, algunas de ellas muy autorizadas, no somos partidarios de llevar a los códigos la clasificación en causas de justificación y causas de exclusión de la culpabilidad. Entre otras razones porque los progresos de la investigación dogmática pueden verse detenidos ante tales tomas de posición del legislador. Baste con recordar que hasta no hace muchos años se consideraba que la *vis moral* (miedo insuperable en el Código es-

(28) Párrafo tercero del artículo 4.º Proyecto («Ambito temporal de aplicación de la ley»): «No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, las leyes dictadas para regir sólo durante un tiempo determinado se aplicarán, sin distinción alguna, a todos los hechos cometidos durante su vigencia.»

(29) Proyecto, art. 7.º

pañol) (30) era causa de inimputabilidad, mientras que hoy se abre paso a la opinión de que se trata de una manifestación de la no exigibilidad de una conducta distinta.

A consecuencia de este doctrinarismo no ocupan su congruo lugar, aun admitiendo los propios presupuestos de que parte el *Anteproyecto*, el exceso en la legítima defensa (art. 17), que evidentemente no puede reputarse causa de justificación. Se coloca la obediencia debida, abandonando la excelente fórmula del Código vigente, que la tomó del español (31), al tratar de la participación (art. 27). La obediencia debida exige que se tome posición respecto a su naturaleza y no puede satisfacer hoy el viejo procedimiento del Código penal militar alemán de 1872, y menos en un Código que pretende asentar la clasificación de las eximentes con arreglo a su naturaleza. De otro lado, el estado de necesidad se escinde con una doble definición (arts. 15 y 23) que no puede resultar técnicamente satisfactoria (32).

(30) El Código vigente modificó ya la fórmula española mantenida desde el Código de 1848 (miedo insuperable de un mal igual o mayor) para decir en el número 2.º, art. 34: «El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente.» El Proyecto (art. 23) se adhiere a la fórmula germánica: «No es culpable el que obrare bajo la coacción de otro.»

(31) Según la posición que se adopte la obediencia a órdenes superiores es causa de justificación o causa de exclusión de la culpabilidad. En uno u otro lugar del sistema debe de encontrarse, y más cuando el *Proyecto* confiesa seguir esta clasificación. Llevar la obediencia a la teoría de la participación, como hace el *Proyecto*, es eludir el problema. Por lo demás, reducirlo todo al derecho del inferior a examinar «la legalidad de la orden» (es autor si tiene ese derecho y no lo es si carece de él) es equivocar el punto de referencia, lo mismo que ocurre cuando en las notas al artículo 27 sostiene que «la doctrina moderna ha probado que el poder excusante» de la obediencia debida «proviene del error que puede padecer el subordinado acerca de la legalidad de la orden». Nada más lejos de la realidad. M. E. MAYER representa un momento ya superado. Las cuestiones son mucho más complejas, y precisamente la única fórmula que puede resistir todavía con serenidad las críticas y facilitar la práctica es la española, mantenida en el Código vigente (art. 34, 5.º) y abandonada sin razón: bastante y sin fortuna por el *Proyecto*. Confunde (véase la nota aclaratoria al mismo artículo) el derecho a examinar la legalidad con un supuesto «derecho de revisión». El subordinado, por muy inferior que sea, que tiene la seguridad (concorde con la realidad) de que se trata de cometer, verbigracia, un asesinato jurídico, *no tiene la obligación de obedecer*. El subordinado no es nunca, nunca, un instrumento para cometer delitos. Distinta cosa es si el mandato no constituye delito. Y también es cosa diferente la obediencia debida putativa. No es posible aquí en absoluto aplaudir el *Proyecto*, porque se presta a equívocos de muy grave trascendencia.

(32) *Proyecto*, art. 15 («Estado de necesidad»): «No delinque el que causare un mal para evitar otro *considerablemente mayor e inminente*, siempre que el necesitado *no tuviere el deber jurídico de afrontar el riesgo*.» Artículo 23, párrafo segundo («Coacción y necesidad exculpante»): «Tampoco es culpable el que causare un mal apremiado por la necesidad de evitar otro inminente y *particularmente grave para su persona o la de un*

Tampoco puede alabarse a nuestro entender el mantenimiento de la antigua distinción, que sustenta también nuestro Código penal, entre delito en grado de tentativa y delito frustrado, fuente de enormes dificultades en la práctica, y menos aún la introducción dentro del frustrado de los conceptos germánicos de tentativa acabada e inacabada, nueva complejidad sin transcendencia alguna puesto que lo mismo la frustración que la tentativa se rigen en el Proyecto por las mismas reglas de atenuación de la pena. La unificación conceptual no impide fijar el alcance del desistimiento y del arrepentimiento activo como parece desprenderse de la *Exposición de Motivos* (33).

En cambio, nos complace subrayar una serie de méritos que acompañan a esta parte. Lo son, indudablemente, el adoptar posición sobre los problemas de lugar (art. 8) y tiempo de la comisión del hecho (art. 9) (34), el definir la comisión por omisión (35), el dolo y la culpa (36) y conceder al llamado «error o ignorancia de derecho» efectos eximentes o atenuatorios, recogiendo incluso la hipótesis de la «ceguera jurídica» (37).

---

*allegado, siempre que no sea razonable de exigir que el necesitado afrontara el riesgo.»*

(33) *Exposición de Motivos*, pág. 10, núm. 21.

(34) *Proyecto*, art. 8.º («Lugar de hecho»): «El hecho se reputará cometido tanto donde se ha ejecutado la acción, en todo o en parte, como donde se ha producido o debía producirse el resultado. En los delitos de omisión, el hecho se reputa cometido en el lugar donde debía cumplirse la acción omitida.»

Art. 9.º («Tiempo del hecho»): «El hecho se reputa cometido en el momento en que se ha ejecutado la acción. En los delitos de omisión, el hecho se reputa cometido en el momento en que debía cumplirse la acción omitida.»

(35) *Proyecto*, art. 10 («Comisión por omisión»): «El que omite impedir un resultado, que de acuerdo con las circunstancias debía y podía evitar, responde como si lo hubiera producido. El deber de obrar incumbe a quien tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia; a quien con su comportamiento precedente creó el riesgo, y a quien, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriera, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado.»

(36) *Proyecto*, art. 19 («Dolo»): «Obra con dolo no solamente quien quiso de modo directo el hecho ilícito, sino también aquel que asintió a su producción eventual para no desistir de su acción.»

Art. 20 («Culpa»): «Responde por culpa el que ha producido un resultado delictuoso sin quererlo, cuando por imprudencia, negligencia, impericia o por inobservancia de los deberes que en concreto le incumbían, no previó que ocurriría o, previniéndolo, creyó poder evitarlo. La ley determina en cada caso si es punible el hecho culposo.»

(37) *Proyecto*, art. 22 («Error o ignorancia de derecho»): «No es culpable el que actúa en la creencia de obrar lícitamente, debido a ignorancia o errónea apreciación de la ley, que no le sean reprochables. En caso contrario, la pena podrá ser atenuada de acuerdo con el artículo 74. También podrá el juez disponer la aplicación de la medida del artículo 84, cuando la ignorancia de la ley sea tal que revele una personalidad peligrosa por su desvinculación del medio civilizado y el hecho sea punible con pena superior a un año de prisión.»

En las causas de inimputabilidad sigue la fórmula llamada psiquiátrico-psicológica (38) y resuelve de manera correcta el conflicto que plantean las acciones *liberae in causa*. No nos parece, en cambio, muy oportuno el conservar la distinción entre cooperador necesario y cómplice secundario (39), de indudable ascendencia española, porque de nuevo aquí falta un criterio claro de distinción, produciéndose en la práctica, objetivo primario de un código, más confusiones de las que son tolerables. Es afortunada, por el contrario, la corrección introducida en la fórmula de la instigación. Decía el Código de 1922, lo mismo que el español, en su artículo 45: «los que hubieren determinado *directamente* a otro a cometerlo» (el delito), con lo que quedaba excluida la inducción «en cadena», que ahora podrá castigarse sin violentar la letra de la ley, porque se ha eliminado el adverbio «directamente» para sustituirlo por la palabra «intencionalmente», que sin mengua de la precisión da a la instigación el alcance que debe tener.

c') *Las sanciones.*

El *Anteproyecto* hace en materia de sanciones una capital innovación. Frente al Código vigente, que sólo reconoce la existencia de penas, se introducen las «medidas de seguridad». Para Soler la innovación es una consecuencia de las ideas y «principios que inspiran el Proyecto en materia de responsabilidad» (40).

a'') *Las penas.*

Según la *Exposición de Motivos* «la característica principal de la pena» consiste «en la necesidad de que ella guarde una cierta proporción preestablecida y constante con la gravedad objetiva del hecho, la cual depende, en primer lugar, de una jerarquía de valores y especialmente del puesto que en ésta ocupa el bien jurídico atacado por el delito» (41). «Una pena civilizada..., debe ser, ante todo, una advertencia». «Es un error grave, sin embargo, el de creer que la función de la pena consiste en suprimir el delito, pues tal idea conduce a un perpetuo aumento de las escalas penales, al verificarse que, no obstante la gravedad alcanzada por algunas de ellas, los hombres siguen delinquiendo» (42).

El Proyecto establece cinco penas, tres principales y dos acce-

---

El artículo 84 contiene las medidas de seguridad a tomar con los inimputables.

(38) *Proyecto*, art. 24 («Inimputabilidad»): «No es punible el que no haya podido en el momento del hecho comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones debido a insuficiencia de sus facultades, alteración morbosa, aunque sea transitoria, de las mismas o a una grave perturbación de la conciencia.»

(39) *Proyecto*, arts. 27 y 29.

(40) *Exposición de Motivos*, pág. 17, núm. 46.

(41) *Exposición de Motivos*, pág. 17, núm. 47.

(42) *Exposición de Motivos*, pág. 18, núm. 50.

sorias (art. 33). Las principales son: reclusión, prisión y multa. Las accesorias son: inhabilitación absoluta e inhabilitación especial.

El fin de la pena privativa de libertad parece ponerlo el Proyecto en la educación (43). En este punto, sin embargo, tal posición es un tanto ingenua, puesto que el estado actual de la Criminología permite dar hoy por indiscutible que hay una serie de delinquentes que no precisan de tal educación, carcelaria y otros que no son influenciados por ella (44). El centrar el fin de la pena en la «educación» del penado representa hoy tanto como trazarse un falso horizonte de perspectivas en el que se agotan muchos loables esfuerzos susceptibles de un mayor rendimiento con una concepción más realista de las posibilidades que la pena jurídica ofrece a la acción penitenciaria.

Es, en cambio, muy digna de encomio la adopción del sistema sueco de los días multa. El importe del día de multa se determina en el Proyecto «prudencialmente por el Tribunal tomando en cuenta la situación económica del condenado, sin sobrepasar el monto de la entrada media diaria del mismo» (art. 59).

Nos parece grandemente equivocado, por el contrario, el colocar las «consecuencias civiles del delito» en el título que se ocupa de las penas. La naturaleza civil y no penal de la reparación del daño causado por el delito no se discute hoy. Lo único que pudiera justificar el sistema seguido por el Proyecto es que se trae a este lugar el decomiso de los efectos e instrumentos del delito (art. 67), pero si se considera como pena debió ser mencionado como tal entre las que se citan en el artículo 33, y si no lo es tendría más adecuado lugar entre las «medidas de seguridad».

La medida de la pena se regula por principios simples en el artículo 73. El Tribunal tiene arbitrio para moverse con libertad dentro de los límites señalados por la ley para el delito de que se trate teniendo en cuenta «la gravedad relativa del hecho cometido» y «la personalidad del autor». Para lo primero se han de tener presentes la naturaleza de la acción, los medios empleados, la importancia de los deberes transgredidos y la extensión del daño o peligro. Para apreciar la personalidad «se atenderá principalmente a la perversidad y peligrosidad reveladas en la comisión del hecho», con especial consideración de móviles y fines, edad, educación y costumbres precedentes, y conducta anterior y posterior al hecho mismo.

La reincidencia, a la que se consagra una particular atención, se admite sólo en los delitos dolosos—no está claro por qué no en

---

(43) Proyecto, art. 34 («Modo de ejecución»): «Las penas de reclusión y prisión deben ser ejecutadas de manera que ejerzan sobre el condenado una acción educadora, preparándolo gradualmente para la vuelta a la vida libre.»

(44) Véase SEELIG, *Tratado de Criminología*, traducción española, Madrid, 1958, pág. 469.

los culposos—, se tiene en cuenta para ella la condena dictada en el extranjero si es por delito por el que se concedería la extradición, sin que puedan computarse los delitos militares, políticos o amnistiados, ni las condenas anteriores cuando hayan transcurrido cinco años desde la extinción de la pena (art. 77). Aunque el sistema es más suave que el nuestro, cuya rigidez y mecanicismo es notorio, no se consideran suficientemente, a nuestro juicio, los modernos aportes de la Criminología que hacen obligado el revisar las fórmulas legales tradicionales.

Bajo el rubro de «concurso de delitos» se trata también con acierto del concurso de leyes (art. 82) con el nombre de «concurso aparente». Una norma legal soluciona el problema, que nosotros tenemos pendiente, de las penas por distintos delitos impuestas en procedimientos separados: el juez que haya impuesto la pena mayor fijará la pena única.

b'') *Medidas de seguridad.*

Antes de relatar brevemente las disposiciones del Anteproyecto sobre las llamadas medidas de seguridad no parece inoportuno llamar la atención respecto a la denominación. Hoy domina la razonable idea de que el nombre de medidas de seguridad no es adecuado para representar el denominador común de las diferentes medidas que bajo él se comprenden y que, como se reconoce en la *Exposición de Motivos* son o pueden ser de índole no sólo aseguradora sino curativa o educadora. Las medidas son esencialmente cuatro: internamiento de los inimputables, alcohólicos y toxicómanos, tratamiento especial de los semiimputables no peligrosos, internamiento de los semiimputables peligrosos y reclusión por tiempo indeterminado de delinquentes habituales o por tendencia.

En cuanto a los principios a que responden, la *Exposición de Motivos* se pronuncia explícitamente (45). No hay principios comunes a todas ellas (46). «No es posible decir por ejemplo, que todas son incompatibles con la pena ni que todas son vicariantes con ella. La internación de los alienados presupone la incapacidad penal y, por eso, la medida es totalmente excluyente de toda idea de reproche o de retribución. La reclusión de habituales, en cambio, posee un carácter estrictamente penal: su diferencia consiste en que parte de una pena objetivamente agravada como mínimo o base de una medida indeterminada. La proporción objetiva, aunque agravada, se guarda inclusive en este caso; pero el monto alcanzado por esa vía no constituye un límite, ya que son manifiestas en tales casos las exigencias de seguridad. Pues bien, en cuanto esta medida es indeterminada, se aparta del concepto de pena y

(45) *Exposición de Motivos*, págs. 17 y sigs.

(46) *Exposición de Motivos*, pág. 18 y sig.

se tiñe de los caracteres propios de una medida de seguridad.» En cuanto a los sujetos de imputabilidad disminuída la razón está en que «esa deficiencia puede en alguno—no necesariamente en todos—constituir la base de una peligrosidad que va más allá del valor objetivo del hecho cometido» y entonces la pena atenuada «no constituye sino el mínimo de la medida de seguridad, cuya determinación temporal deberá ser hecha a posteriori. Y toda vez que en este punto nos movemos entre una pena privativa de libertad y una internación con fines terapéuticos y asegurativos. Aquí es donde se ve operar en máximo grado la idea de la no incompatibilidad de ambas medidas *en cuanto a su ejecución*. Este es el plano en el cual la pena y la medida de seguridad, manteniendo ambas su carácter específico, resultan en la ejecución perfectamente vicariantes: si un semiimputable no se muestra peligroso pero su defecto es corregible por procedimientos terapéuticos, su pena puede cumplirse en establecimiento o sección especial. Inversamente, si no se hace necesario tratamiento especial alguno, la medida puede cumplirse en establecimiento penitenciario». Perdónese lo extenso de la cita en gracia a que hemos llegado a la parte más importante del proyecto, a la que más profundas innovaciones supone en el Código vigente.

Como acabamos de ver, la palabra peligrosidad no aparece en el fundamento de la introducción de las llamadas «medidas de seguridad» sino al hablar de los inimputables. La idea diferencial se busca por el autor del Proyecto no en el fundamento de la medida sino en la medida misma. Si la sanción es proporcionada a la gravedad objetiva del hecho, entonces tenemos la pena; si es indeterminada, entonces se trata de una medida de seguridad. De otra parte, como queda dicho, la peligrosidad se ha de tener en cuenta para la medida de la pena (47). Pudiera pensarse que el fundamento de la pena es la culpabilidad y el de la medida la peligrosidad. No ocurre así desde el momento que la peligrosidad desempeña un papel en la medida de la pena (47). Sin embargo, al hablar de los habituales emplea una frase que quizá encierre la clave del pensamiento del autor en esta *vexata quaestio*: «son manifiestas en tales casos las exigencias de seguridad». La medida de seguridad vendría determinada así por «exigencias de seguridad», por una defensa social. Corroborra hasta cierto punto esto lo que se dice en el Proyecto a propósito de la defensa social (48). No deja, sin embargo, de ser la fundamentación del sistema dualista una de las más confusas de la *Exposición de Motivos*. Quizá porque culpabilidad y peligrosidad son dos conceptos que no pueden aislarse como de ordinario se hace, ni tampoco cabe contraponer tajantemente la defensa social y la retribución. Quizá porque estemos en la hora en que se pone más de relieve que los con-

---

(47) Proyecto, art. 73, antes aludido en el texto.

(48) *Exposición de Motivos*, pág. 12, núm. 30.

ceptos jurídico-penales son complejos, sumamente complejos, y que se resisten a toda simplificación unilateral demandando una revisión más profunda de la que han hecho los brillantes estudios dogmáticos a que vienen siendo sometidos.

Es notable la prudencia con que se regulan en el Proyecto las medidas, empleando una técnica legislativa digna de encomio. No nos encontramos aquí, como en el Código Rocco o en el Proyecto alemán de 1958, una normación prolija y minuciosa, más propia de un reglamento que de una ley. El Proyecto consagra a la materia los artículos 84 a 92, donde con una conveniente sobriedad establece los presupuestos básicos de aplicación y ejecución de las medidas. Es de notar que en el artículo 90 se desliza un concepto que no aparece hasta ahora en el articulado, el de *reiteración*. La reiteración existe «cuando los delitos juzgados en una o en varias condenas sean cinco por lo menos, y la escala penal correspondiente a dos de ellos tenga un máximo superior a tres años de prisión». Para la reiteración no se toman en cuenta los hechos cometidos con más de cinco años de antelación (sin computar el tiempo de cumplimiento de una pena privativa de libertad o de duración de un período de prueba), ni los realizados antes de cumplir los dieciocho años de edad. De nuevo se emplea aquí un criterio mecanicista, sin consideración a los progresos de la Criminología que pueden ofrecer hoy puntos de apoyo más justos.

#### d') *La acción.*

La regulación del Proyecto es más detallada y en conjunto más acertada que la vigente. Particular interés tiene la ampliación del número de delitos perseguibles a «instancia privada». Actualmente son (art. 72): violación, estupro, raptó y ultrajes al pudor (48). En el Proyecto (art. 95): violación, estupro, raptó, contagio venéreo, abusos deshonestos, lesiones leves, agresión (49), incumplimiento del «deber alimentario», amenazas del artículo 192 y violación de domicilio del artículo 203. La tendencia a oficializar todos los delitos responde a tendencias moralizantes fuera de lugar en un Código penal.

#### *La Parte especial.*

Numerosísimas son aquí las innovaciones e imposible detenerse en cada una de ellas dados los límites de este trabajo, cuyo principal objeto es llamar la atención sobre el meritorio Proyecto de Soler. Daremos, como en la Parte general, el sistema y luego mencionaremos algunas de las novedades más salientes dentro de cada uno de los grandes grupos de delitos.

---

(49) En los delitos de lesiones y agresión con armas puede procederse de oficio «por razones de seguridad e interés público» (arts. 128 y 139).

a) *El sistema.*

*Código penal de 1922 (50).*

- I. Delitos contra las personas.
  1. Delitos contra la vida.
  2. Lesiones.
  3. Homicidio o lesiones en riña.
  4. Duelo.
  5. Abuso de armas.
  6. Abandono de personas.
- II. Delitos contra el honor.
- III. Delitos contra la honestidad.
  1. Adulterio.
  2. Violación y estupro.
  3. Corrupción y ultrajes al pudor.
  4. Rapto.
  5. Disposiciones comunes a los capítulos anteriores.
- IV. Delitos contra el estado civil.
  1. Matrimonios ilegales.
  2. Supresión y suposición del estado civil.
- V. Delitos contra la libertad.
  1. Delitos contra la libertad individual.
  2. Violación de domicilio.
  3. Violación de secretos.
  4. Delitos contra la libertad de trabajo y asociación.
  5. Delitos contra la libertad de reunión.
  6. Delitos contra la libertad de la prensa.
- VI. Delitos contra la propiedad.
  1. Hurto.
  2. Robo.
  3. Extorsión.

*Anteproyecto.*

- I. Delitos contra la vida.
  1. Homicidio.
  2. Aborto.
  3. Lesiones.
  4. Duelo.
  5. Riña y agresión.
  6. Exposición de personas a peligro.
- II. Delitos contra el honor.
- III. Delitos contra la honestidad.
  1. Violación, estupro y abuso deshonesto.
  2. Rapto.
  3. Corrupción, proxenetismo y rufianería.
  4. Ultraje al pudor público.
- IV. Delitos contra la familia.
  1. Matrimonios ilegales.
  2. Atentados contra el estado civil.
  3. Sustracción de menores.
  4. Incumplimiento de deberes alimentarios.
- V. Delitos contra la libertad.
  1. Delitos contra la libertad individual.
  2. Delitos contra la libertad de determinación.
  3. Delitos contra la libertad de reunión y de prensa.
- VI. Delitos contra el ámbito de intimidad.
  1. Violación de secretos.
  2. Violación de domicilio.

---

(50) Los números romanos indican el título; los arábigos, el capítulo.

4. Estafas y otras defraudaciones.
  5. Quebrados y otros deudores punibles.
  6. Usurpación.
  7. Daños.
  8. Disposiciones generales.
- VII. Delitos contra la seguridad pública.
1. Incendios y otros estragos.
  2. Delitos contra la seguridad de los medios de transporte y de comunicación.
  3. Piratería.
  4. Delitos contra la salud pública. Envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas.
- VIII. Delitos contra el orden público.
1. Instigación a cometer delitos.
  2. Asociación ilícita.
  3. Intimidación pública.
  4. Apología del crimen.
- IX. Delitos contra la seguridad de la Nación.
1. Traición.
  2. Delitos que comprometen la paz o la dignidad de la Nación.
- X. Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional.
1. Rebelión.
  2. Sedición.
  3. Disposiciones comunes a los capítulos precedentes.
- XI. Delitos contra la administración pública.
3. Turbación de actos religiosos y de la paz de los difuntos.
- VII. Delitos contra la propiedad.
1. Hurto.
  2. Robo.
  3. Extorsiones.
  4. Estafa y otras defraudaciones.
  5. Administración fraudulenta y apropiaciones indebidas.
  6. Usurpaciones.
  7. Daños.
  8. Disposición general.
- VIII. Delitos contra la buena fe en los negocios.
1. Quiebra.
  2. Usura y agiotaje.
  3. Delitos contra la confianza pública.
- IX. Delitos contra la seguridad común.
1. Incendio y otros estragos.
  2. Delitos contra los medios de transporte y de comunicación.
  3. Piratería.
  4. Delitos contra la seguridad pública.
- X. Delitos contra la tranquilidad pública.
- XI. Delitos contra la seguridad de la Nación.

1. Atentado y resistencia contra la autoridad.
  2. Desacato.
  3. Usurpación de autoridad, títulos y honores.
  4. Abusos de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos.
  5. Violación de sellos y documentos.
  6. Cohecho.
  7. Mauversación de caudales públicos.
  8. Negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas.
  9. Exacciones ilegales.
  10. Prevaricato.
  11. Denegación y retardo de justicia.
  12. Falso testimonio.
  13. Encubrimiento.
  14. Evasión.
- XII. Delitos contra la fe pública.
1. Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito.
  2. Falsificación de sellos, timbres y marcas.
  3. Falsificación de documentos en general.
  4. Disposiciones comunes a los capítulos precedentes.
  5. De los fraudes al comercio y a la industria.
  6. Del pago de cheques sin provisión de fondos.
- Disposiciones complementarias.
1. Actos de traición.
  2. Delitos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación.
  3. Sabotaje.
- XII. Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional.
1. Atentados políticos.
  2. Disposiciones comunes a los capítulos precedentes.
- XIII. Delitos contra la voluntad popular.
- XIV. Delitos contra la autoridad pública.

- XV. Delitos contra la administración de justicia.
  1. Falso testimonio y soborno de testigo.
  2. Falsas acusaciones.
  3. Encubrimiento.
  4. Evasión y quebrantamiento de pena.
- XVI. Delitos contra los deberes de la función pública.
  1. Abusos de autoridad.
  2. Corrupción de funcionarios.
  3. Concusión y exacción.
  4. Prevaricato y patrocinio infiel.
  5. Peculado y malversación.
- XVII. Delitos contra a fe pública.
  1. Falsificación de documentos en general.
  2. Falsificación de moneda y otros valores.
  3. Falsificación de sellos, señas y marcas.

b) *Observaciones generales.*

El *Proyecto* contiene 39 artículos más que el Código penal vigente, distribuidos en diecisiete títulos en lugar de doce. Las novedades son: Tit. IV: Delitos contra la familia, en lugar de delitos contra el estado civil; VI: Delitos contra el ámbito de la intimidad, que recoge parte de los antiguos delitos contra la libertad; VIII: Delitos contra la buena fe en los negocios, que atrae parte del contenido del antiguo título de delitos contra la propiedad; IX: Delitos contra la seguridad común, en lugar de seguridad «pública»; X: Delitos contra la tranquilidad pública; XIII: Delitos contra la voluntad popular; XIV: Delitos contra la autoridad pública; XV: Delitos contra la administración de justicia; XVII: Delitos contra los deberes de los funcionarios, que recoge parte de los delitos contra la administración pública.

c) *Delitos contra la vida.*

En este título destacan varias modificaciones de sobresaliente importancia. Señalemos en primer lugar la mejor sistematización (característica general del *Proyecto*). Se tiene en cuenta la *Con-*

vencción sobre el genocidio, suscrita por la Argentina (51). Se introduce el homicidio por piedad. Limita el privilegio, en el infanticidio, a la madre (53). Trae a este lugar el delito de contagio venéreo (54). Declara impunes las lesiones producidas con el consentimiento del lesionado «cuando la acción tiene por fin beneficiar la salud de los demás» (55). El que ahora es capítulo VI, «Abandono de personas» pasa a rubricarse «Exposición de personas a peligro» (56), incluyendo aquí el hecho de dejar sin auxilio a la víctima de un accidente de tráfico por parte del que tuvo intervención en él (57).

c) *Delitos contra el honor.*

El Código vigente, en sus artículos 109 y 110, estructura estos delitos de manera análoga al Código español. El *Proyecto* introduce sustanciales modificaciones. Aparece una nueva figura: la di-

---

(51) La fórmula adoptada por el *Proyecto* ha sido considerar como «homicidio calificado» el cometido «por odio racial o religiosa...» (art. 111, número 4.º). Las razones técnicas se dan en la *Exposición de Motivos*, pág. 19 y sig.: «Los perfiles de este delito son considerablemente borrosos en más de un aspecto, y son conocidos los peligros que comportan en derecho penal esa clase de vaguedades frente al principio *nullum crimen sine lege*. Por eso preferimos fijar con la mayor exactitud posible la consecuencia legislativa de la citada convención (sobre el genocidio): el odio racial constituye una circunstancia agravante de calificación para el homicidio, las lesiones y la agresión. Este es un aspecto que nos parece claro. Por lo que hace a los propósitos de exterminación de muchas personas, parece que las previsiones sobre concurso de delitos y sobre seguridad son suficientes. Diez homicidios no constituyen una figura distinta de la de un homicidio, por el solo hecho de ser diez.»

(52) *Proyecto*, art. 112 (Infanticidio): «Se impondrá prisión de uno a cinco años a la madre que para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o poco tiempo después». En el Código vigente el máximo es de tres años de reclusión.

(53) *Proyecto*, art. 119 («Aborto por causa de horror»): «Si el aborto hubiera sido cometido para ocultar la deshonra de la mujer, sea por ella misma, sea por terceros con el consentimiento de aquélla, la pena será la prisión hasta dos años. Si ocurriera la muerte de la mujer, la pena será de uno a cuatro años de prisión.»

(54) *Proyecto*, art. 129 («Contagio venéreo»): «El que sabiéndose atacado de enfermedad venérea, ejecutare otros actos que importen peligro de contagio, será reprimido con prisión hasta un año o multa hasta sesenta días. Si el contagio ocurriere, la pena será de prisión de uno a cuatro años. Este hecho sólo será perseguible a instancia privada.»

(55) *Proyecto*, art. 130.

(56) Comprende a: Exposición y abandono de personas (art. 141), abandono por causa de honor (art. 142) y omisión de auxilio (art. 143).

(57) *Proyecto*, art. 141: «El que pusiere en peligro la vida o la salud de alguien, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado...» Insiste SOLER en que este delito es distinto del de «fuga del lugar del accidente» que él incluye entre los delitos de «evasión y quebrantamiento de pena» (*Proyecto*, art. 331).

mación (58), definiendo la injuria y la calumnia, por este orden, sobre distintas bases que el Código vigente (59). Crea el delito de ofensa a la memoria de un difunto (60).

d) *Delitos contra la honestidad.*

El adulterio deja de ser delito (61). El abuso deshonesto se lleva al capítulo de la violación y estupro. Traza la diferencia entre corrupción y proxenitismo. Castiga la rufianería (62) y la trata de mujeres y menores (63).

e) *Delitos contra el ámbito de la intimidad.*

La formación de este título se basa en considerar que la intimidad es un bien jurídico que modernamente ha encontrado cada vez más amplio reconocimiento (64). A juicio de Soler su protección a través de «su vinculación con la libertad, según lo hace el Código y con él la mayoría de las legislaciones, resulta algo rebuscada», arrojando sobre todo mayor luz sobre algunos elementos especiales de los delitos relativos a la turbación de actos de culto y contra la paz de los difuntos. Consolida el delito recogido ya en la ley 750, de captación indebida de comunicaciones (65).

f) *Delitos contra la propiedad.*

Mantiene el título: delitos contra la *propiedad*, en contra de las tendencias modernas a sustituir esta expresión por la de delitos con-

(58) *Proyecto*, art. 145.

(59) Distingue entre injuria (*Proyecto*, art. 144) y difamación (*Proyecto*, art. 145), según que la ofensa se dirija directamente a la víctima o se verifique ante terceros. La «calumnia y difamación calumniosa» consiste, según el *Proyecto*, art. 146, en imputar falsamente un «delito doloso o una conducta criminal indeterminada».

(60) *Proyecto*, art. 148. No es explicable por qué el *Proyecto* no extiende el derecho de acusar al heredero, ni por qué se limita a las «expresiones injuriosas o difamatorias».

(61) Conformes con la supresión, no lo estamos con la fundamentación que se da en *Exposición de Motivos*, pág. 21, núm. 58, donde se dice que «para que ese hecho subsista como causa de divorcio, no es necesario incluir en el Código penal una figura totalmente carente de aplicación». Las razones para que subsista o desaparezca una figura de delito creemos que no tienen nada que ver con el uso que de ella se haga en un proceso extrapenal.

(62) *Proyecto*, art. 171. La ausencia de esta infracción, dice, es una deficiencia notoria del Código penal vigente.

(63) *Proyecto*, art. 172.

(64) *Exposición de Motivos*, pág. 8, núm. 11.

(65) *Proyecto*, art. 198 («captación indebida de manifestaciones verbales»): «Será reprimido con prisión hasta seis meses o con multa hasta sesenta días el que grabare las palabras de otros no destinadas al público, sin su consentimiento, o el que mediante procedimientos técnicos escuchare manifestaciones privadas que no le estén dirigidas.»

tra el patrimonio. En la *Exposición de Motivos* (66) se explica con buenas razones esta posición. «El «patrimonio»—se dice en ella—no es un bien jurídico», pues aun cuando se diga que es el conjunto de bienes, «forma un todo jurídico, una universalidad de derecho, que no puede ser dividida sino en partes alicuotas» (Código civil, 2.312, nota), lo cual ocurre porque dentro de él, para fijar su monto, es forzoso contar las deudas. Lo que la ley penal protege no es esa abstracción, sino la propiedad del titular del patrimonio sobre todos y cada uno de los bienes que lo integran.»

Sigue el sistema típicamente español de distinguir robo con fuerza en las cosas y robo con violencia o intimidación en las personas (67) aumentando el número de hurtos agravados.

Se esfuerza en separar, mediante distinto *nomen iuris*, la estafa propia de la impropia, a la que denomina *estellionato* (68).

g) *Delitos contra la buena fe en los negocios.*

En el Código vigente figura entre los delitos contra la fe pública y en ellos como «fraudes al comercio y a la industria» el hacer alzar o bajar el precio de las mercaderías, fondos públicos o valores, por medio de noticias falsas, negociaciones fingidas o por reunión o coalición, entre los principales tenedores de una mercancía o género con el fin de no venderla sino a un precio determinado» (art. 300, núm. 1.º). Este precepto y las dificultades suscitadas por la ley contra los monopolios, núm. 12.906, se obvian, con una muy interesante fundamentación, en la fórmula que da el artículo 235 del *Proyecto* al delito de agiotaje (69). Ofrece también motivos de estima la concepción que preside el capítulo 3, donde se agrupan el ofrecimiento fraudulento de efectos, la publicación y autorización de balances falsos, la autorización de actos indebidos, la competencia desleal y el libramiento de cheques sin provisión de fondos.

h) *Delitos contra la seguridad común.*

El cambio de los términos «seguridad pública» por los de «seguridad común» se justifica porque aquella expresión «es equívoca,

(66) *Exposición de Motivos*, pág. 8, núm. 12.

(67) *Proyecto*, art. 210. Es de notar que no se menciona ningún elemento subjetivo del injusto, como lo es el ánimo de lucro en nuestro derecho, bastando el apoderamiento ilegítimo de la cosa mueble «total o parcialmente ajena».

(68) *Proyecto*, art. 215.

(69) *Proyecto*, art. 235 («agiotajes»): «Será reprimido con prisión de seis meses a tres años y con multa no menor de treinta días el que, con el propósito de alcanzar un lucro inmoderado para sí o para un tercero, tratara de hacer alzar o bajar el precio de mercaderías, valores o tarifas mediante negociaciones fingidas, noticias falsas, acaparamiento, destrucción de productos o convenios con otros productores, tenedores o empresarios. La pena de prisión se elevará un tercio si se lograse la alteración de los

ya que propiamente se trata aquí de la seguridad general de la gente», añadiendo que, «por otra parte, es tradicional y correcta la designación de estos delitos como de peligro común» (70). Partiendo de esta base no es fácil de explicar por qué se mantiene la denominación de delitos contra «la seguridad pública» en el capítulo 4 de este título, a no ser que se trate de una errata y que se haya querido decir, como parece por el contenido, delitos contra «la salud pública».

i) *Delitos contra la tranquilidad pública.*

Sustituye la expresión «orden público» que usa el Código vigente por la de tranquilidad pública. Porque, «en derecho, esa expresión posee un sentido técnico que no tiene nada que ver con el bien jurídico que se protege en esta parte del Código, en la cual la palabra «orden» está empleada en el sentido externo de paz y tranquilidad social» (71).

j) *Delitos contra la voluntad popular.*

No hay razón alguna, se dice en la *Exposición de Motivos* (72), «para que las infracciones básicas de esta materia no se encuentren en el Código penal... Los fraudes electorales no solamente son delitos cuyo lugar está en el Código, sino que deben ser objeto de represión severa... si la idea de democracia representativa debe dejar de ser una ficción».

k) *Delitos contra la administración de justicia.*

Los novedades son: denuncia y querrela calumniosas, calumnia real, simulación de delito, autocalumnia, quebrantamiento de inhabilitación y fuga del lugar del accidente. Es de notar que se incluyen en este título el favorecimiento y la receptación bajo el común denominador de encubrimiento, a pesar de que se reconoce que en la receptación «es evidente la prevalencia del interés en proteger la propiedad» (73).

l) *Delitos contra los deberes de la función pública.*

Muy notables son las reformas que aquí se proponen. Nos limitaremos, sin embargo, a subrayar la sanción—a nuestro juicio acertada en la fórmula y en la fundamentación—del enriquecimiento ilícito de los funcionarios (74) bajo cuyo concepto se castiga la in-

precios y el doble si en tal caso se tratare de artículos alimenticios de primera necesidad.

(70) *Exposición de Motivos*, pág. 9, núm. 14.

(71) *Exposición de Motivos*, pág. 9, núm. 15.

(72) *Exposición de Motivos*, pág. 24, núm. 71.

(73) *Proyecto*, art. 323.

(74) *Proyecto*, art. 346. Aquí se castiga no sólo el cohecho y el apro-

terposición de influencia y la utilización de conocimientos oficiales en beneficio privado; pero, además, y éste es el más singular acierto, el no justificar, «al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento considerable a su patrimonio posterior a la asunción de un cargo público», porque se dice en la fundamentación del artículo 346 en cuestión, «la sola circunstancia del cambio no aclarado de fortuna de los funcionarios públicos constituye en sí misma un grave mal ejemplo de una república, porque la gente, guiada por puro sentido común, sospecha de la coincidencia temporal entre el enriquecimiento y el desempeño de una función, especialmente si el hecho pasa en silencio, sin explicación alguna».

#### 11) *Delitos contra la fe pública.*

Es más acertada la sistematización que sigue el *Proyecto* que la del Código vigente. Lo más destacado es, sin duda, la ampliación en los delitos de falsificación de moneda, equiparando la moneda extranjera a la nacional. Se consideran equiparados a la moneda una serie de documentos oficiales «dotados de una circulación semejante a la moneda o negociables en la Bolsa» (75).

#### *Conclusiones críticas.*

El *Proyecto* del doctor Soler es merecedor de todo encomio. Es una muestra de la madurez del estudio de la ciencia del Derecho penal en la nación argentina. El estilo es correcto. Las fórmulas, sobrias y comprensivas. La reelaboración sistemática grande, cualesquiera que sean las discrepancias que puedan separarnos de este aspecto de su trabajo, cuyo mérito no cabe desconocer. El enlace entre la tradición legislativa de su país y las concepciones modernas se verifica sin fisuras ni violencias. Me complazco en felicitar al maestro y colega argentino, rogándole que me permita enorgullecerme de que en la estirpe hispánica haya un penalista que haya sido capaz de abordar la difícilísima tarea de proyectar un Código penal y llevarla a buen término, de modo congruente con sus propósitos, sin alterar con confusos extranjerismos los perfiles de su cultura jurídica penal ni renunciar tampoco a la utilización de los progresos de la ciencia penal en los últimos decenios. Sólo sentimos que no haya sido objeto de mayor relieve la común herencia jurídica que es el patrimonio de Iberoamérica, pero en esto la culpabilidad recae un poco sobre todos y no sólo sobre el *Proyecto*, cuya bondad no queda empañada por ello.

---

vechase con fines de lucro de los conocimientos que le «depara su cargo, sino también el no justificar «el ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento considerable a su patrimonio, posterior a la asunción de un cargo público»

(75) *Proyecto*, art. 369.



# La crisis del contenido sustancial del delito

CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO

Fiscal de la Audiencia de Pontevedra

SUMARIO: Planteamiento.—1. La crisis histórico-política del contenido sustancial del delito como lesión de bienes jurídicos.—2. La concepción del delito como violación de un deber: su formulación y su crisis. Observaciones críticas.—3. Los presupuestos de la doctrina del bien penalmente protegido en las modernas corrientes jurídicas.—4. El auténtico valor funcional del bien jurídico en el concepto ontológico del delito y en el Derecho penal.—5. El concepto jurídico de deber y su valor funcional.—6. Apéndice: La dogmática penal marxista en relación con la doctrina del bien jurídico.

Al completarse la primera treintena de este siglo, el concepto jurídico del delito parecía haber llegado a su máxima perfección, cristalizando en una definición—la llamada técnico-jurídica—y un contenido esencial—centrado en la lesión de un bien jurídico—que se presentaban como frutos de una tenaz labor dogmática, generalmente aceptados y considerados por la mayoría de los penalistas de la época como construcciones acabadas e insuperables que se esperaba reinaran ya por siempre en el Derecho penal. Todos de acuerdo en los principios fundamentales, parecía quedar abierto tan sólo el camino para los bizantinismos, las sutilezas y la labor de detalle, en la que se agotaban no pocas energías y en muchos de cuyos puntos un observador sagaz y providente habría podido señalar las grietas por las que penetrarían los elementos corruptores de tan perfecta doctrina: La disputa en torno al valor funcional de la tipicidad, los llamados elementos subjetivos del injusto, el insuficiente concepto de la antijuricidad objetiva, el propio formalismo de la definición del delito, sometido a disección anatómica en perjuicio de la unidad funcional, eran como los anuncios de una interna descomposición que muy pronto habría de hacerse patente cuando ciertos autores, empachados ya de tanto dogmatismo, sometieran a revisión todos los conceptos que hasta el momento se tenían por conquistas inmutables.

Los años que siguieron, azarosos, inquietantes, dominados por la política y el conflicto internacional, de un lado, permitieron a un sector de la naciente doctrina quemar las etapas, afiliando sus ideas a los principios políticos dominantes y, del otro, no

fueron precisamente propicios para la fría discusión doctrinal. Pero, pasada la efervescencia pre y post-bélica, parece llegar el momento de volver la vista atrás fijándola en los puntos en que se centró la crítica del concepto jurídico del delito y deducir los resultados de la crisis por que atravesó.

Para los penalistas de los años veinte—alemanes, italianos y ciertos españoles—el delito se presentaba sustancialmente como una ofensa a un bien jurídicamente protegido (1). Dicho de otra manera: la función del ordenamiento jurídico-penal era la protección o garantía de los «intereses vitales del individuo o de la comunidad» (2), esto es, aquellos intereses que se estiman necesarios a la convivencia social. La lesión de alguno de esos bienes tutelado por una norma penal constituía el llamado *objeto jurídico* del delito, su *contenido sustancial*. En la lesión o puesta en peligro de un bien (según que el interés protegido fuera dañado o simplemente amenazado) se concretaba el «daño penal» o «perjuicio jurídico» del delito. El concepto de bien jurídico tiene tal trascendencia rectora en la doctrina penal de la época que se convierte en elemento indispensable para la interpretación penal, a la que se otorga un sentido teleológico en cuanto «conocer cuál es el bien y el interés lesionado y amenazado por un delito dado significa conocer el fin que la ley se propone» (3) y con él se posee «reducido a la fórmula más sencilla, el *valor objetivo* al que la Ley penal concede protección» (4).

(1) Es claro que, aunque en el texto nos refiramos a la época en que la doctrina parece cristalizar con visos de permanencia, el concepto de bien jurídico y el destaque de su importancia como objeto de la tutela es muy anterior. En el siglo precedente y en Alemania nace tal doctrina: BIRNBAUM (*Ueber das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, in «Archiv des Criminalrechts», 1834, págs. 173 y ss.) fué el primero que inicia esa doctrina que se extiende a todas las ramas del Derecho y que IHERING populariza con su famosa definición: «Es bien todo aquello que puede sernos útil.»

(2) Según la célebre fórmula de V. LISTZ. Cfr. *Tratado de Derecho penal*, trad. esp. de ASÚA, Madrid, 1916, t. II, pág. 2. Sabido es que esa doble titularidad de los bienes jurídicos, que pueden pertenecer al individuo o a la Sociedad, es el punto de partida utilizado por el autor para clasificar los tipos de la Parte especial.

(3) A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, 1913, pág. 580. La concepción metodológica del bien jurídico, iniciada por HONIG (*Die Einwilligung des Verletzten*, 1919), tiende a identificar el bien jurídico con el fin de los preceptos penales. El bien jurídico será según esa concepción la forma más sucinta de expresar el fin de la norma o, como dice el propio HONIG, «aquella síntesis con la que el pensamiento jurídico ha tratado de captar en forma comprimida el sentido y fin de los diferentes preceptos penales».

(4) E. MEZGER (*Tratado de Derecho penal*, trad. esp. de Rodríguez Muñoz, 2.ª ed., Madrid, Edit. Rev. de Der. Priv., t. I, pág. 387) sigue las orientaciones de HONIG (op. cit.) y SCHWINGE (*Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, 1930) sobre la concepción metodológica del bien jurídico. (Para la equivalencia entre «valor objetivo» y «bien jurídico», vid. págs. 386-387.) *Concepción metodológica* que BETTIOL estima prefe-

En cuanto al concepto formal del delito, a su definición a través de los caracteres que ha de reunir el hecho ilícito sancionado con pena, se construye desde BELING (5) a base de cuatro elementos fundamentales: antijuricidad, tipicidad, culpabilidad y punibilidad. Sobre las relaciones que entre ellos guarden y sobre la inclusión o la supresión por superfluo de alguno de ellos, versan las variantes de la definición de cada autor.

Pues bien, la crisis se presenta en esos dos aspectos del concepto de delito: En lo sustancial, negando eficacia preponderante al bien jurídico para afirmar que la esencia del delito radica en la violación de un deber. En lo formal, negando la necesidad de la inclusión en la definición del delito de alguno de aquellos caracteres que se tenían por fundamentales. La sustancia influye en la forma y al desviar el peso del contenido del delito, de la lesión de un derecho ajeno a la infracción de un deber propio, desplaza el acento de la esencia del concepto del terreno de la contrariedad con el derecho o antijuricidad, al de la contrariedad con el deber o culpabilidad. Este último elemento de la definición sitúase en primer plano y pretende absorber a la antijuricidad. La definición del delito pasa con ello de ser una enumeración de elementos a ser un concepto monolítico.

Surgen así nuevos conceptos del delito, tanto en su sustancia como en su forma, y por un momento parece que el Derecho penal va a dar un giro total en su orientación: del objetivismo al subjetivismo, del particionismo al unitarismo. Pero el triunfo de las democracias y el de los valores puestos en juego por el Iluminismo y en aquéllas encarnados, detiene la nueva corriente y permite prescindir de todos aquellos conceptos ligados a determinados presupuestos políticos y filosóficos y centrar la discusión en el puro terreno dogmático con la circunstancia de que el apoyo de los principios inspiradores del mundo occidental está de parte de la concepción tradicional.

1. El hecho ilícito penal, el delito, se resuelve precisamente en la creación de una situación fáctica opuesta a aquel valor cuya

---

rible, haciendo con ella que el bien o valor jurídico sea sinónimo del fin a que el legislador tiende al dictar la norma (*Diritto penale*, IV edizione, Palermo, 1958, pág. 142). Contra esta corriente ha observado DAHM que este concepto metodológico del bien jurídico no constituye ningún progreso, ya que se resuelve en designar con una palabra el fin de la ley, con lo que nada se añade a lo que ya se sabía (Cfr. DAHM, *Die Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, 1937, pág. 230; en análogo sentido SCHAFFSTEIN, *Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht*, pág. 61 y sigs.).

(5) BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906. Lo característico de este autor estriba, como es sabido, en su construcción del tipo o «Tatbestand», ya que los conceptos de antijuricidad, culpabilidad y punibilidad eran constitutivos del concepto de delito en Alemania desde BOHEMERO, práctico del siglo XVIII (*Elementa Jurisprudentiæ Criminális*, 1732), quien lo definió como «un acto libre (acción u omisión), antijurídico, culpable y punible».

necesidad afirma el Derecho objetivo. A través del antiguo concepto del delito como violación de derechos subjetivos se llega, tras una elaboración dogmática, a la concepción del delito como lesión de bienes jurídicos que están en el núcleo de las incriminaciones, con lo que el ilícito penal se refiere siempre a actos que atacan esos intereses humanos considerados como fundamentales. Concepción ésta a la que el Derecho penal llegó no sin retraso, quizá influido por un antiguo peso ético (delito = pecado) que le impedía considerar el carácter alterativo del Derecho y pretendía influir incluso sobre el ánimo interno, olvidando que las normas jurídicas deben limitarse a regular relaciones externas, conflictos intersubjetivos, por lo que lo ilícito no puede ser, a su vez, otra cosa que invasión de la esfera jurídica ajena, agresión de intereses y desconocimiento de poderes atribuidos por el Derecho a los otros sujetos de la coexistencia humana, como certeramente señaló V. Hippel (6). Y cuando por fin la concepción de la ilicitud penal adquiere como idea central la de la lesión de intereses o bienes jurídicamente protegidos trayendo al primer plano el carácter intersubjetivo de las relaciones jurídicas perturbadas por el acto antisocial y antijurídico en que consiste el delito, la seguridad jurídica, que toda objetividad representa (7), se ve nuevamente en peligro por otra exacerbación del idealismo ético estatal que pretende lograr de los sujetos, no ya el acatamiento externo de las normas jurídicas, sino su interna aceptación.

Pero antes de llegar a tan repudiable exacerbación la noción del bien jurídico había de sufrir hondas transformaciones a las que no era ajena la confusión del concepto de «bien jurídico» con él

(6) V. HIPPEL, *Deutsches Strafrechts*, vol. II, pág. 185.

(7) Esta «objetivización» del Derecho penal debe tenerse como una conquista en cuanto señala los límites de la rama punitiva del ordenamiento jurídico, que por contener en sus preceptos las sanciones jurídicas más fuertes y que representan el máximo de restricción de derechos individuales imponible jurídicamente, es necesario que sea limitado dentro de términos fijos y predeterminados; fijeza y predeterminación que sólo se consigue cuando se recurre a módulos objetivos. La necesidad de esa objetividad y de renunciar a todo intento de convertir el Derecho en un ordenamiento ético que domine no sólo la conducta externa del hombre, sino su interna subjetividad, aparece reconocida por todos, incluso por quienes no ocultan sus simpatías hacia una concepción del Estado y del Derecho como realizador de fines humanos trascendentes. Así MORO, quien, sin embargo, ha de reconocer que «cuanto más fundada está en suma la pretensión del ordenamiento jurídico ideal de dominar la vida entera del hombre hasta su experiencia más estrictamente personal, tanto más inadmisiblemente se vuelve si se tiene en cuenta este o aquel ordenamiento histórico. Habría que desarrollar otra sensibilidad ética, habría que realizar una adhesión constante y desinteresada más alta de los valores en todos para poder en este sentido abandonarse sin residuos a la vida jurídica como plenamente comprensiva de toda instancia moral superior del hombre. Un tal desarrollo de la civilización humana no se ha alcanzado hasta hoy, ni nosotros, por lo demás, sabríamos decir si puede ser realizado alguna vez» (Cfr. *La antijuridicidad penal*, trad. de Santillán. Edit. Atalaya, Buenos Aires, págs. 94 y 95).

de «derecho subjetivo» (8), propia de una filosofía liberal del Derecho que no concebía otro interés digno de protección que los que aparecían encarnados en un individuo, llegando incluso a configurar los intereses sociales y estatales como «derechos subjetivos», cuyo titular era el Estado como *persona jurídica*. Un bien jurídico encarnaba en una persona física o moral («el portador del interés») y el delito, al lesionar aquél convertía a ésta en «perjudicado».

Independizado de toda influencia «ius-naturalista», el concepto del derecho subjetivo se llenará de contenido político y representará el triunfo de la concepción individualista y un instrumento de la lucha del individuo frente al Estado. En primera línea, los derechos subjetivos públicos o «derechos innatos» del hombre, campeones de la libertad individual; detrás los derechos subjetivos privados, que proclaman el «poder de la libertad» del individuo. Pero esa alianza entre el concepto jurídico del derecho subjetivo y la idea política de la libertad individual atraerá sobre aquél todos los ataques de quienes buscan imponer otras ideas: socializantes, estatistas, comunistas, al pretender reemplazar el individuo por el grupo, proclamarán la negación de los derechos subjetivos y la sustitución del concepto por otras nociones, no siempre concretas y manejables jurídicamente. El positivismo francés, que basa el derecho en la solidaridad social, no puede admitir facultades individuales, sino sólo funciones sociales (9). Los comunistas, discípulos del positivismo francés y favorecidos por la idea de la sumisión del individuo a la clase proletaria, negarán al hombre aislado todo derecho subjetivo y desembocarán en un co-

---

(8) Basta comparar las fórmulas utilizadas por IHERING y LISZT para definir respectivamente el derecho subjetivo y el bien jurídico, para comprender hasta qué punto están identificados ambos conceptos. Ya es sabido que para IHERING el derecho subjetivo es el «interés jurídicamente protegido» y ya dijimos que para V. LISZT el bien jurídico es «un interés vital del individuo o de la comunidad». El propio IHERING concibió el delito como un ataque a los intereses vitales de la comunidad, con lo que la identidad se hace completa. Sin embargo, mientras a V. LISZT y a IHERING se les tolera la confusión, enmascarada tras la fórmula del interés, que sirve también de soporte a los «ius-privativistas» para la definición del derecho subjetivo, se ataca más fuertemente la doctrina inicial de FEUERBACH, de LÖNING y hasta de BINDING, que utilizaban la expresión en la más pura significación que es propia de su época. Reprochar a esta última concepción su formalismo, como hace MEZGER (cfr. *Tratado*, pág. 384), a pretexto de que el derecho subjetivo es emanación del objetivo, con lo que nada se dice «sobre el contenido positivo de éste», es olvidar que los derechos subjetivos, que como todo concepto jurídico tiene un apoyo normativo, no por eso carecen de propio contenido sustancial. Al rechazo de aquella posición habrá que llegar, pues, por otros caminos, como más adelante veremos.

(9) Iniciada la tesis por COMTE en su *Catechisme positiviste* (1852), puede verse desarrollada en DUGUIT, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón* (trad. esp.), y *L'Etat, le droit objectif y la loi positif*, 1901, pág. 143.

lectivismo estatista en el que el Estado asume todo interés y ejerce toda facultad. La misma idea totalitaria, negadora del derecho individual, reducirá a los miembros del Estado a la estricta condición de súbditos, es decir, sometidos.

Por este camino el concepto de «bien jurídico», en cuanto pudiera relacionarse con la idea de «derecho subjetivo», tenía que ser objeto de ataques y repudios. Políticamente era defendible una organización social en la que se desconocieran los derechos individuales reconociendo tan sólo los intereses colectivos; en la que toda iniciativa privada se excluyera, dejando el planeamiento de la actividad social a la Administración; en la que no cupiera más interés jurídicamente protegido que el encarnado en el Estado o en la clase dominante. Pero era preciso que en el edificio jurídico la piedra basilar del derecho subjetivo fuera sustituida por otro apoyo igualmente sólido. Para ello se aprovechó la doctrina normativista de la «Escuela de Viena» que, en su concepción piramidal del Derecho y sobre la base de su unidad, negó primero que el concepto de derecho subjetivo fuera algo independiente del concepto de la norma de que aquél nace (el derecho subjetivo no puede ser algo distinto del derecho objetivo) y pretendió después sustituir el concepto de derecho subjetivo por el de deber jurídico (10). El deber jurídico es el concepto primario, la consecuencia inmediata de la norma, más aún, constituye una misma cosa con ésta. El derecho subjetivo es una sombra, un aspecto del deber jurídico que aparece en aquellos casos en los que queda sometido a la voluntad de un particular el precepto jurídico que impone ese deber. Un paso más, la negación de esa facultad de disposición y su fusión en el Estado y aparecerá como único centro del Derecho la idea del deber jurídico como necesidad de sumisión de la voluntad individual a la voluntad estatal, esto es, como «deber de fidelidad».

Trasladándonos al terreno penal el problema plantéase aparentemente en término de simple cuestión dogmático-penal: Determinar si la esencia del delito consiste en ser *lesión de un bien jurídico* («Rechtsgutsverletzung») o *lesión de una obligación* («Pflichtverletzung»). Contienen dos escuelas: la de Kiel y la de Marburgo, aquélla sosteniendo la necesidad de sustituir la concepción del «bien jurídico» por la idea del «deber de fidelidad y lealtad al Estado»; los otros defendiendo la necesidad de la «lesión del bien jurídico» para una certera visión del contenido sustancial del hecho antijurídico penal.

2. Pero en la polémica se advierte bien pronto, con el triunfo del nazismo, un evidente tinte político. Luchan «la razón de Estado» contra la «razón del individuo»; las ideas tradicionales, contra la nueva corriente que pretende integrar el Derecho en la

(10) KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, 1941, págs. 76 y sigs.

Ética del Estado. Para las orientaciones nacional-socialista dominantes, Derecho es aquello que es útil a la comunidad; la pena es un medio para purificar biológicamente al pueblo; el delito un choque («Verstoss») contra la ordenación de las costumbres del pueblo alemán (11). Y la esencia de ese delito estriba en una deslealtad, en una falta de fidelidad del individuo hacia el Estado, encargado de señalar con sus mandatos las supremas directrices ético-políticas que los súbditos deben seguir, fomentando así la vida verdaderamente humana (12).

Las mismas críticas que se dirigen al concepto del bien jurídico son más de orden político que técnico:

Se le acusa de constituir una variante de la doctrina que concebía el delito como mera lesión de derechos subjetivos; un producto característico de la ideología del Iluminismo y el Liberalismo, que presuponia como existente una esfera natural y autónoma en la que el individuo no estaba sometido a ningún vínculo social; un

---

(11) Las ideas no eran del todo nuevas. Ha señalado WELZEL (*La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, en «Riv. it. di dir. pen.», 1951, pág. 2) que «mucho antes del nacional-socialismo la antijuricidad material fué caracterizada como daño social (*Socialschaedlichkeit*); justificado resultaba un hecho que reportase más utilidad que daño a la sociedad. En la culpabilidad fué puesto de relieve el momento éticamente indiferente de la peligrosidad; la pena fué convertida en una mera medida de defensa social; al juez debía tocar el papel de funcionario meramente administrativo de la Sociedad, con una misión más de previsión y seguridad que de aplicación del derecho». Lo que ocurre es que el nazismo tomó esa doctrina al pie de la letra y en un desarrollo de lógica teutónica la llevó a consecuencias insospechadas.

(12) El predominio del concepto ético-estatal en esta doctrina ha sido puesto de relieve por MORO (Op. cit., págs. 65 y sigs.): «Se ha inspirado, parece, en una concepción ética rigorista en el sentido kantiano con su afirmación del imperativo categórico, que compromete al sujeto, por la sola obligación racional de la conducta, a prescindir de todo motivo empírico que perturbe aquel pleno homenaje al deber, el cual es contramarea de la voluntad moral. Posición ésta adoptada como significativa también para la obligación jurídica en vista de la unidad afirmada de los ordenamientos jurídico y ético. Esto que podríamos bien llamar absolutismo del imperativo jurídico se colorea luego en función de la autoridad suprema del Estado soberano, el cual diseña precisamente el ideal de vida del individuo y lo impone con resolución tan enérgica que se esfume la consideración del fin por el cual es dado el mandato». En el trasfondo de la adopción de esa doctrina por parte del Estado nazi, no es difícil adivinar el deseo de exigir una plena compenetración del individuo con las directrices estatales. A un Estado tal no le interesa sólo la conformidad externa de sus súbditos, exige también una aceptación interna: fidelidad, lealtad, todo ello son situaciones anímicas que más pertenecen al ámbito ético de la conciencia, que al jurídico de la conducta. Es lógico también comprender que una concepción de ese tipo, nacida en un ambiente propicio al desarrollo de un concepto prusiano de la disciplina, no pudiera aceptar fácilmente la posibilidad de una investigación teleológica del mandato legal. El mero hecho de pretender averiguar el porqué de la orden, implica una posición crítica, incompatible con la exigencia de aquella sumisión fiel y leal del individuo a la dirección ético-política, que sólo el Führer, como intérprete de la «voluntad del pueblo», podía señalar.

concepto puramente materialista que parecía concebir los delitos como un ataque contra objetos corporales, con olvido de la realidad y con una deformación utilitaria del Derecho penal; una doctrina propensa a la abstracción y al divorcio con la realidad llegando a crear, para justificar ciertos delitos, ficticios bienes lesionados (13). En último término, y en un posterior desarrollo, se declara también la incompatibilidad de la doctrina del bien jurídico con el nuevo «Derecho penal de la voluntad» («Willenstrafrecht»), que se imponía en el dogmatismo germánico, y que se basaba precisamente en la idea de la «violación de un deber».

No podían aceptarse fácilmente esos argumentos. Ni el hecho de que la doctrina del bien jurídico, especialmente en sus últimas épocas, había resaltado siempre el valor social de los bienes objeto de protección (14); ni el que entre esos bienes se hubieran incluido desde un principio, por muchos, al lado de los de contenido económico, otros de un puro valor espiritual (15); ni la circunstancia

---

(13) ANTOLISEI señaló cómo los Códigos, e incluso los tratadistas (sus críticas se concentran especialmente en MANZINI) llegan a los mayores absurdos lógicos con ese afán de encontrar en todo delito un bien jurídico que represente a la vez un interés social lesionado. Así se habla «del bien jurídico del Orden público en sí considerado», y hasta, en las injurias, del «bien jurídico de garantizar la inviolabilidad del honor y el decoro», etc. (Cfr. *Il problema del bene giuridico*, in «Scritti di diritto penale». Milano, 1955, págs. 104-105 y 120.) Sin embargo, prescindiendo de la observación de que la abstracción es instrumento lógico que se prodiga en Derecho penal, incluso legislativamente (¿qué otra cosa es el «tipo» que una abstracción?), lo cierto es que no pueden imputarse a la doctrina del bien jurídico las exageraciones a que puede ser llevada, precisamente en aras de un intento de integrar en el Estado todo interés protegido penalmente, intento cuyas raíces, indudablemente ajenas a los postulados de aquella doctrina, lo condenaban de antemano al fracaso. Pretender convertir el bien jurídico en un mero bien de la comunidad, privándole de todo el contenido individual que le es inmanente y que no debe ser desconocido, es un exceso que necesariamente ha de ofrecer fácil blanco a la crítica. A lo más que se puede llegar es a una posición que considere al bien jurídico, incluso el perteneciente a un individuo, como objeto de protección tan sólo en cuanto afecta al orden social. En este limitado sentido puede admitirse la afirmación de DEL ROSAL de que: «los bienes jurídicos pertenecen, aunque a veces sea mediatamente, a la comunidad popular» (Cfr. *Estudios penales*, 1948, página 69, y *Una nueva concepción del delito*. «Boletín de la Universidad de Granada», Madrid, 1942).

(14) En plena efervescencia polémica, BETTIOL señaló que ya ROCCO, uno de los máximos defensores del concepto de delito como ofensa a un bien jurídico, había combatido toda concepción individualista del concepto de ese bien y sostenido que los intereses particulares encuentran su tutela penal tan sólo cuando coinciden con los intereses del Estado. (Cfr. BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, in «Riv. it. di dir. pen.», 1938, pág. 16.)

(15) Fueron especialmente SCHWINGE y ZIMMERL quienes refutaron con más fuerza el argumento del pretendido concepto materialista del «bien jurídico», señalando que la palabra «bien» se aplica, tanto en un sentido vulgar como en el técnico, no ya a las cosas corporales, sino también a cosas incorpóreas e ideales y a los valores del espíritu. (Cfr. SCHWINGE und ZIMMERL, *Wesensschau und konkretes-Ordnungsdenken in Strafrecht*, Bonn, 1937, pág. 68). Precisamente para escapar de esa crítica e incluso del en-

de la plena compatibilidad entre la idea de deber y el concepto del bien jurídico (16); ni el que las nuevas corrientes, pese a sus pretensiones de hacer una dogmática realista, caían aún en mayor formalismo que la doctrina que combatían (17), podría dejar de ser alegado. Por otra parte, incluso en los Estados totalitarios el individuo conserva una esfera propia de libertad, aunque esté notoriamente disminuída, y existen igualmente relaciones entre el Estado y el individuo, y entre los distintos miembros del grupo social, que es menester regular y proteger penalmente; no todo puede reducirse a un mero deber de obediencia del súbdito al Estado, realidad ésta que habla con mayor fuerza argumental que todas las razones esgrimidas por la nueva dogmática (18).

Aunque por razones políticas la disputa no podía mantenerse en los límites de una honesta investigación penal, la fuerza de los argumentos replicados forzaron a buscar soluciones de compromiso: Schaffstein, el más irreductible, se limita o excluye la lesión del bien jurídico del instante de la violación de la norma, en el que, según él, debe prevalecer la idea de incumplimiento de la obligación, siendo ésta la que vendría a servir de fundamento a

tronque posible con la llamada jurisprudencia de intereses, BETTIOL (*Diritto penale*, cit. págs. 143 y 144) manifiesta que prefiere hablar, al tratar del bien jurídico, de valores y no de intereses, porque éstos hacen referencia a una relación mientras que la de valor es una noción más apta para expresar el contenido ético del Derecho penal. Como puede observarse incluso en el terreno ético en el que pretendía moverse la Escuela de Kiel, el concepto de bien jurídico podría ser utilizado, sin que por ello se llegase a una materialización del delito y el Derecho penal.

(16) Los propios precursores de la concepción del «deber jurídico de acatamiento de la norma», reconocieron siempre al bien jurídico como núcleo central de su concepto del delito. Así, BINDING, en sus *Normas*, afirma que en toda desobediencia penal se esconde siempre como núcleo la ofensa del bien protegido, añadiendo que «el mandato del Derecho es, en todo caso un medio para conservar en su integridad los bienes jurídicos» (Cfr. *Die Normen und ihre Uebertretung*, 1879, vol. I, pág. 198). Igualmente v. FERNECK, al sostener que el derecho objetivo es un complejo de imperativos y deberes, no deja de afirmar que el Derecho penal impone deberes con el único fin de tutelar los intereses de quienes viven en sociedad (Cfr. *Die Rechtswidrigkeit*, 1903).

(17) Ha sido BETTIOL quien ha señalado que «al querer negar que el bien jurídico constituye siempre el objeto específico del delito, porque el delito sería ante todo desobediencia a un imperativo de la ley (delito de pura desobediencia), se cae en un verdadero y auténtico proceso de formalización del Derecho penal, aunque se afirme querer hacer una dogmática penal «realista». El deber, ciertamente, es categoría formalista y, como tal, nada dice en tanto no sea puesto en relación con los valores tutelados y no sea así especificado y casi concretado, sin prescindir de la consideración lógica de que la expresión de un mandato postula siempre la presencia de un interés, aunque sea identificado y creado en el mismo instante en que la norma aparece expresada (Cfr. *Diritto penale*, pág. 143).

(18) Esto fué advertido con mayor claridad por los juristas italianos, a quienes no cegaba una dogmática política favorable a una concepción ético-estatal. Aun los más audaces adversarios italianos de la doctrina del bien jurídico, no dejaron de admitir límites a la actividad del Estado en favor del individuo (Cfr. ANTOLISEI, *Op. cit.*, pág. 102).

la punición del hecho; mientras otorga a la idea de lesión de bienes jurídicos un papel secundario, aunque sin desterrarla totalmente del Derecho penal (19). Dahm, recogiendo velas por su parte, llega a conceder que el concepto del bien jurídico es útil e incluso necesario para la dogmática penal, siempre que no se utilice exclusivamente para la formación de los conceptos jurídico-penales, por lo que los ataques «no se dirigen contra el concepto en sí, sino contra su unilateral sobrevaloración» (20). Gallas se orienta también en un sentido intermedio, en el que, aun afirmando que un sistema jurídico construido sobre la idea del fin protector de intereses es utopía iluminista, reconoce que no se puede tampoco dogmatizar el pensamiento jurídico sobre la única base del principio ético excluyendo toda referencia teleológica: Se impone en consecuencia un complejo método axiológico que conecte la valoración teleológica con la ética: la lesión de un bien jurídico sería aquí un mero índice del disvalor jurídico de la acción, «medida, no objeto, ni comportamiento delictivo» (21).

La necesidad del compromiso alcanza a todos, bajo el influjo del contrapuesto principio político y la razón dogmática. Hasta Mezger, remozando con el aire de las nuevas corrientes las tradicionales ideas por él sustentadas, sin renunciar al concepto del Derecho penal como defensa de valores, integra éstos en el «valor absoluto de la comunidad popular» (22). En definitiva, las fórmulas a que se llega son fundamentalmente las mismas, aunque varíe en ellas la posición que se concede al bien jurídico: para los más avanzados lo fundamental es la idea de fidelidad debida a la ley por parte del ciudadano, y frente a ello la protección de los bienes concretos debe pasar a segundo plano; los más tradicionales consideran que la esencia del delito radica en la «lesión de un bien jurídico», pero sin agotarse con ello, ya que también la constituye la «lesión de un deber», según la sincrética y extendida fórmula de Schönke (23). Se afirma, en definitiva, que la defensa de los bienes jurídicos quedaría reducida a una finalidad puramente preventivo-negativa, de policía, mientras la finalidad central del Derecho penal es de naturaleza positiva, ético-social (24). Sauer insistirá todavía, al construir sus «tipos axioló-

(19) Cfr. SCHAFFSTEIN, *Der materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht*, págs. 31 y sigs, y *Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystem*, págs. 298 y sigs.

(20) DAHM, *Op. cit.*, págs. 230-236.

(21) GALLAS, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutzverletzung*, 1936, págs. 64 y 65.

(22) MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, 1937, págs. 695 y sigs., y *Deutsches Strafrecht*, «Ein Grundriss», 1938, págs. 58 y 59. En análogo sentido se expresó JUAN DEL ROSAL (*loc. cit.*), aunque ya vimos cómo la posición de este último ofrece la posibilidad de una interpretación más atenuada (Cfr. nota 13, *in fine*).

(23) Cfr. SCHÖNKE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 4.<sup>a</sup> ed., págs. 13 y 14.

(24) Cfr. WELZEL, *Op. cit.*, pág. 3.

gicos», en que «una sistematización según el bien jurídico es insuficiente, cosa que, según él, debiera «estar en adelante fuera de toda duda» (25), y que demuestra cómo la idea de lesión de un bien, central en el concepto de delito, debe pasar a segundo plano.

En Italia, tras haberse hecho eco de la cuestión Bettiol en un ponderado artículo (26), Antolisei (27) y Petrocelli se afilian a las nuevas corrientes demoledoras del bien jurídico. El último de los citados, con menos decisión, se limita a señalar que no es tanto el alcance de la lesión de un bien jurídico lo que debe servir para valorar la entidad del delito, sino la cualidad y modalidad de la acción, «los efectos psicosociales de la acción delictiva» (28).

Antolisei, en «El problema del bien jurídico» antes citado, va mucho más allá, cuando aun reconociendo la necesidad de admitir el concepto de bien jurídico, pone en discusión «la importancia basililar que al mismo le atribuye la dogmática actual». Partiendo de la base de que en el derecho actual la pena no es tanto, según la feliz expresión de Merkel, una manifestación de potencia al servicio de la conservación social, sino un instrumento para el progreso del pueblo (op. cit., pág. 108), y de que ha de abandonarse la idea del Estado-gendarme propia de la filosofía de la Revolución francesa, para aceptar la de que el Estado tiene por fin el desarrollo social, llega a la conclusión de que «el concepto del bien jurídico, en la forma que es entendido por la doctrina dominante, no se extiende a todo el ámbito del derecho penal, sino sólo a la zona, si se quiere extensísima, en la que el derecho adopta una función conservadora; no encuentra en cambio aplicación donde la norma tiene una diversa finalidad» (págs. 110-111). Por ello concluye que «si la teoría dominante para la cual el delito tiene siempre como objeto un bien jurídico era exacta cuando surgió (el derecho tenía entonces un fin meramente conservador), no es sostenible en el momento histórico actual» (pág. 113), lo que se manifiesta más palpablemente en la zona de los delitos de pura desobediencia. En definitiva, para Antolisei, «el delito es siempre un hecho que el legislador reputa nocivo para la conservación o para el desenvolvimiento de la comunidad social» (página 116). He ahí su contenido sustancial, a la vista del que es menester reconocer, según ese autor, «una importante exigencia: la exigencia de sustituir la noción tradicional del objeto de la norma por la del fin de la norma» (pág. 120). Pero no se crea por ello que Antolisei lanza por la borda la concepción del bien

(25) SAUER, *Derecho penal*, Parte general. Trad. esp. de Del Rosal y Cerezo. Barcelona, pág. 75.

(26) Cfr. BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, in «Riv. it. di dir. pen.», 1938, núm. 1.

(27) ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in «Riv. it. di dir. pen.», 1940. Forma parte de sus *Scritti di diritto penale*, cit., págs. 97 y sigs.

(28) PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, vol. I, 1944, págs. 243 y sigs.

jurídico. Al contrario, no se recata en afirmar que «la noción del bien jurídico, en verdad, lo que reclama a considerar en el aspecto sustancial del delito es su contenido humano. Teniendo los ojos fijos sobre eso, el delito aparece cual efectivamente es en la mayor parte de los casos: no simple rebelión del individuo a la soberanía de la ley, sino ofensa a un interés concreto, que coincide con los intereses de la sociedad. La indagación sobre el bien jurídico, en una palabra, aclara el carácter intrínsecamente antisocial que el delito presenta generalmente, y no carece de importancia también para una exacta interpretación de la Ley» (29).

Pueden verse las claras diferencias entre esa posición y la de la Escuela de Kiel, especialmente al rechazar que el delito pueda ser una simple rebelión del individuo a la norma, y hemos de convenir que en algunos puntos la crítica de Antolisei dirige certeramente sus disparos, si bien sólo sea en aquellos en los que las orientaciones de los Estados modernos, propensos a conminar con la sanción penal acciones que vulneran sus directrices, aunque no contengan una verdadera lesión u ofensa de bienes jurídicos, se apartan del auténtico sentido y finalidad del Derecho y, más concretamente, del Derecho penal.

Ahora bien, el Derecho es un instrumento de compatibilización de conductas humanas; tiene por fin la lucha contra los que rompen las normas de convivencia y ha de desenvolverse dentro de un orden de garantías (el máximo de libertad individual, dentro de un mínimo de perjuicio social), que eso y no otra cosa es la juridicidad. Por ello el Derecho ha de renunciar a toda aspiración de fundirse con la Ética por cuanto ésta se dirige al individuo, a su ser íntimo, y aquél a las relaciones entre los individuos, a su obrar exteriorizado. De aquí que el Derecho, fundamentalmente alterativo, no pueda pretender la aceptación interna de sus preceptos y si sólo su externo acatamiento, por lo que resulta inadmisibles el intento de construir una Ética estatal que se imponga a los súbditos jurídicamente (30). Por las mismas razones, tampoco interesan al Derecho cualesquiera actos del individuo, sino precisamente aquellos que lesionan valores necesarios para la convivencia social. Estos valores, *de orden material, económico o espiritual* son, como ahora veremos, *los que constituyen los bienes tutelados jurídicamente*.

E incluso en los delitos en los que no aparece «prima facie» la lesión de un bien como contenido de la acción, puede tener y tie-

(29) ANTOLISEI, *Op. cit.*, págs. 125-126. Vid. también *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, págs. 139-140.

(30) No puede dejarse a un lado la observación de que tanto este problema del contenido del delito, como muchas de las cuestiones de la teoría general (especialmente la antijuricidad y la culpabilidad) se han visto hondamente influidos por la idea, de origen hegeliano de la confusión de la Moral en el Derecho, que desconoce el distinto origen, la distinta naturaleza y el distinto fin de uno y otro de esos dos órdenes normativos, que TOMASSIO, KANT y FICHTE, habían puesto de relieve.

ne un valor funcional el bien jurídico. Así, en los delitos de peligro, la incriminación se hace en atención al riesgo de lesión, lo que constituye también una forma de tutela de ese bien, que está pues en el trasfondo de la incriminación. Ya Binding señaló que incluso los delitos de simple desobediencia, en lo que la norma se limita a prohibir sin más el acto («Verboteschlechthin»), esa prohibición se hace en atención a un peligro, que se valora en abstracto sin tener en cuenta si en el caso concreto existió o no tal peligro (31).

Más aún, puede afirmarse que el valor funcional del bien jurídico, como núcleo del contenido material del delito, radica precisamente en servir de límite a la actividad incriminadora, en cuanto no debe considerarse conveniente o lícito cominar con pena acciones que no representan una lesión o un peligro (cuando menos abstractamente considerado) para un bien jurídico privado o social. No debe haber un delito sin ofensa o amenaza de un bien jurídico, y en muchos de los delitos que Antolisei señala como privados de un contenido de lesión de un bien, un más profundo examen descubre la intención protectora de un interés, aunque pueda establecerse polémica sobre su carácter vital o la conveniencia de su tutela jurídica (32).

Y así vemos cómo el citado autor ha de buscar sus ejemplos principalmente en las leyes especiales, en las que se entremezclan

(31) Cfr. BINDING, *Normen cit.*, vol. I, §§ 17, 52 y 53. Sabido es que el autor pretende construir sobre esa tesis con carácter independiente el delito de policía o contravención, lo que ciertamente no ha tenido éxito. Ya V. HIPPEL (*Op. cit.*, vol. II, pág. 100) señaló que en esencia no existe diferencia alguna entre esos tipos de mera desobediencia y los delitos de peligro, ya que una clase de estos últimos la constituyen los llamados delitos de peligro abstracto. De otra parte, no creemos que nada se oponga a que en las contravenciones falte ese contenido esencial, dado su posible carácter administrativo.

(32) No tenemos inconveniente en conceder que, en fases de transición, subsistan delitos en los que se ha esfumado el contenido de lesión de un bien jurídico, por una transformación social o política. Desde las incriminaciones tuteladoras de una Monarquía, que es derribada, hasta el propio delito de hurto, cuya razón de ser desaparece en una organización comunal, las posibilidades de transformación de las tipificaciones de la Parte especial son ilimitadas y sabido es que no siempre se lleva a cabo con la debida rapidez la adaptación legislativa a la mutante realidad social. De otra parte, la existencia de tipificaciones penales que nunca debieron salir del ámbito administrativo, y que son prodigadas en aquellos órdenes sociales en que el Estado pretende absorber toda actividad, tampoco creemos pueda utilizarse como argumento en una cuestión en la que lo debatido es cuál debe ser el contenido del delito y no cuál sea ese contenido en los casos de desviación. En último término, lo que demostrará eso es que tales ilicitudes nunca debieron serlo de Derecho penal, como ya se señala en el texto. De otro lado, ha sido destacado por BETTIOL (*Op. cit.*, pág. 142) como los bienes jurídicos aparecen íntimamente ligados a las concepciones de una época y en consecuencia adquieren diverso significado y contenido también diverso con el mudar del tiempo y del ambiente.

tificaciones punitivas con simples sanciones en infracciones administrativas. Pero aun ahí, el interés social de la conservación de la pesca o la riqueza forestal (pongo por ejemplos citados), constituye a todas luces un indudable bien estatal o de la comunidad digno de protección. Y los restantes ejemplos esgrimidos por Antolisei (como el castigo de quien quebranta el descanso dominical o no se inscribe, estando parado, en la lista de la oficina de colocación) constituyen meras contravenciones administrativas que, también a todas luces, no han debido nunca ser elevadas a la categoría de delitos.

Tampoco es demostrativa la afirmación, nada nueva por cierto, de que el legislador, como hombre, puede errar, con lo que no puede excluirse la hipótesis de que resulten castigados hechos que en la realidad no son dañosos ni peligrosos (33) ya que, cuando un hecho tal es castigado sin deber serlo, el exceso imputable a un error indica que en ese caso los principios básicos han sido vulnerados, pero no puede obligar a alterar tales principios para dar el error carta de naturaleza. La alteración de la valoración social con el transcurso del tiempo es un hecho de experiencia, que ya Garófalo utilizó en su doctrina del delito natural. Pero ello tampoco demuestra nada, sino que a la desaparición del interés social de tutelar jurídicamente un bien, debe seguir la desaparición de la imeriminación de los actos que lo atacan. Y si así no ocurre es por el hecho, muchas veces señalado, de que no siempre el Derecho positivado se adapta a las necesidades de la realidad.

En definitiva, gran parte de la argumentación de Antolisei pretende revivir la ya agotada polémica en torno al objeto del delito y a la posibilidad de delitos sin resultado, confundiendo conceptos bien diversos como son el contenido sustancial del delito, el objeto de la acción, el resultado o evento y hasta el «telos» de la norma (34).

Por eso, Petrocelli, que no vacila en degradar en cierto modo el valor funcional del bien jurídico reconociendo la existencia de otros factores, como el tradicionalmente denominado «daño mediato» del delito—constituído por «los efectos psicosociales de la acción delictiva»—no puede menos de convenir, pese a todo, que ni es concebible una norma penal que no tutele un bien jurídico ni un delito sin ofensa (35).

3. El concepto del Derecho subjetivo hoy en día ha conseguido independizarse en gran parte de su simbiosis con el indivi-

(33) Cfr. ANTOLISEI, *Op. cit.*, pág. 115.

(34) Cfr. nuestro *Encubrimiento y receptación*, Barcelona, 1955, páginas 169 y sigs. La cuestión es asaz conocida y tiene aquí un interés tan tangencial que nos creemos relevados de insistir en ella (Cfr. en cuanto a ANTOLISEI, las págs. 115 y 116 y las notas 38 y 39 de la obra citada). En cuanto a la necesidad de no confundir el objeto jurídico y objeto material, vid. BETTIOL, *Op. cit.*, pág. 142.

(35) B. PETROCELLI, *Principii*, cit., pág. 243-247.

dualismo, que atrajo sobre él las iras políticas. Es cierto que, como señala De Castro (36) «el concepto del Derecho subjetivo está en contradicción con la concepción colectivista; pero tampoco puede basarse, adecuadamente, en la individualista. El error de ésta se halla en señalar distinto origen, justificación y fin a la organización de la comunidad jurídica y a los derechos subjetivos de la persona. Esta, como miembro activo de la organización, no actúa fuera ni en contra de la organización, sino en función de ella». No es que con eso se acepte la idea de que el individuo que ejercita un derecho subjetivo es un mero «funcionario de la comunidad», cuya misión queda reducida a actuar como representante mediato de aquélla en cuanto «hace triunfar su derecho contra el que altera la paz», al modo como quiere cierto sector de la doctrina germánica (Manigk, Binder, Kaufmann, Husserl). Al contrario, el poder absorbente que se concede en esas concepciones a la comunidad es incompatible con una concepción cristiana de la persona y la sociedad en la que, si bien el individuo actúa *dentro* de la sociedad, ésta a su vez está también constituida *por* y *para* los individuos.

Consecuencia de ello es que el Derecho subjetivo adquiera para los modernos civilistas un sentido más amplio que el de un material «goce, ganancia o ventaja» para el individuo, propio de las fórmulas a lo Ihering, e independiente, también, de un libérrimo «señorio del querer», en cuyo ámbito quisieron centrarlo las liberales fórmulas a lo Windscheid. Pero pese a la amplitud de la moderna concepción del Derecho subjetivo, resta una faceta del concepto que impide su identificación con una noción del «bien jurídico» que pueda tener en Derecho penal un valor funcional técnico y una utilidad: en el Derecho subjetivo el poder concreto en que consiste queda a la disposición de la persona a que pertenece, «a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa» (De Castro, loc. cit.). Claramente se comprende que ese poder de disposición individual poco tiene que hacer en un ordenamiento jurídico caracterizado por la necesidad de sus normas, cual es el penal. Y lo cierto es que aunque, cada día más, el ámbito del Derecho necesario se va ampliando también en el campo del Derecho privado, extendiéndose el número de las normas que establecen derechos irrenunciables, ni esa irrenunciabilidad se refiere precisamente al ejercicio (37), ni el todavía numeroso y predominante número de

---

(36) F. de CASTRO, *Derecho civil de España*, Madrid, 1949, tomo I, vol. I, pág. 572.

(37) La diferencia entre la renuncia al derecho y la renuncia a su ejercicio es algo que debe tenerse presente. El derecho de prórroga forzosa, concedida al inquilino en la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, es irrenunciable y su renuncia estipulada en el contrato es nula; sin embargo, el inquilino puede dejar de ejercitarlo y abandonar la vivienda a favor del propietario.

los preceptos de carácter voluntario permitiría la expresada equiparación.

Bueno es señalar, sin embargo, que esa característica del derecho subjetivo, de quedar su ejercicio al arbitrio del titular, si impide su plena identificación con el bien jurídico, es tan sólo en el sentido de tener éste un más amplio contenido, pero no en el de que los derechos subjetivos, tal como han sido configurados por la moderna doctrina, no puedan constituir una de las categorías de bienes penalmente tutelados (38). Y eso porque el libre ejercicio de su derecho que al titular incumbe tiene ya su ámbito funcional en el campo del Derecho penal *después* de cometido el acto lesionador. O dicho más precisamente, la renunciabilidad del derecho (que es, en definitiva, en lo que se centra esa libertad de disposición de que venimos hablando) provoca, al ser actualizada, la desaparición de la lesión coetánea o posterior, en cuanto falta el objeto de ataque al renunciarse el derecho, pero no puede borrar la lesión ya consumada, porque existía el objeto de ataque al producirse éste. Así, el consentimiento previo del propietario y la renuncia al derecho de posesión de la cosa convierte la toma de la cosa ajena en la consumación de un contrato real (comodato, depósito, etc.) o en una forma de adquirir (ocupación de *res derelictae*); pero, en cambio, esa misma renuncia o consentimiento, posterior a la *contractatio* o al traslado de posesión, no puede hacer desaparecer la ilicitud de la «toma de cosa mueble ajena sin consentimiento de su propietario». Es claro, pues, que la cuestión de la libre disposición del derecho subjetivo y la del carácter necesario de las normas penales son completamente diversas, tienen ámbitos distintos y un también diferente valor funcional.

Problema es que está, a nuestro juicio, relacionado con la cuestión de si el bien jurídico protegido tiene carácter abstracto o si ha de ser entendido como un proceso psíquico-individual, que ha de ser demostrado existente en cada caso, posición esta última que lleva a Kessler (39) a afirmar que un bien sólo se halla protegido por el Derecho en tanto sobre él exista un interés actual, que será necesario probar en cada caso para poder aseverar la existencia de una lesión o peligro de dicho interés actual, con olvido de que, precisamente por ser los bienes jurídicos protegidos penalmente por su relevancia social han de ser entendidos de un modo abstracto y general, ya que lo que auténticamente tutela el Derecho penal no es cada bien concreto, sino la *categoría* de bienes a que pertenece el que ha sido objeto de lesión. (Lo tute-

(38) Yendo más allá, valientemente pretende defender BETTIOL (*D. p.*, pág. 144) su total equivalencia diciendo que ello está en la propia esencia de las normas jurídicas en cuanto normas de tutela. «Si el Derecho es aquello que es—concluye—las nociones de bien jurídico y Derecho subjetivo son correlativas».

(39) KESSLER, *Dir. Einwilligung des Verletzten in ihrer Strafrechtlichen Bedeutung*, 1884.

lado es la propiedad, por ejemplo, y sólo mediatamente, como formando su elemento constitutivo, las concretas propiedades de cada sujeto).

Por ello se ha preferido por la mayoría de los penalistas referirse, cuando del bien jurídico se trata, a un *estado o situación* o, lo que es lo mismo y según la respectiva posición, «la participación de la voluntad individual o social en el mantenimiento de un determinado estado» (40) o la «posición favorable a la satisfacción de una necesidad (41). Con ello el bien jurídico entendido en este concepto general como situación socialmente deseable y como algo superior a los concretos derechos e intereses, adquiere un sentido ideal y abstracto que lo hace apto para abarcar los más variados objetos de la tutela penal (42).

Es, pues, evidente que el concepto penal de «bien jurídico» no puede confundirse no ya con un concepto económico de bien (es decir «lo que sirve para satisfacer una necesidad»), sino incluso con el iusprivatista de derecho subjetivo. Tampoco cabe la identificación con los bienes ideales o morales (43). Todos ellos son meras categorías comprensibles entre los «bienes penalmente protegidos», pero éstos tienen un alcance más extenso, ya que comprenden igualmente los bienes económicos, los derechos subjetivos, los derechos de la personalidad, los valores éticos y los valores sociales. Bien jurídico es la propiedad, como lo es la vida,

(40) Así, MEZGER, *Tratado cit.*, pág. 384. *Aquí palpita la concepción de WINDSCHEID.*

(41) Así CARNELUTTI, *Teoría general del Derecho*. Trad. esp. de V. Conde. Madrid. «Rev. Der. Priv.», pág. 203 y núm. 83. Cfr. en análogo sentido ANTOLISEI en *L'offesa e il danno cit.* *Aquí palpita la concepción de IHERING.*

(42) MEZGER (*Tratado*, pág. 386) señala ya que el bien jurídico «según el punto de vista desde que se le considere, aparece como *objeto de protección* de la ley o como el *objeto del ataque* contra el que se dirige el delito. Bien jurídico, objeto de protección y objeto de ataque—pero no el objeto de la acción—son términos sinónimos».

(43) La distinta valoración otorgada por la Ética y por el Derecho a un mismo bien ideal o material ha sido puesta ya de relieve por SAUER (*Op. cit.*, pág. 371) cuando señala que la escala de valores del Derecho es otra que la de la Cultura. Más concretamente LEGAZ (*Filosofía del Derecho*, páginas 573 y sigs.) hace observar que «el contenido de un deber moral no puede estar en contradicción con la idea moral que informa el respectivo sistema de moralidad, mientras que esta discrepancia cabe, al menos en hipótesis, entre el Derecho positivo y un sistema de moralidad» y añade que «el Derecho, como categoría de la vida social de estructura normativa, contiene deberes, que son distintos de los morales y pueden ser incumplidos por razones morales, porque todo cumplimiento o incumplimiento de un deber jurídico constituye para el hombre un problema moral». Como ya apuntamos en el texto, Derecho y Moral son dos órdenes normativos diferentes, pero recayendo sobre un mismo sujeto (el hombre) y una misma materia (las conductas) sus valoraciones respectivas tienden a coincidir. Pero esa coincidencia no siempre es plena y, más aún, puede ser opuesta en aquellos casos en que el Derecho de un Estado parta de presupuestos distintos a los inspiradores de la moral dominante.

el honor, la honestidad, las buenas costumbres, el orden público, la fe pública y hasta la ordenada circulación por carretera. Como dice Welzel (44), bien jurídico es «un bien vital del grupo o del individuo que, en razón de su significación social, es amparado jurídicamente».

Destácanse así dos aspectos del concepto que creemos vitales: Primero, el que la pertenencia de un bien jurídico puede recaer por igual sobre los individuos o sobre la comunidad, sin que ésta absorba en sí todas las titularidades de esos bienes (cuestión distinta, insistimos, de la que presenta el hecho de que ese bien privado sea tutelado en razón de su significación social, ya que no cabe confundir la titularidad con la razón de la relevancia jurídica del ataque). Y segundo, que esos bienes no son precisamente objetivados por el hecho de concebírselos como capaces de ser sometidos a un ataque, ni menos aún son concebidos como intereses materializados, ya que el concepto abarca tanto los intereses o bienes económicos como los ideales e incluso, como quiere Mezger (45), «el interés de conciliación y compensación de la idea misma del Derecho».

Por ello lo único que ha puesto de relieve la crisis del contenido sustancial del delito no es ya el que no puedan reducirse los bienes jurídicos a los puramente materiales, que esto era ya cosa admitida con anterioridad a toda la controversia, sino que, aun en el terreno ideal al que se ha desplazado, habrá que darle al concepto la más lata interpretación (46).

4. Tras la derrota de las naciones totalitarias, las corrientes que podríamos llamar heterodoxas perdieron el apoyo político que les permitió prosperar y fueron arrumbadas tanto más fácilmente cuanto no tuvieron una verdadera influencia en la construcción del concepto del delito (47). Si hace apenas veinte años Antolisei proclamaba el destronamiento del «falso soberano» y no se recataba de augurar, «puesto que el mundo se mueve», la

(44) H. WELZEL, *Derecho penal*, Parte general. Trad. de Fortán. Buenos Aires, 1956, págs. 5 y 6.

(45) Cfr. MEZGER, *Tratado cit.*, pág. 385, nota 4, *in fine*.

(46) El cómo esa interpretación lata del bien jurídico ha extendido el concepto a extremos insospechados en el instante de su prístina elaboración puede verse en BETTIOL (*Op. cit.* en la nota 48), quien se permite afirmar que hasta en el «Derecho penal de autor» y en las «besinnung» (término de difícil traducción pero que expresa una apreciación subjetiva del contenido moral de una acción) no existe sustitución de la idea de bien jurídico como núcleo del Derecho penal, sino una iluminación de ese concepto al contacto con la personalidad del agente. Más aún, llega a concluir que en todo el derecho penal militar, en el que parece presidir la idea de fidelidad y de cumplimiento de un deber, es la disciplina misma («el alma del ejército», según Napoleón) y la fortaleza del ejército lo que constituye el bien jurídico que se pretende proteger.

(47) Cfr. en tal sentido MAURACH, *L'evoluzione della dogmatica del reato nel piu recente diritto penale germanico*, in «Riv. it. di dir. pen.», 1949, pág. 637.

disminución todavía mayor de «la importancia del concepto del bien jurídico en el Derecho penal», la actualidad presenta el fracaso de esas profecías, y puede afirmarse, como recientemente ha hecho Bettiol (48), «que el concepto del bien jurídico es *insustituible* en el campo de la dogmática penal», lo que resulta tanto más cierto cuanto más demos al concepto de bien jurídico el sentido lato antes señalado.

Por otra parte, en un sistema político-jurídico basado en los principios del reconocimiento de la individualidad humana y de la libertad personal, difícilmente podrá encajar una concepción del delito que no tenga su asiento en un criterio objetivo. Si tal como ya hemos dicho, el Derecho es siempre *alterativo*, y sus normas han de dirigirse exclusivamente a regular conductas *exteriorizadas*, estos dos requisitos alcanzan su máxima exigencia en el ámbito de un Derecho penal en el que se ha sentado como principio axiomático que «el pensamiento no delinque». No se desconoce con ello la conveniencia y hasta la necesidad de investigar en cada momento la intimidad del sujeto activo del delito (49), sino que lo que se afirma es que en todo caso esa subjetividad ha de ponerse en relación con un criterio objetivo.

Demasiado sabemos a qué extremos de arbitrariedad judicial conduce el pretender investigar la íntima conformidad del individuo con el orden jurídico en que se vive; y si un movimiento pendular de la Enciclopedia—reacción contra los excesos del derecho punitivo anterior, exageradamente influido por la idea ético-religiosa del pecado—, condujo a una exacerbación insana del objetivismo en Derecho penal (50), otro movimiento pendular pretendió introducir de nuevo una idea ético-estatal del delito con las mismas exageraciones subjetivistas ya superadas. En uno y otro caso los extremos son repudiables igualmente y el Derecho penal no puede estar siempre sometido a tales movimientos pendulares. Ni todo puede reducirse unilateralmente a criterios ob-

(48) BETTIOL, *L'odierno problema del bene giuridico*. Conferencia pronunciada el 12 de mayo de 1959 en el Aula Magna de la Universidad de Wurzburg y publicada en la «Riv. it. di dir. pen.», 1959, fas. 3, páginas 705-723. La cita corresponde a la pág. 713.

(49) Es ésa una verdad que ha sido elemental siempre en Derecho penal. En plena Escuela clásica, en que el objetivismo adquiere una preponderancia exagerada, el elemento subjetivo es tenido también en cuenta a través de la doctrina de la culpabilidad: la tentativa y la preterintencionalidad son los dos jalones extremos de su valor funcional. La reincidencia, las atenuantes y agravantes subjetivas, la doctrina del error, son inconcebibles sin una valoración del elemento subjetivo del delito. Posteriormente, con la Escuela positiva y la doctrina de la «peligrosidad», el criterio subjetivo se exagera, pero siempre aparece ligado con la comisión de un delito concebido como un hecho externo y lesionador de un bien jurídico.

(50) En el propio Derecho penal del Derecho intermedio, tan propenso a castigar la subjetividad más que la objetividad del delito, podría señalarse contra el Derecho penal de puro resultado que era propio del Derecho germánico imperante en la Edad Media.

jetivos que conducen a un Derecho penal de puro resultado, ni a criterios subjetivos que desembocan en un Derecho penal que se confunde con la Ética. Ambos criterios han de completarse, pero, además, por imperativos de seguridad jurídica y de la propia esencia del Derecho penal, el criterio fundamental será el objetivo, mientras que el subjetivo debe actuar sólo como corrector o complementario.

Pues bien, en el actual estadio de cultura el único criterio práctico y eficaz de objetividad lo ofrece el bien jurídico (51) en torno al cual, en una agresión o creación de riesgo, ha de desenvolverse la objetividad del agente para que pueda ser objeto de la reacción penal. Y ello porque en un Derecho penal presidido por el principio de legalidad, en que las figuras del delito han de estar claramente predeterminadas y en el que rige la regla de lo no incriminado es penalmente lícito o cuando menos indiferente, tan sólo el bien jurídico puede servir de módulo para construir los tipos de la Parte especial. Y buena prueba de ello es que siempre que el Derecho penal pretendió elevarse a criterios de sanción de puras subjetividades (ya en la época del Derecho intermedio, ya en el período nazi) rompió automáticamente con el principio de legalidad, dió entrada al arbitrio judicial y la analogía y desembocó en una ausencia de seguridad jurídico-individual.

Sin dejar de reconocer la verdad que palpita en el fondo del argumento según el cual, con la prevalencia del elemento subjetivo y la moralización del Derecho, éste adquiere una superior categoría en el mundo de los valores, la pretensión tropezará siempre con una doble dificultad naturalística y ontológica: Desde el punto de vista de la naturaleza persiste la imposibilidad de una investigación del alma humana con visos de seguridad y certeza, ante cuya dificultad insoslayable hay que rendirse, conviniendo en que cualquier intento en tal sentido sólo puede tener un valor aproximativo o inductivo que no autoriza a aceptarlo como módulo para la determinación de sanciones jurídicas. Desde el punto de vista esencial, la diversa naturaleza de las sanciones éticas y jurídicas y su distinto valor funcional, hacen que lo que sea posible en un campo se torne inadmisibile en el otro. El deber ético, valorado en la propia intimidad humana y sin otra sanción que el reproche del propio «yo» por la contrariedad del acto con la norma moral, puede asentarse en una pura subjetividad, ya que es en lo subjetivo donde se halla su ámbito y su sanción, sanción que, por otro lado, tiene un carácter ineludible y cierto, en el sentido de que sólo actúa si el deber ha sido auténticamente quebrantado

(51) Lo que, por cierto, no pretendemos constituya ninguna novedad. Ya CARRARA había señalado que el único criterio adecuado para determinar la calidad de los delitos era el de la *objetividad jurídica*, fundado en la diversidad del derecho agredido o violado, que constituye el «verdadero criterio ontológico del ente jurídico» (Cfr. *Programa del curso de Derecho criminal*. Trad. esp. Madrid, Ed. Reus, 1925. T. I, § 170 bis, pág. 237).

objetiva y subjetivamente y no por la sola apariencia de infracción. El deber jurídico no es tan sólo valorado por el sujeto, sino que fundamentalmente será un tercero, sometido a error, quien determinará si aquél ha sido o no quebrantado, tercero que además hará actual la coacción jurídica en caso de estimar existente la infracción, con lo cual la sanción viene impuesta al sujeto desde fuera y con probabilidades de incerteza. De lo anterior infiérese que no puede asentarse la valoración de los casos en que la sanción jurídica ha de entrar en juego en un puro elemento interno, ya que tanto el ámbito del deber intrínseco como el juicio axiológico sobre él emitido y la sanción a actuar encuéntrase en el mundo exterior y en la alteridad o relación con los otros y vienen desde fuera impuestos (52). El orden moral, asentado en la propia conciencia, y cuyas normas no precisan para su existencia ontológica el complemento de la sanción que es sólo un añadido o superpuesto (53) lleva por propia esencia la ineludibilidad de

---

(52) Ahí radica una diferencia esencial entre el orden ético y el orden jurídico. Podríamos decir que la Moral obliga al acto, el Derecho tan sólo a sufrir la coacción, si el acto no se cumple. Frente a la sanción moral, el hombre pierde su libertad, porque la siente en su propia entraña, la acepta o no. Frente a la coacción jurídica el hombre puede conservar su libertad esencial, para lo cual le basta sufrirla y no acatarla. En tal caso se sentirá coaccionado, pero no sometido. Es la perenne dificultad de la impotencia del aparato jurídico para imponer la realización del acto debido (*nemo potest ad factum cogi potest*), que ha servido para discutir el requisito de la coacción como consustancial al Derecho y ha dado origen a la sustitución de la idea de coacción como realidad actual, por la de *coercibilidad*, como coacción virtual o de mera posibilidad (Cfr. p. ej. DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, 3 ed. esp. Barcelona, págs. 313 y sigs.).

(53) El carácter coactivo del Derecho es idea necesaria para su concepción. Puesto que el Derecho implica la alteridad, esto es, la relación con otros, precisa la no impedibilidad por terceros de aquello que debe o no debe jurídicamente hacerse, no impedibilidad que requiere correlativamente la posibilidad de coacción. De ahí que la sanción sea elemento esencial de la norma jurídica y su actuación quede a disposición de terceros (ya el perjudicado, ya el representante del orden jurídico-social). La norma jurídica se formula con precepto y sanción. De darse A, se dará B. En cambio, la norma moral sólo impone conductas, sin acompañarse de la sanción: Dice: «debes amar al prójimo», pero no añade «si no sufrirás remordimientos» o «si no irás al infierno». Como dice LEGAZ (*Op. cit.*, páginas 257-58), «este precepto posee *perseidad*, como dirían los escolásticos, y toda la cuestión tan discutida en la metafísica occidental sobre la «*perseitas boni ac mali*» se reduce precisamente a eso: a la posibilidad de una norma moral basada en el puro valor intrínseco de aquello que ordena y en el disvalor intrínseco de lo que prohíbe, al margen de toda voluntad, incluso de la voluntad divina, y, por consiguiente, al margen de toda sanción. Lo que no quiere decir que la moral carezca de sanción; pero ésta no va implicada por la misma norma, sino que viene superpuesta a la misma como una especie de añadido. Que el hombre cuando comete una acción contraria a la ley moral, sienta gravada su conciencia con el peso de la culpa, que experimente el remordimiento, que sea castigado con penas de la otra vida o recompensado con la felicidad eterna, si obra bien, todo eso es perfectamente plausible y tiene una justificación absoluta, pero no entra para nada en la estructura ontológica de la norma moral, la cual

esa sanción, sin posibilidad de incerteza o error; el orden jurídico, por el contrario, impuesto desde el exterior y esencialmente coactivo, ha de recurrir a otros criterios más objetivos en busca de una necesaria reducción de las posibilidades de error, que natural y ontológicamente son inevitables y que serían máximas si el concepto de ilicitud se pretende fundamentar en un inaprensible estado anímico del agente.

Creemos, en suma, que el bien jurídico es hoy por hoy el único concepto que puede evitar que el Derecho penal se aparte de los criterios objetivos que le deben ser consustanciales si no se quieren poner en peligro la seguridad jurídica y la libertad individual. Se trata de un concepto que sirve—como señala Bettiol (54)—«para ligar el Derecho penal a la realidad». Ligando el concepto de delito al del bien jurídico se señala a la vez la función y el límite del Derecho penal, que aparece como protector de los bienes vitales del grupo o de sus componentes y sin que sus sanciones puedan ser elevadas a extremos que pongan en peligro la seguridad del individuo.

Pero por lo mismo ha de rechazarse como igualmente perniciosa cualquier concepción del bien jurídico que lo desligue de la realidad. Tal como la de Manzini que siempre considera como objeto del delito un bien-interés público, que es precisamente el interés del Estado a la conservación del bien privado o público lesionado (55), que queda así tan al margen del concepto del delito, que de ser contenido de la infracción pasa a ser el «telos» de la norma incriminadora.

5. Pero no se crea que con ello se ha desterrado totalmente del Derecho penal la idea de deber. Ha de tenerse en cuenta que el concepto del deber jurídico, que también ha sufrido el impacto de la política, fué en su pristina significación y en su origen un concepto cristiano: Las leyes positivas, como reflejo que son de la Ley eterna y natural, obligan a todos, incluso al detentador del poder: *Princeps legibus solutus est*; sin que tampoco el pueblo pueda dejar de cumplir la ley (de ahí el repudio de la *desuetudo*). Y ésta obliga en el fuero externo y, las más de las veces (cuando no se trata de *leges moerae poenales*), también en el interno. Lo que ocurrió es que el positivismo jurídico, desconociendo el valor fundamental del deber, centró todo el orden jurídico en el derecho subjetivo, no concibiendo ninguna obligación sin su correspondiente derecho subjetivo y desplazando de aquélla a éste

---

se agota en establecer aquello que debe ser o no ser. Lo cual es justamente lo contrario del Derecho, el cual dejaría de ser Derecho si no estableciese aquellas consecuencias jurídicas que constituyen la sanción de la conducta indebida».

(54) BETTIOL, *L'odierno problema*, cit., pág. 713.

(55) Cfr. MANZINI, *Trattato di Diritto penale*, vol. I, pág. 507 y vol. VI. Para una crítica de esa posición véase nota 13 y la de ANTOLISEI, loc. allí citado.

todo el acento de la juridicidad. Cualquier relación jurídica es contemplada más desde el punto de vista del titular que del obligado.

Pero ya hemos visto cómo la posterior evolución jurídica, y especialmente la Escuela vienesa, trajo de nuevo al primer plano la noción del deber («sollen»). Y es que como dice De Castro, «el concepto mismo del Derecho determina la existencia del deber jurídico como efecto sustantivo de toda norma» (56). Conseguir dar significado a nociones jurídicas como la buena fe, la prohibición del abuso del derecho y la equivalencia de prestaciones, resultaría difícil si se prescindiera del punto de vista del deber jurídico.

Y también en Derecho penal el deber jurídico es concepto necesario y fructífero. Al fin y al cabo, la construcción del delito como infracción de un deber no es de ahora. En pleno triunfo de las ideas iluministas Rossi afirmará la necesidad de concebir el delito no como agravio al derecho objetivo, sino como la «infracción de un deber requerible en daño de la sociedad o de los individuos» (57); nuestro Pacheco, elevándose a un plano meta-jurídico, definirá el «crimen» como «un quebrantamiento intencional o libre de los deberes naturales» (58), sin contar la conocida y ya citada posición de Binding, según la que todo el contenido material de las contravenciones queda reducido a la desobediencia a una norma. Y desde Thom (59) la doctrina de los imperativos, de clara inspiración kantiana, tuvo en Alemania gran número de seguidores de Bierling a v. Ferneck, pasando por Goldschmidt y Nagler. Para los imperativistas el Derecho es presentado como una voluntad que se impone a la voluntad de los individuos. El cumplimiento del precepto jurídico o su violación ha de provenir, en consecuencia, de una manifestación de voluntad. La antijuricidad no existe objetivamente, sino en cuanto la contrariedad del acto con la norma se da no sólo en el mundo exterior sino también en la conciencia del agente, donde se presenta el efecto de la norma como una obligación. No se puede, según estos autores, hablar de contrariedad con el Derecho más que frente a un hecho que contraía una obligación, frente a una «Pflichtwidrigkeit». Sentido estrictamente subjetivo que puede conducir, como en v. Ferneck, a la fusión de la antijuricidad y la culpabilidad en un solo concepto (60), con olvido de algo tan fundamental como lo señalado por Beling (61), cual es que el deber, aparte

(56) F. de CASTRO, *Op. cit.*, pág. 525.

(57) P. ROSSI, *Tratado de Derecho penal*, trad. esp. de Cortés, 2 ed. Madrid, 1872, T. I, pág. 217.

(58) J. F. PACHECO, *Estudios de Derecho penal*. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840, 3.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1836, pág. 67.

(59) THOM, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878.

(60) Cfr. H. von FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, vol. I, págs. 266 y sigs. y 355 y sigs.

(61) Cfr. BELING, *Op. cit.*, pág. 147.

de señalar tan sólo la contrariedad del acto con el derecho objetivo desde el punto de vista del agente nace antes de su cumplimiento o lesión. «Por consiguiente—añade—tiene que ser objetivamente determinable la conducta ajustada a la obligación o contraria a la obligación, antes incluso de que aparezca en el horizonte tan sólo el proceso del cumplimiento del deber o de su lesión.»

Lo que ocurre es que la concepción del delito como lesión de un deber, como un «Pflichtverletzung», defendida por la Escuela de Kiel, parte de un postulado completamente distinto al tenido en cuenta por aquellos autores. Aquí el deber infringido no era un deber de orden natural, como querían Rossi y Pacheco, ni un formal imperativo kantiano, ni siquiera un deber jurídico al modo de Kelsen, sino un deber de fidelidad al Estado, más de contenido político que jurídico, derivado de la posición que el sujeto tiene en el seno de la colectividad e independiente de toda idea de lesión individual. Si la lesión a un miembro de la comunidad se repudia con la sanción penal, es en cuanto afecta a la comunidad misma.

Para cualquier jurista cristiano, con una concepción vital basada en el respeto de la persona y su libre arbitrio, la condena de esa doctrina nace, no ya de razones políticas o utilitarias, sino de la esencial contradicción con su propia filosofía. Sin embargo, el repudio de aquella desviación político-penal no implica el repudio sin más del concepto de deber como elemento integrante de la noción del delito. Ya hemos dicho que el deber es un concepto necesario y que está en el centro de todo sistema jurídico. Pero no puede, por eso solo, centrarse en él toda idea de ilicitud o antijuricidad penal. La concepción del delito como infracción de un deber jurídico es tan insustancial como la ya abandonada concepción obligacionista de los derechos reales como meras facultades de exigir una universal obligación de respeto.

Cierto que la simple existencia de una norma penal impone a sus destinatarios el deber jurídico de abstenerse de realizar la acción conminada. Pero detenerse ahí es no ver más que la superficie de las cosas. El deber jurídico se impone en razón de algo, y ese algo es la necesidad de evitar la lesión de un interés o bien fundamental. Por consiguiente el delito sería el resultado del incumplimiento de un deber jurídico impuesto para tutelar jurídicamente un bien. Quiérase como se quiera, el concepto de bien jurídico continúa siendo imprescindible para comprender el concepto sustancial del delito. Pero también la idea del deber es elemento necesario para la construcción de tal concepto. Un penalista tan poco sospechoso en este terreno como Jiménez de Asúa no puede menos de reconocer como «evidente que el objeto jurídico o de protección está constituido por los bienes jurídicos, en cuya lesión no sólo vemos el quebrantamiento de un interés particular, sino a la vez la ofensa a un interés público con la violación de un deber de

respetar las normas de cultura reconocidas por el Estado» (62). Conviene, sin embargo, rehuir desviaciones que pretenden desligar el concepto de su auténtico contenido jurídico. Cuando se hacen referencias a los «deberes naturales», al «deber de respetar la norma» o a «deberes ético-sociales» se está haciendo un llamamiento a nociones que están fuera del campo estrictamente *jurídico* en que debe desenvolverse el delito como concepto propio del *Derecho penal* (63).

El deber incumplido por el sujeto que delinque, y que tiene relevancia en el Derecho penal, no puede ser otro que un *deber jurídico*. Deber jurídico que, como señalamos, surge de la propia obligatoriedad de la norma infringida, que el individuo, como súbdito del Estado de cuyo poder normativo nació aquélla, viene obligado *jurídicamente* a observar. Pero no existe aquí ninguna idea de traición, ni de obligación ética, sino tan solo de relación entre Estado e individuo. Este es libre de acatar o no internamente la norma jurídica. E incluso externamente, ya que la única consecuencia de la infracción es el venir sometido a la coacción jurídica (en este caso la sanción penal) que a toda norma estatal acompaña.

---

(62) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Buenas Aires, tomo III, pág. 94. Sigue así fielmente a M. E. MAYER—que había señalado ya que «el delito es lesión de bienes jurídicos pero, por encima de ello, una contradicción insoportable contra la ordenación moral»—, lo que no puede sorprendernos, ya que ASÚA confiesa su afiliación al criterio de las «normas de cultura» de MAYER.

(63) Especialmente se hace necesario rechazar la concepción de origen hegeliano, que hace absorber la Ética en el Derecho, con lo que la referencia a cualquier valor ético o ético-social aparecería justificada. Ciertamente entre Moral y Derecho existe una conexión, que para nosotros nace de constituir ambos un complejo normativo, ordenador de conductas humanas, por lo que forzosamente han de existir entre los preceptos de ambas órdenes coincidencias, tanto más notorias cuanto más trascendencia tenga el hecho declarado contrario a sus preceptos por una y otra. Pero la Ética tiene un contenido interno (frente a la conciencia) y el Derecho externo (frente a los demás) y los postulados de la Ética y del Derecho no son coincidentes. Piénsese que uno de los fines del Derecho es la seguridad jurídica. Esta seguridad obliga a veces a dar a supuestos concretos una solución que no puede ser la que señalaría la Moral. La teoría de la apariencia jurídica, la del principio de legitimación registral, etc. son terrenos en los que la solución jurídica, tendente a conseguir la estabilidad social, no coincide ni puede coincidir con la solución ética, para la que siempre la verdad está por encima de la *apariencia*. LEGAZ (*loc. cit.*) nos ofrece un ejemplo demostrativo del diverso y hasta opuesto contenido que pueden adoptar el deber jurídico y el deber moral en torno a un mismo hecho: «El *objetum de conscience* que repugna tomar las armas en defensa de su patria, no puede ser condenado (moralmente) sin más como violador de un deber moral (que no existe en el sistema de moralidad que él practica), aun cuando sin duda infringe un deber jurídico fundamental». Al contrario, un acto que es en sí inmoral, no se convierte en moral porque esté reconocido por el Derecho. Elevándonos al terreno de los principios, podríamos decir que mientras el Derecho distingue actos permitidos y actos prohibidos, la moral impone actos debidos y actos indebidos.

El deber jurídico, así contemplado, no es otra cosa que el efecto de la norma jurídico-penal vista desde la posición del destinatario. Y esta concepción, si bien lo meditamos, iba ya implícita en el antiguo concepto del delito como lesión de derechos subjetivos: El derecho subjetivo se concebía como emanación del derecho objetivo. A todo derecho subjetivo correspondía un deber jurídico correlativo, por lo que de toda norma nacía un derecho y un deber que no eran otra cosa que la norma misma «personalizada», esto es, contemplada desde el punto de vista del titular y del obligado respectivamente. En consecuencia, podemos afirmar que en la idea de lesión de un derecho subjetivo iban implícitas la de ataque al derecho objetivo y la de incumplimiento de un deber jurídico. Sólo que el predominio de los principios individualistas, que se veían mejor representados por el concepto del derecho subjetivo, hizo que se colocara en primer plano el más trascendental aspecto del delito como lesión de derechos subjetivos, con olvido de las otras dos facetas de la infracción penal.

Por consiguiente, cuando decimos que el delito es el incumplimiento de un *deber jurídico* impuesto para tutelar jurídicamente un bien, queremos decir también que es infracción de un *precepto penal* del que nace un deber jurídico impuesto para tutelar un bien e igualmente que es lesión de un *bien jurídico*, tutelado por las normas, con infracción de un deber de respeto. Y no pretendemos con ello decir nada nuevo, sino traer a un primer plano una idea que ha estado siempre implícita en el Derecho penal tradicional (64).

El deber jurídico además, a nuestro juicio, puede adquirir un especial valor funcional en el terreno del aspecto negativo de la antijuricidad, en cuanto es útil para dar unidad a lo que hasta ahora y por la doctrina dominante han venido siendo considerados como casos excepcionales en los que la ilicitud del acto desaparece al concurrir una causa justificante: Concebir las causas excluyentes del injusto como mera consecuencia del juego regla-excepción es notoriamente insuficiente, ya que el acto en que concurren es no un acto ilícito legitimado excepcionalmente, sino un acto plenamente lícito desde su inicio, licitud que concurre en todos los actos análogos en que se den las mismas circunstancias. Trátase aquí de una regla tan general como lo que puede ser la del carácter antijurídico del acto verdaderamente delictivo (65).

(64) Ya NAGLER hizo la observación, que no desarrolló en todo su alcance, de que la concepción del delito como hecho que ataca a un derecho subjetivo no era exclusiva y que servía especialmente para explicar cómo se consumaba la agresión al orden jurídico (Cfr. *Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit*. En «Bindings Fechschrift». Leipzig, 1911, vol. II, pág. 300).

(65) Como observa MORO (*La antijuricidad penal*, cit.), «lo que hay detrás de todas las fórmulas que pretenden afirmar que la antijuricidad típica del acto falta cuando se presenta una causa de justificación (generalmente fundada en un interés preponderante) es como una ingenua pretensión de

Pues bien, en todos los casos en los que la existencia de una lesión de un bien jurídico realizada en forma típica dé lugar a lo que se ha llamado «apariencia de un delito», delito que no llega a concretarse en una realidad punible por concurrencia de una causa de justificación, en todos esos casos, repetimos, lo que ocurre es que el agente *no ha incumplido ningún deber jurídico*. Queda así subsistente la existencia de un bien lesionado, pero esa lesión se ha llevado a cabo por quien no tenía deber de respetarlo (66). Las causas de justificación serían, pues, supuestos de ausencia del deber jurídico de abstenerse de la acción incriminada. El deber jurídico daría así unidad a la doctrina del aspecto negativo de la antijuricidad en cuanto en tales casos habría *en primer plano* la no sujeción al deber, en tanto que las referencias al «principio de ausencia del interés», «principio del interés preponderante», «principio del verdadero bien» y demás conceptos que han dado hasta ahora variedad a la doctrina, pasarían a constituir el trasfondo de la misma, jugando su papel a través del concreto fundamento de cada circunstancia justificativa.

*Bien jurídico* y *deber jurídico* son, pues, dos nociones indispensables para el concepto del delito, en el que tienen un valor funcional propio: El bien jurídico hace referencia al aspecto objetivo del delito y al positivo de la antijuricidad, en cuanto el Derecho objetivo declara ilícito un acto por lesionar o poner en peligro un bien jurídicamente protegido; el deber jurídico aparece conectado

---

explicar, con la alusión a un interés de más alto valor social, el no recurrir al hecho típico ilícito en la situación concreta y cómo por eso el punto de vista de la ley en aquel caso consiste insospechadamente en excluir la incriminación. Pero propiamente la justicia intrínseca de aquella realización de fines constituye criterio para la prevalencia del interés que luego calificamos de mayor valor social y no al revés». Lo fundamental es, pues, la licitud del acto y la causa de esa licitud habrá que buscarla después.

(66) Estimamos que este planteamiento del problema puede esclarecer muchos puntos de la doctrina de las causas excluyentes del injusto. Así, por ejemplo, el de la compatibilidad entre la licitud del acto y la necesidad de una indemnización, en los casos de estado de necesidad, reconocida en el artículo 20, regla 2.<sup>a</sup> de nuestro Código penal. El que en los casos de estado de necesidad por conflicto de bienes de valor desigual el sujeto no tenga el deber jurídico de respetar el bien inferior legítima penalmente el acto; pero la existencia de un bien lesionado explica la necesidad de indemnizar la lesión causada, en cuanto de esa lesión ha sobrevenido un beneficio para el titular del bien salvado, *sin que exista una causa reconocida por el derecho que lo justifique* (nos referimos a «causa» en su sentido usual de derecho privado). Estamos plenamente en el terreno del enriquecimiento sin causa (enriquecimiento por una parte; empobrecimiento por otra; ausencia de causa que justifique el enriquecimiento, y relación causal entre uno y otro efecto). El que nuestro Derecho haga recaer la obligación de indemnizar sobre «las personas a cuyo favor se haya precavido el mal» y no sobre el autor del daño; y el señalar como criterio de indemnización «el beneficio que hubiera reportado», y no la entidad del perjuicio, son extremos que claramente señalan que el principio seguido por el legislador ha sido el mismo que inspiró las clásicas «condiciones».

con el aspecto subjetivo del delito (67) y el negativo de la antijuricidad, en tanto el acto sólo resulta ilícito en cuanto el agente, además de lesionar con su acto un bien jurídico, ha incumplido un deber jurídico de abstención respecto a tal acto.

Nos hallamos una vez más ante el eterno dualismo del delito: antijuricidad-culpabilidad; elemento objetivo-elemento subjetivo; aspecto externo-aspecto interno. El no haber sabido superar ese dualismo, el no haber hallado la categoría común que funda esos dos elementos o aspectos en un todo unitario, ha sido el defecto de pasadas doctrinas y hecho que ha oscurecido la innegable realidad de que el delito, totalmente hablando, se comete cuando se lesiona un bien jurídico infringiendo un deber (68).

En suma: El Derecho es un orden normativo regulador de conductas humanas, conductas que se actualizan en el mundo exterior, pero que son expresión de una interna voluntad. La conducta delictiva ha de comprender, pues, un elemento externo (centrado en la lesión de un bien jurídico) y otro interno (centrado en una voluntad que infringe un deber). De ahí que al penar un delito se sancione fundamentalmente la lesión de un bien jurídico, pero sólo en cuanto tal lesión es la exteriorización de una voluntad que debiera haber acatado el deber de no actuar la conducta lesionadora. La lesión de un bien jurídico y la infracción de un deber constituyen, pues, los dos opuestos límites dentro de los que debe actuar la sanción penal. Límite objetivo, el uno, y subjetivo, el otro. La exacerbación de esos respectivos límites, su repudiable sobrevaloración, viene constituida por la responsabilidad objetiva y por la punición del carácter, extremos máximos a que se puede llegar agotando cada uno de esos dos caminos.

(67) Hasta qué punto se interfiere en este terreno el deber jurídico (y también de las causas de justificación) el elemento subjetivo del delito, nos lo demuestra el hecho de haber un sector de la doctrina alemana (encabezado por M. E. MAYER) considerando ya de antiguo que la infracción de un deber era el elemento central del juicio de culpabilidad. Desde el segundo punto de vista apuntado en el texto, MORO (op. cit., pág. 204) ha pretendido que la expresión correcta para designar los casos de licitud penal provocados por la presencia de una causa excluyente del injusto era la de referirse a «voliciones lícitas con antijuricidad aparente».

(68) Los subjetivistas han afirmado siempre que no se puede hablar de ilícito hasta que no resulte comprometida la voluntad del agente. Dice centeneramente MORO (op. cit., pág. 149) que «el ilícito objetivo es como la envoltura exterior del verdadero acto ilícito, en el cual la subjetividad se desarrolla, aunque sea en un proceso negativo, según ley íntima. Está claro que, hasta que la síntesis primitiva de la imputación kelsiana haya sido realizada, no estamos todavía frente al acto contrario al Derecho, y éste no puede decirse que ha sido negado en su valor». El argumento de Petrocelli (op. cit., págs. 71 y 72) contrario a la antijuricidad objetiva pura, que obligaría a considerar ilícitos también los hechos naturales e infrahumanos, podría ser complementada con la objeción contraria a la pura antijuricidad subjetiva, que conduciría a la punición de los pensamientos. Con lo que parece inevitable la doble admisión de la objetiva lesión de un bien y la subjetiva infracción de un deber, como contenidos complementarios del delito.

Pero aun reconociendo que la conjunción de esos factores es necesaria para poder actuar la sanción penal, para afirmar la existencia del delito, éste, *como ente*, aparece esencialmente vinculado al aspecto objetivo de *la lesión de un bien jurídico*, a la que se debe dar la prevalencia, no sólo por la necesidad de buscar la base objetiva que es, como ya dijimos, necesaria en todo ordenamiento jurídico, sino también, como señala Bettiol (69), «porque la noción del deber no puede tener una autonomía funcional propia. El deber se especifica tan sólo al contacto con los intereses protegidos. Y de ella adquiere color y relieve». El deber es una categoría formal poco apta para dar al delito un contenido natural y realista sin perjuicio de que posea su propio valor funcional, ya señalado.

6. Pero un nuevo peligro puede presentarse en la actualidad a esa concepción del delito como lesión de un bien jurídico, peligro que proviene de un campo distinto: la dogmática marxista, dominada por una interpretación dialéctica de la vida, de la Historia y también del Derecho y para la cual el bien jurídico, deformado en su esencia por la «dogmática burguesa», tiene un contenido muy distinto y una función jurídico-penal que no coincide con la que se le otorga en la concepción occidental.

Para un Derecho como el marxista, que ha de ser entendido dialécticamente, la legislación penal no tiene otra finalidad que «la defensa del Estado socialista de los obreros y campesinos y del orden jurídico establecido en él contra las acciones socialmente peligrosas, mediante la aplicación a sus autores de las medidas de defensa social establecidas en el presente Código» (art. 1.º del Código penal para Rusia, de 1926) (70). Si el Derecho es en la opinión de Marx y en la definición del jurista oficial del Estado soviético, Andrei Vichinski, «la manifestación de voluntad de la

(69) BETTIOL, *Diritto penale*, pág. 156.

(70) Con mayor claridad se manifiesta aún el teleologismo político-social del derecho punitivo, como instrumento de la dictadura del proletariado, en el artículo 1 del Código checoslovaco cuando dice que «el Derecho penal tutela la República popular democrática, su estructuración socialista, los intereses de pueblo trabajador y de los individuos. Y se dirige al mantenimiento de las normas de convivencia socialista». Ese teleologismo se conserva igualmente en los nuevos «Fundamentos» del Derecho penal y procesal aprobados en la sesión del Soviet Supremo de la U. R. S. S. de 25 de diciembre de 1958. Puede observarse, sin embargo, cierta «liberalización» del concepto con la introducción del reconocimiento de intereses y derechos del individuo. El fin de la legislación penal soviético será desde ahora: «Defender de los actos delictuosos el régimen social y estatal soviético, la propiedad socialista, la persona y derechos del ciudadano y el orden legal socialista». Hemos conservado, sin embargo, en el texto la definición del antiguo Código de 1926 por continuar todavía vigente y ser por ahora los citados «Fundamentos» mera declaración de principios, sin actualización positiva, en tanto no sean reformados los Códigos de Rusia y demás Repúblicas de la Unión Soviética.

clase dominante» (71), no ha de extrañarnos que el Derecho penal se conciba como instrumento al servicio de la clase trabajadora que ha impuesto su dictadura, teniendo como fin la defensa de los intereses económicos y políticos del proletariado. Se trata, como dice Bettiol (72), de una visión *político-teleológica*, que ha sustituido a toda interpretación *lógico-sistemática*.

Parecería que en un sistema que se funda en el materialismo económico y que tras toda evolución histórica y toda realidad social quiere ver siempre a la economía con sus exigencias y sus razones, el concepto de bien jurídico fuera fundamental y estuviera entendido en su más vulgar y estricto sentido de bienes materiales que sirven para satisfacer necesidades humanas. Y que eso debiera ser así, nos lo confirman las propias afirmaciones de los juristas marxistas que aseguran que sólo el sistema comunista tutela al máximo los bienes jurídicos, en cuanto se atiende para sancionar la acción delictiva, no a su intencionalidad, sino a su conformidad o disconformidad con los intereses económico-políticos de la clase trabajadora, mientras por otro lado acusan a la dogmática capitalista de una exageración del principio subjetivista, especialmente en la doctrina finalista de Welzel, que según ellos revela la falsedad de la concepción burguesa, la que con aspectos de legalidad, viene a conceder al juez, a través de la indagación del momento psicológico del delito, el más amplio poder, entregando en sus manos la libertad del individuo. Sólo el criterio que considere al delito como un hecho antisocial desde el punto de vista de los intereses de clase, puede ofrecer, a juicio de los juristas orientales, un *dato objetivo* y un criterio seguro para la libertad individual. Vemos así cómo los bienes jurídicos no son entendidos precisamente en sentido económico-material (y muchos menos confundidos con los derechos subjetivos que, como ya indicamos, son inadmisibles en un orden político-jurídico que nada deja al arbitrio individual) sino que, según la tesis dominante, se conciben como «aquellas situaciones sociales, ventajosas y útiles para la clase en el poder» (73). El objeto del delito está constituido en de-

(71) Cfr. GEORGE C. GUINS, *Soviet Law and Soviet Society*, La Haya, 1954, págs. 41 y 42. La definición de VICHINSKY se compone de dos partes: 1.º, el derecho es un conjunto de normas de conducta, establecidas por la legislación, que expresan la voluntad de la clase dominante; y 2.º, es un conjunto de costumbres y normas de comunidad sancionadas por el poder del Estado, cuya aplicación es garantizada por la fuerza coactiva del Estado a fin de guardar, confirmar y desarrollar las relaciones y el orden sociales, de acuerdo con los deseos de la clase dominante y para su ventaja. Consciente quizá de la contradicción que esa definición encierra, pretende deshacerla VICHINSKY afirmando que en su esencia la política de un Estado sin clases es la continuación de la política del Estado en una sociedad de clases, con lo que la voluntad de la clase dominante continuaría persistiendo en el utópico Estado sin clases en que debiera desembocar la dictadura del proletariado.

(72) BETTIOL, *L'odierno problema*, pág. 707.

(73) Es sugestivo señalar cómo a medida que se desarrolla la argu-

finitiva por los intereses de la clase trabajadora, pero a su vez el contenido y esencia de ese delito radica en la peligrosidad de la acción punible para la sociedad socialista (74). El concepto de peligrosidad es tan fundamental o más para la esencia del delito que el del interés o bien jurídico y esa peligrosidad aparece teñida de un sentido político, más aún, clasista, en cuanto el peligro viene determinado en relación con las nuevas situaciones sociales y los medios de producción creados por el Estado socialista.

El contenido sustancial del delito es también aquí, pues, el contraste entre el acto y el interés. El delito lesiona los «intereses de la clase dominante»: he ahí un claro bien jurídico tutelado por el Derecho penal marxista. Y como, por principio filosófico-político, es postulado de tal doctrina que tras todo interés late un contenido económico, el carácter objetivo de ese bien jurídico parece evidente. Pero como el concepto de acto ilícito penal se centra para el Derecho soviético, más en una subjetiva «peligrosidad jurídica» que en una objetiva «lesión de un bien», el núcleo del concepto de delito se desplaza de la objetividad a la subjetividad.

Para ocultar en parte ese desplazamiento y en un intento de no desvincular totalmente el Derecho penal marxista de toda referencia al individuo-miembro del grupo, se recurre a la discutida distinción entre objeto mediato y objeto inmediato del delito. Así, Boris Vybiral (75), distingue entre el objeto genérico, que está constituido por las situaciones sociales ventajosas y útiles para la clase dictadora, y el objeto jurídico específico, constituido por los particulares intereses, las concretas situaciones sociales, atacadas por cada delito. Pero aun dentro de estos intereses será precisa una posterior distinción entre objetos específicos inmediatos y mediatos: Aquéllos constituidos por el interés lesionado directamente (que es lo que tutela directa y primordialmente la norma penal); los segundos, que son los intereses lesionados indirectamente por el delito (y que sólo secundariamente vienen tutelados por la norma) (76).

De otro lado, y con el fin de conservar un sentido objetivo a la concepción del delito, se dice que la acción peligrosa debe ten-

---

mentación, los intereses *objetivos* (bienes económicos) van ya transformándose en *subjetivos* (intereses de clase) y hasta en *finés ideales* (intereses políticos del Estado socialista).

(74) La peligrosidad social del acto como esencia de la antijuricidad del mismo, se conserva en los nuevos «Fundamentos». Cfr. arts. 1, 3, 7, 8 y 9, como más característicos.

(75) BORIS VYBIRAL, *Poyema vyznam obyektu trest-neho cinu v československém socialistickém trestním právu* (Concepto y significación del objeto del delito en el Derecho penal socialista checoslovaco), en el «Notizario dell'Accademia checoslovacca delle scienze», Praga, 1956, fasc. 1, página 153 y sigs.).

(76) En un hurto, por ejemplo, el objeto específico inmediato será la propiedad desconocida, y los objetos específicos mediatos, el mantenimiento de la familia del perjudicado, la seguridad jurídico-económica de los otros miembros trabajadores, etc.

der a la lesión de un interés social. Pese a ello las consecuencias prácticas de esa doctrina conducen a conclusiones sorprendentes: «el objetivismo tendencial de la dogmática penal—señala Bettiol (loc. cit.)—, se transforma en verdadero y propio subjetivismo en el sentido de que la noción del delito tiende a personalizarse y presentarse como la manifestación de una personalidad antisocial y, en consecuencia, peligrosa para los intereses políticos de la clase dominante... La peligrosidad social, entendida clasísticamente se ha convertido en el único criterio de determinación para la noción del delito, convirtiendo al interés protegido en simple punto de referencia (no siempre necesario) de la acción, pero no *contenido* indefectible del hecho mismo». Y si a eso añadimos que la interpretación dialéctica de la historia obliga al jurista marxista a considerar que no existe una realidad inmutable de acuerdo con la que pueda construirse un estable concepto de bienes jurídicos (77), no es extraño que podamos concluir diciendo, con el citado autor, que «no es la dogmática penal accidental de fondo liberal la que ha disuelto en términos subjetivos el concepto de delito poniendo en peligro la seguridad jurídica, sino que es, por el contrario, el penalismo marxista el que, después de haber disuelto dialécticamente toda noción de bien jurídico, ha *personalizado* y en consecuencia resuelto en términos subjetivos el concepto mismo del delito, sometiéndolo al concepto de la peligrosidad social... El concepto de bien jurídica ha resultado una entelequia del sistema, no un criterio elegido como fundamental para el concepto del delito. Marxismo y nazismo bajo este perfil han andado plenamente de acuerdo en la eliminación o sobrevaloración de un concepto esencial para un derecho penal de libertad» (78). Lo que no puede sorprendernos, pues entre el llamamiento a la «sana conciencia popular» y la referencia a la «voluntad de la clase dominante», existen suficientes puntos de identidad como para que en uno y otro caso en el fondo de las ideas se den las mismas coincidencias, aunque las palabras empleadas para disfrazar aquéllas sean diferentes (79).

---

(77) Si para MARX la realidad no es un conjunto inmutable de categorías fijas, sino que está sometida a un evolucionismo constante (idea influida por el evolucionismo materialista, de origen darwiniano) toda categoría o idea, conteniendo en sí misma su negación, está destinada a desaparecer. A diferencia del jurista cristiano, que admite categorías superiores, permanentes e inmutables (religiosas, culturales, jurídicas, etc.) el marxista niega la existencia de cualquier idea superior con existencia *per se*. El propio estado clasista y el propio derecho están llamados a desaparecer absorbidos en el nihilismo que constituye la etapa final, la meta, de la dictadura del proletariado.

(78) BETTIOL, Op. cit., pág. 708.

(79) La identidad no se da sólo ahí. El carácter educacional y el desarrollo social que, como vimos, adjudicaba al Derecho penal la dogmática nazi, se da también en el Derecho penal soviético. Según KRIGER (*Contribución al problema del concepto del delito en el Derecho penal soviético*, en «Vestnik Moskowskogo Universita», 1951, núm. 1, extracto alemán, publicado en «Ost-Problema», núm. 20, págs. 815 y sigs.), «el

Por ello no es de extrañar que la noción del bien jurídico sea atacada lo mismo desde el punto de vista del subjetivismo irracional y pseudo-ético, nacional-socialista, que desde el campo de la dialéctica marxista, que enarbola la bandera de la defensa del bien jurídico, mientras que en la práctica le niega todo valor.

Hasta qué punto puede influir en esa disolución del concepto objetivo del bien jurídico, en los términos subjetivos de la peligrosidad, que es característica del Derecho penal soviético, el retroceso doctrinal representado por los nuevos «Fundamentos» de 25 de diciembre de 1958 (80), es algo que queda aún por ver. Si bien la postura dominante, de Schroeder (op. cit.) a Pisapia (op. cit.), interpreta la reforma como un retorno al pasado y a la tradición jurídica occidental del Derecho penal soviético, curado de sus ilusiones marxistas, es lo cierto que en tanto esos teóricos principios fundamentales no se vean encarnados en la realidad de los Códigos penales, nada puede decirse en pro o en contra de la sinceridad de su proclamación. Señalaremos, sin embargo, que, prescindiendo de lo que de significativo tienen en cuanto a aproximación al Derecho penal occidental la proscripción de la analogía (art. 7.º), el reconocimiento de «la persona y los derechos de los ciudadanos» como objeto de la protección penal (art. 1.º) y la sustitución de las expresiones de «peligrosidad» y «medidas de defensa social», por las de «culpabilidad» y «pena», subsisten todavía conceptos que son reflejo de la preponderante concepción subjetivista: El reconocimiento de una antijuricidad material centrada en la «peligrosidad social» del acto (81); la invocación de «los in-

---

Estado socialista no está interesado en esconder la naturaleza y la tendencia política de los delitos; al contrario, trata de demostrar a los trabajadores por todos los medios la peligrosidad de los delitos para la sociedad socialista, a fin de movilizar toda la publicidad en pro de la lucha contra la criminalidad». De otra parte, sobradamente conocidas son las influencias hegelianas en la doctrina de MARX.

(80) La traducción francesa del texto de esos principios—que ha sido la utilizada por nosotros—fue publicada por BELLÓN en la «Revue internationale de Droit Penal», 1959, págs. 113 y sigs. Posteriormente QUINTANO RIBOLLÉS publicó la traducción española en el «Anuario de Derecho penal y Ciencias penales», en abril de 1960, págs. 115 y sigs. Como reseñaciones y comentarios pueden verse: BELLÓN y FRIDIERR, *Les nouveaux fondements du droit pénale et de la procédure pénale soviétique*, en la «Revue de Science criminelle et de droit comparé», 1959, págs. 83 y sigs.; CUELLO CALÓN, *La reforma de la legislación penal de la Unión Soviética*, en el «Anuario» cit., págs. 9 y sigs.; SCHROEDER, *Das Strafrecht der UdSSR de lege ferenda*, Berlín-Zehlendorf-West (s. f.); G. D. PISAPIA, *I nuovi principii di diritto e procedura penale nella Russia Sovietica*, en la «Rivista italiana di diritto e procedura penale», marzo 1960, págs. 157 y sigs.; L. BLAS ZULUETA, *El novísimo Derecho penal soviético*, en el «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», núm. 480, 25-IV-1960, página 3 y sigs.

(81) Esta antijuricidad material, que se encarna en el concepto de «peligrosidad social» del acto, tiene un valor funcional evidente no sólo para el concepto del delito, sino también para la determinación de la punibilidad concreta del acto ilícito, que podrá resultar impune si, aun adoptan-

tereses del Estado soviético» y de «los intereses sociales de la persona», como objetos susceptibles de ser legítimamente defendidos en caso de ataque (art. 13); el centrar la culpabilidad del sujeto en «el reconocimiento del carácter socialmente peligroso de su acción» (art. 8.º) o en la «previsión de la posibilidad de las consecuencias socialmente peligrosas de la acción o la omisión» (art. 9.º) —según se trate de dolo o culpa—, y el recurrir, en suma, al «peligro social» del acto, para graduar la pena en los casos de tentativa y complicidad (arts. 15 y 17), son otros tantos portillos abiertos a la posibilidad de liberar el concepto de delito de sus ontológicos cauces objetivos e introducir en el mismo una sobrevaloración del elemento subjetivo, riesgo contra el cual hemos de prevenirnos, puesto que, tal como hasta aquí hemos afirmado y como la experiencia nos ha demostrado, el concepto de la lesión de un bien jurídico como contenido sustancial del delito, y, en consecuencia, del aspecto objetivo de la ilicitud penal, es insustituible, sin peligro para la certeza jurídica, la seguridad social y la propia teoría general del delito. Por lo que no parece posible el triunfo de tales concepciones en una dogmática penal basada en los postulados filosófico-políticos que son patrimonio del mundo occidental.

---

do exteriormente la forma de una acción prevista en la ley, «no presenta peligro social en razón de su insignificancia» (art. 7). Como señala PISAPIA (op. cit., pág. 158), «tal relevancia concedida a la antijuricidad o antisocialidad sustancial merece ser subrayada, porque representa el aspecto más significativo de la supervivencia, en los nuevos principios, de aquel poder discrecional del Juez para la valoración social del hecho, que en la precedente legislación podía conducir también a la creación de nuevos hechos punibles, por ser socialmente peligrosos. El cual recibe aplicación ahora, solamente *in bonam partem*, en el sentido de excluir la punibilidad de la acción no peligrosa».

# El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de «no exigibilidad»

JOSE ANTONIO SAIZ CANTERO

Profesor Adjunto de Derecho Penal de la  
Universidad de Granada.

El desenvolvimiento experimentado por la teoría de la culpabilidad ha conducido a la doctrina a perfilar el principio «no hay pena sin culpabilidad». Rebasado en el campo dogmático el estudio de la sola responsabilidad por el hecho, la dogmática se detiene en el estudio de la voluntad criminal y perfila el ámbito de la culpabilidad, en un plausible deseo de que la pena corresponda sólo al autor culpable.

Esta evolución nos ha llevado hasta el pensamiento de la «no exigibilidad», con el que se intenta trazar el límite último de la culpabilidad, con una fórmula que deje sin pena al sujeto, al cual, por las circunstancias que se han dado en la comisión del hecho que ha realizado, no le pueda ser exigido un comportamiento distinto al que ha llevado a cabo.

Ahora bien, para sacar todas las consecuencias prácticas que del principio de «no exigibilidad» puede obtenerse, se hace necesario un estudio que consiga la elaboración dogmática de la exigibilidad, elaboración que no podrá ser llevada a cabo si antes no se historia el pensamiento de los autores que lo han perfilado. Esto es lo que pretendemos con el presente trabajo, el cual nos ha servido de punto de partida para un estudio ulterior sobre la exigibilidad de conducta legal.

## I. *La «no exigibilidad» y las teorías de la culpabilidad.*

El pensamiento sobre la «no exigibilidad» puede resumirse en estos términos: para que a un sujeto sea reprochable el hecho antijurídico que ha cometido voluntariamente, es preciso, además de que él sea imputable y que haya actuado dolosa o culposamente, que le pueda ser exigido un comportamiento distinto al que ha realizado, esto es: un comportamiento de acuerdo con lo que el Derecho dispone. Cuando esta conducta legal no es exigible al sujeto, su acto no es reprochable y por tanto debe quedar exento de pena.

La doctrina no llega a esta construcción hasta una etapa científica en que ya ha madurado el concepto de culpabilidad. Antes de que se afirmara como principio la idea de que para que un'

hecho sea considerado delito es precisa la culpabilidad, no puede pensarse en la «no exigibilidad», pero ni aun mucho tiempo después de esta afirmación, halla terreno abonado para su cultivo, siendo sólo cuando los postulados de la llamada concepción normativa de la culpabilidad toman cuerpo de doctrina cuando empieza a apuntarse la idea de que para un hecho antijurídico y típico merezca el calificativo de delito es preciso que a su autor no le sea exigible una conducta distinta a la que ha ejecutado.

A medida, pues, que se disipa la niebla que en su amanecer recubre a la teoría de la culpabilidad, se recorta en el horizonte científico el perfil de este principio, y cuanto más cala en esta teoría, más se ven los detalles y las perspectivas de la «no exigibilidad», del mismo modo que las mañanas nebulosas nos presentan borroso el edificio que se levanta en la llanura y el sol que hace desaparecer la niebla lo va dibujando en el horizonte, hasta dejar ver todos sus detalles al mediodía. De aquí la vinculación del pensamiento que historiamos al desenvolvimiento de la culpabilidad, y la repercusión en él de las distintas concepciones que sobre la naturaleza del elemento subjetivo del delito se debaten en el campo científico.

De todas ellas, sin embargo, sólo nos interesan aquí las llamadas *concepción psicológica* y *concepción normativa de la culpabilidad*; ésta porque es la matriz en que se gesta el principio, y aquélla por servirle de contrapunto y brindarnos una perspectiva de contrastes que clasificará la apreciación de los progresos que la concepción normativa supone.

### I. *Las teorías sobre la culpabilidad.*

Aunque, como dice Maggiore (1), la historia de la culpabilidad como categoría mental «se pierde en la noche de los siglos y puede decirse que es coetánea al hombre», la dogmática sobre la misma, y, sobre todo, el intento de hacer de ella una teoría unitaria, es reciente. El siglo XIX comienza sin que se haya conseguido, y puede decirse que en su transcurso tampoco se llega a un concepto unitario, pues aunque en sus postrimerías se intenta por v. Liszt, éste no consigue darlo en su libro, ya que considerada la imputabilidad como presupuesto, se quedan sueltos, desconectados, los conceptos de dolo y culpa, concebidos como figuras autónomas, que como ha dicho un autor, parecen ser exponentes de dos distintas culpabilidades (2). Por eso puede decirse que hasta que en 1907 R. Frank levanta el andamiaje de lo que ha dado

(1) MAGGIORE, *Prolegomini al concetto di colpevolezza*. Palermo, 1950, pág. 47.

(2) JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, vol. V, Buenos Aires, 1956, pág. 127. En el mismo sentido: MAURACH, *L'evoluzione della dottrina del reato nel più recente Diritto penale germanico*, en «Rivista Italiana di Diritto penale», 1949, pág. 642.

en llamarse *concepción normativa de la culpabilidad*, no existe un concepto unitario y sustancial sobre la misma.

El concepto de culpabilidad se ha afirmado con manifiesta oscuridad, hasta el punto que ha podido decir R. Ihering que el problema jurídico-penal de la culpabilidad es comparable al cabo de Hornos por lo borrascoso (3). Esta borrasca se debe a la multitud de concepciones que sobre la esencia de la culpabilidad existen (4), cuya exposición escapa a los límites de este trabajo, al que interesan solamente, por las razones antes apuntadas, las llamadas *sicológica y normativa* que llenan toda la polémica sobre la culpabilidad, hasta el extremo que ha dicho un autor que «el problema de la culpabilidad está transido de la lucha entre quienes desean hacer de ella un fenómeno natural o un concepto normativo» (5).

A) *La concepción sicológica*.—No hay una dirección unitaria que responda a esta denominación. Lo que hay son una serie de posiciones que presentan un denominador común (la afirmación de que el concepto de culpabilidad se agota en la relación sicológica entre el autor y el hecho), y a las que los representantes de la concepción normativa enmarcaron dentro del apelativo común de *concepción sicológica* de la culpabilidad (6).

La característica más destacada de esta concepción es, como ha puesto de manifiesto Petrocelli (7), la de entender la culpabilidad como excluyente de todo contenido de desobediencia y de cualquier referencia a la obligación y a la norma correspondiente. Basta que lo querido sea prohibido, no es preciso que sea querido sabiéndolo prohibido y además desobedeciendo la prohibición, ya que se trata de una relación sicológica y no normativa.

La culpabilidad es, por tanto, un concepto exclusivamente sicológico y no, como quieren sus contradictores, sicológico y normativo al mismo tiempo. Se agota, pues, el juicio de culpabilidad en sus dos especies (el dolo y la culpa), ya que para formularlo

(3) También con razón, ha escrito GLEISPACH que hay tantas definiciones de culpabilidad como autores se han ocupado de ella: (*Der deutsche Strafgesetzs-Entwurf*, en «Oesterreichische kriminalistische Vereinigung», 1921, pág. 9).

(4) En medio de esta oscuridad producida por las múltiples doctrinas, MAGGIORE ha fijado un principio que puede explicar muchas de las doctrinas formuladas: cuanto más se acentúa el fundamento naturalístico, con la correspondiente función profiláctico-defensiva del Derecho penal, tanto más se debilita el interés por el problema de la culpabilidad. Por eso, muchas de las que los autores llaman teorías naturalísticas sobre la culpabilidad no son más que concepciones negativas que conciben el delito y la pena al margen de la culpabilidad misma.

(5) JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado*, cit., V, pág. 130.

(6) MEZGER (*Tratado de Derecho penal*, Madrid, 1946, II, pág. 5) señala que un sicologismo puro no ha existido nunca, y, en realidad, se trata de una orientación nada uniforme, tanto en los criterios que la informan como en su formulación y consecuencias.

(7) PETROCELLI, *La colpevolezza*, Padova, 1951, pág. 117.

basta considerar el contenido de la voluntad del autor, el cual será culpable siempre que haya actuado con dolo o culpa, con independencia de cualquier referencia a otros extremos (como podrían ser las circunstancias externas en que el hecho se produjo).

El concepto de culpabilidad que proponen sus más destacados representantes, pone suficientemente de manifiesto estas características. Así para Vannini (8) la culpabilidad es «la relación causal subjetiva entre el hecho previsto por la ley como delito y el autor del hecho»; para Ranieri (9) la culpabilidad es «la relación subjetiva de carácter psicológico entre autor y delito». Bataglini (10) la concibe como la relación psicológica entre el agente y el hecho, y lo mismo la definen los psicólogos alemanes Kohlrausch (11) y Galliner (12).

La esencia de la culpabilidad consiste solamente en la relación de identidad entre la voluntad y la mutación externa que supone el resultado. Esta relación no admite *graduaciones*, por lo que la culpabilidad no es en modo alguno un concepto graduable.

Por regla general los autores de esta dirección sostienen que el dolo y la culpa son *especies* y no formas de culpabilidad, postulado éste que después defenderán los normativistas.

En cuanto a las especies de culpabilidad, sin embargo, el pensamiento psicólogo presenta múltiples variantes que forman un amplio panorama de disensiones y que constituyen la más ostensible prueba de que falta unanimidad en la misma. Así, mientras Kohlrausch niega al dolo y la culpa esta naturaleza de especies de culpabilidad, otros como Bataglini, Bellavista y Ranieri la afirman. La culpa inconsciente es también motivo de discordia entre ellos: Vannini la radia del área de la culpabilidad, sosteniendo que constituye la negación de ésta, y aunque el Código, por razones prácticas, la comprenda junto a la culpa consciente (que es para este autor la única clase de culpa), la ciencia está obligada a mantener que la responsabilidad penal a que aquélla da lugar es responsabilidad sin culpa. Bataglini y Ranieri, por el contrario, hacen entrar en el campo de la culpabilidad tanto la culpa consciente como la inconsciente. No faltan tampoco los que, como Galliner, extrañan de la culpabilidad toda clase de culpa.

La concepción psicológica, que en un tiempo fué doctrina dominante, ha perdido hoy su hegemonía. En Alemania, con muy escasas excepciones, fué abandonada por la dogmática, y en Italia,

(8) VANNINI, *Per un concetto unitario di colpevolezza*, en «Studi Senesi», 1926, pág. 316.

(9) RANIERI, *Colpevolezza e personalità del reo*, Milano, 1930, pág. 30.

(10) BATAGLINI, *Diritto Penale*, cit. pág. 113.

(11) KOHLRAUSCH, *Die Schuld*, en «Reform des Strafgesetzbuchs», 1910, pág. 180.

(12) GALLINER, *Die Bedeutung des Erfolges bei den Schuldformen des geltenden Strafgesetzbuchs*, 1907, pág. 1.

donde se mantiene con más vigor y empeño, se advierte desde hace algunos años una creciente influencia de sus contradictores.

Entre sus representantes de más prestigio pueden citarse, en la ciencia penal alemana, a G. Radbruch (13), Kohlrausch (14), Rosenfeld (15), Loeffler (16), Liszt (17) y Galliner (18). En Italia: Vannini (19), Bataglini (20), Ranieri (21) y Bellavista (22). Tiene aún preponderancia en la ciencia penal francesa, cuyos más destacados representantes son Garraud (23) y Vidal (24). En Inglaterra pueden considerarse sicólogos Kenny (25) y Clark (26). En Hispanoamérica lo son Ricardo C. Núñez (27) y Fontán Balestra (28).

En la doctrina española contó con mayoría hasta hace poco tiempo, pero hoy se ha abierto paso la concepción normativa. Pueden citarse entre los sicólogos más destacados al P. Montes,

---

(13) G. RADBRUCH, *Ueber den Schuldbegriff* en «ZStr. W.», 1904, págs. 333-348; y *Zum systematik der Verbrechenslehre*, en «Festgabe für R. Frank», vol. I, pág. 168.

(14) KOHLRAUSCH, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, Berlín, 1903.

(15) ROSENFELD, *Schuld und Vorsatz im von Lisztschen Lehrbuch*, en «Z. Str. W.», 1911, págs. 487 y sigs.

(16) LOEFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichenshistorischer und dogmatischer Darstellung*, vol. I, Tubinga, 1895, pág. 264.

(17) FRANZ VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, edic. 21-22, págs. 172-73.

(18) GALLINER, *Die Bedeutung des Erfolges bei den Schuldformen des geltenden Strafgesetzbuchs*, 1907, págs. 1 y sigs. Una relación de los autores que pueden ser considerados representantes de la concepción psicológica, en v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, II t., Berlín, 1930, pág. 342.

(19) VANNINI, *Per un concetto unitario di colpevolezza*, en «Studi Senesi», 1926, pág. 313.

(20) BATAGLINI, *Diritto Penale, P. Generale*, Padova, 1949.

(21) S. RANIERI, *Colpevolezza e personalità del reo*, Milano, Giuffrè, 1933, pág. 33.

(22) BELLAVISTA, *Il problema della colpevolezza*, cit., pág. 133.

(23) Para GARRAUD la existencia de la culpabilidad depende de una relación subjetiva y psicológica entre la voluntad del agente y el delito. (Cfr. *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, vol. I, París, 1913, pág. 554.)

(24) VIDAL, *Cours de Droit criminel*, 4.ª edic. París, 1916, pág. 162.

(25) KENNY, *Esquisse du Droit Criminel Anglais* (trad. francesa de la 9.ª edic. inglesa), París, 1921, pág. 51.

(26) CLARK, *Analysis of criminal Liability*, pág. 109 (cit. por JIMÉNEZ ASÚA).

(27) RICARDO C. NÚÑEZ ofrece la más simple y expresiva de las definiciones psicológicas de culpabilidad, al decir que es «el comportamiento físico que la ley exige en el autor material de un delito, para que responda de él». (Cfr. *La Culpabilidad en el Código Penal*, Buenos Aires, 1946, pág. 1.)

(28) FONTÁN BALESTRA (*Manual de Derecho Penal. P. General*, Buenos Aires, 1949, pág. 144). Para una completa reseña de los representantes de la doctrina psicológica en los demás países hispanoamericanos, ver JIMÉNEZ DE ASÚA, *Traído*, V, cit., págs. 152 y sigs.

Sánchez Tejerina, y al P. Pereda, que hace algunos años se opuso, con razones de peso, a la concepción normativa (29).

(29) Hasta muy tarde no penetra en la doctrina española la concepción normativa de la culpabilidad. En los tratados y comentarios del siglo, las nociones de culpabilidad son de marchamo sicológico, dejándose ver muy ostensiblemente la poderosa influencia de la doctrina extranjera en nuestros escritores. Valgan por todos las palabras del P. Montes: «La imputabilidad criminal implica por tanto una relación causal entre la voluntad del agente y el delito cometido; es preciso que éste pueda ser atribuido, como a su causa, a la voluntad de su autor, o lo que es lo mismo, que el hecho sea voluntario». (P. JERÓNIMO MONTES, *Derecho penal español*, Madrid, 1917, I, pág. 326). Quizás SILVELA pudiera ser considerado precursor del normativismo en España. Con la considerable intuición que ha puesto este ilustre autor en cuantos temas tocó, escribía antes que Frank lanzase sus ideas: «Confúndese a menudo la culpabilidad con las nociones de imputabilidad y responsabilidad, pero se diferencia de la primera en que no sólo señala aquello en que el espíritu se ha mostrado como causa libre, sino que además aprecia su valor, y de la segunda, en que no determina las consecuencias que habrán de ocasionarse por el hecho imputable, como, por ejemplo, la pena, sino tan sólo el mérito del acto en sí, bien en absoluto, bien en comparación con otros. De esta suerte decimos: la muerte del padre o de la madre es el acto más culpable que puede cometerse; el homicidio entraña más culpabilidad que las lesiones, etc.» (Cfr. *Derecho Penal*, cit. pág. 105).

Estos párrafos, donde de modo tan expresivo se intuye la índole normativa de la culpabilidad, se completan con los que, sobre la eximente de miedo insuperable, escribió su autor: «En todo rigor, el llamado miedo insuperable, que permite raciocinar y escoger entre el mal con que se amenaza y el delito, que mediante él se espera que se cometa, no presenta al hombre en un estado de no imputabilidad. La consciencia de sí, de la ley o del principio existen, y hay, por tanto, dominio sobre la voluntad. Aunque parezca paradójica, el hecho ejecutado por la coacción es acto libre, porque a la fuente de la libertad sólo por la libertad se llega. Las leyes positivas, sin embargo, no se han atrevido a exigir al ciudadano esta libertad heroica, que consiste en hacerse superior a la coacción más apremiante, y unas con una fórmula, y otras con otra diversa, comprenden entre las causas de exención el miedo de un mal grave y próximo, que suele llamarse, sin razón, insuperable» (*Ob. cit.*, 106).

A pesar de esto, no puede decirse seriamente que SILVELA se adelantara a la concepción de Frank, únicamente hay un intuición de lo que constituye la verdadera naturaleza normativa que tenía que descubrir cualquiera que, prescindiendo de las concepciones dominantes, callara en el hueso mismo de la culpabilidad.

De la concepción normativa, incorporándose a sus filas, habla en 1945, en *La Ley y el Delito*, JIMÉNEZ DE ASÚA; pero al que se debe su introducción en España es a RODRÍGUEZ MUÑOZ, quien, con la maravillosa traducción del *Lehrbuch* de Mezger, pone las nuevas ideas al alcance del estudioso español. Últimamente puede decirse que el normativismo ha triunfado plenamente en nuestra Patria, y normativistas son los Profesores CUELLO CALÓN (*Derecho Penal*, Barcelona, 1955, I); DEL ROSAL (*Notas a la Culpabilidad en el moderno Derecho Penal*, de E. Mezger, Valladolid, 1956); ANTÓN ONECA (*Derecho Penal*, Madrid, 1949, I, págs. 188 y sigs.); FERRER SAMA (*Comentarios al Código Penal*, Murcia, 1946, t. I); también en *El error en Derecho Penal*, Murcia, 1941); QUINTANO RIPOLLÉS (*Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1946, t. I), y DÍAZ PALOS (*Culpabilidad jurídico-penal*, Barcelona, 1954; también en *Dolo Penal*, Barcelona, s. f.), etc. Al normativismo se ha opuesto con decidido entusiasmo un ilustre penalista, el P. PEREDA, que desde hace tiempo dedica sus es-

Expuestas las líneas más significativas de esta dirección, nos interesa plantear una cuestión que justifica el que esta breve exposición haya sido traída a estas páginas: ¿Es viable el pensamiento de la no exigibilidad en la arquitectura de la concepción psicológica?

Basta la simple contemplación de los postulados sicologistas que hemos reseñado para convencerse de que el principio de no exigibilidad no encuentra apoyadura en la concepción estudiada. Las razones que fundamentan esta afirmación son las siguientes:

a) Para la idea de exigibilidad tenga cabida en la teoría de la culpabilidad es preciso que ésta sea considerada como un juicio de reproche que se hace al autor por su hecho antijurídico, juicio que se formula con referencia a la relación psicológica y a la norma. En la concepción psicológica no existe este juicio de reproche, ya que la culpabilidad se agota en la relación psicológica.

b) La idea de *deber* es fundamental a la exigibilidad. Ya hemos dicho que en la concepción psicológica esta idea no entra en el marco de la culpabilidad.

c) Tampoco tiene en ella relevancia la idea de *poder*. Al no apreciarse más que la relación psicológica, se desprecian las *circunstancias* en que el hecho se produce, que son las que deben darnos el módulo del poder del sujeto. Ya hemos apuntado que la exigibilidad surge de la puesta en contacto del poder del agente con el deber del mismo.

d) Al no tomarse en consideración ni el *poder* ni el *deber* del sujeto, es imposible que surja la idea de no exigibilidad, pues ésta es «un deber que presupone un poder» (30).

---

merados trabajos a la teoría de la culpabilidad (Vid. *El concepto normativo de la culpabilidad*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1949).

(30) Con razón, dice JIMÉNEZ DE ASÚA, que «salvo en la teoría normativa no es posible encuadrar, no ya la no exigibilidad como exculpación suprallegal generalizada, sino cualquier especie de ella. En el sicologismo es radicalmente imposible concebirla. Basta para demostrarlo pensar en el conocido caso del naufrago que se debate en la *tabula unius capax*, con otro. Desde el plano moral acaso se arguya que puede exigirse a uno de ellos que se sacrifique por el otro (acaso primer ocupante del exiguo madero); pero la ley no puede imponer el heroísmo. El Derecho no se escribe para personajes esforzados, capaces de arrastrar todos los peligros y desafiar a la muerte. La ley se hace para el ciudadano común, con sus miedos de hombre, sus naturales egoísmos y su concepto primario de conservación de sí mismo. Incluso si un Ordenamiento jurídico de tipo heroico no permitiera el sacrificio de una vida para salvar la propia, y pensase el caso con severísima sanción, los hechos no se modificarían. El angustiado naufrago, ¿cómo podría sentirse influido por un castigo lejano y acaso evitable con la fuga o la habilidad de un abogado, si tenía frente a sí y de inmediata realidad, la pérdida de su vida si no se apoderaba de la tabla que otro tenía, aunque ello supusiera la muerte del infortunado compañero de naufragio? La teoría normativa de la culpabilidad ofrece solución para estos casos trágicos en que la realidad nos mete, haciendo que actúe nuestro yo profundo en dramática huelga de la personalidad cortical.» (Cfr. *Tratado*, V, cit., págs. 185 y 186).

B) *La concepción normativa*.—Con R. Frank se inicia en Alemania una nueva concepción de la culpabilidad, que recibe pronto en aquel país calurosa acogida, y, pasado el tiempo, deviene tesis dominante, conociéndose por *concepción normativa de la culpabilidad*.

Se suele señalar a Frank como su fundador (31), pero en buena técnica no puede decirse que lo sea, ya que no se trata de un descubrimiento que se produzca de una sola vez, sino de una serie de exposiciones y aclaraciones de índole material y sistemática (32). Lo más característico de la concepción normativa—la relación entre el agente y la norma tiene un antecedente en el pensamiento de Aristóteles, en la *Ética a Nicómaco* (33), y aparece invocada suficientemente, como ha señalado Scarano (34), en la doctrina de los prácticos (Pietro de Bellapertica, Baldo, Paolo Castrense) y en algunos escritores italianos (Carmignani, Carrara) anteriores a Frank. Este autor es el primero que da al normativismo carácter real.

Para Frank (35) la culpabilidad consiste en haber actuado de modo distinto a como el ordenamiento jurídico exigía que se actuase.

La culpabilidad—afirma—no se agota en la relación psicológica entre el agente y el resultado, con exclusión de todos los elementos que tienen relevancia para la valoración jurídica de la acción. Es necesario extender el concepto de culpabilidad para que comprenda la imputabilidad y las circunstancias en que la acción se realiza, las cuales tienen notable importancia para el juicio de valoración. Así la culpabilidad de un cajero de un negocio, que estando bien remunerado se apropia del dinero que tiene en depósito para llevar una vida de lujo, es mayor que la del modesto cartero, con muchos hijos y escasamente remunerado, que se apropia de los valores a él confiados. Del mismo modo que el guardagujas que estando descansando se equivoca al hacer el cambio, es más culpable que el que comete la misma falta después de varias horas de servicio. Si en estos casos no se hacen entrar en la culpabilidad las *circunstancias* (mayor o menor remuneración, exceso de trabajo, etcétera), en que los hechos se realizan, y se considera sólo la relación psicológica, no se precisa la medida de la culpabilidad.

(31) Véase por todos MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil Ein Lehrbuch*, Karlsruhe, 1954, pág. 315.

(32) MEZGER, *Tratado*, cit., II, pág. 6. En el mismo sentido JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, V, cit., pág. 164.

(33) Sobre el particular puede verse: LOENING, *Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, Jena, 1903, pág. 124.

(34) Cfr. SCARANO, *La non esigibilità nel Diritto Penale*, Napoli, 1948, págs. II y sigs.

(35) FRANK, *Ueber den Aufbau des Schuldbegriffs*, en «Festgabe für die Juristische Fakultät der Universität Giessen», Giessen, 1907, pág. 7

Señala Frank que el error de la doctrina dominante (la psicológica) radica en dos malentendidos: no considerar relevantes para el concepto de culpabilidad más que el dolo y la culpa, despreciando la imputabilidad y las circunstancias que concurren en la comisión del delito (*Begleitungs Umständen*), y entendiéndola culpabilidad como género de la que son especies el dolo y la culpa. «La relación de estos conceptos—añade—con el de culpabilidad no es la de especie a género. En cuanto la doctrina dominante la considera así, la sitúa en la misma relación en que está el género árbol y la especie álamo. Según mi opinión esa relación debe ser paralela más bien a la que existe entre árbol y raíz.» De aquí que para él la culpabilidad resulte de un conjunto de elementos de los que forman parte de la *imputabilidad, el dolo y la culpa* (que son sus formas, y no sus especies) y la *normalidad de las circunstancias*.

Hace, pues, Frank una ampliación evidente del concepto de culpabilidad, no tanto por la inclusión en él de la imputabilidad, sino por comprender las circunstancias externas que concurren en la comisión del hecho delictivo. Esta es, a nuestro modo de ver, la innovación que el prestigioso autor alemán aporta a la teoría de la culpabilidad. Por esto no nos parece correcta la crítica que Petrocelli le hace, cuando afirma que su ampliación de la culpabilidad es «ilusoria» (36) porque antes que él siempre se consideró la culpabilidad en función de la imputabilidad. Aun admitiendo que esto último sea cierto, no se debe olvidar que la ampliación de Frank es por el extremo de las circunstancias, de las cuales antes que él nadie había hablado al concebir la culpabilidad.

Más tarde, Frank, ante las críticas de que fué objeto su doctrina (37), en especial por los ataques de Kriegsmann, que le re-

(36) PETROCELLI, *La Colpevolezza*, cit. págs. 20 y 21.

(37) Las ideas de FRANK motivan en Alemania una serie de objeciones. Se le acusa de que *parifica la culpabilidad procesal y la penal* (Liszt-Schmidt, Being, Mittermaier, Wolf, etc.), objeción que carece en absoluto de sentido, ya que, como dice acertadamente MUSORRO (*Colpevolezza*, cit., pág. 83), Frank no se sirve de ese parangón más que para poner de relieve, de una parte, que el concepto de culpabilidad es un concepto complejo en el cual tienen relevancia, además del dolo y la culpa, las circunstancias externas, y de otra, que el concepto de culpabilidad es un concepto graduable. De que *introduce elementos objetivos, externos al agente*, siendo poco convincente que en su construcción se haga depender la reprochabilidad de la relación síquica entre agente y resultado, de circunstancias extrínsecas e independientes del agente, las cuales no son conocidas por él (KRIEGSMANN). Si la culpabilidad es reproche, las circunstancias en que se da la acción, no deben ser tomadas en consideración en su aspecto objetivo, sino solamente en su reflejo subjetivo, añade KRIEGSMANN; esto es, la reprochabilidad del agente sólo podía estar justificada, si el agente conocía o podía conocer la conformación de las circunstancias en las cuales ha actuado. Por el contrario es incomprensible cómo el conjunto de dolo o culpa e imputabilidad, que no tienen carácter normativo en la construcción de Frank, puede justificar un reproche junto a las circunstancias objetivas. (Cfr. la nota bibliográfica que hace KRIEGSMANN).

procha la inclusión de las *Begleitumstände* por entender que la incorporación de éstas supondría tanto como introducir elementos subjetivos *extrínsecos* al agente, en la 10ª edición de sus *Comentarios* al Código Penal Alemán, hace una *subjetivización* de esas circunstancias, hablando de «motivación normal», aunque en posteriores ediciones vuelve a referirse a «la posición del mundo circundante», al «dominio del hecho por parte del sujeto», y a «las causas externas» que contribuyen a determinar la existencia y la medida de la culpabilidad.

La culpabilidad consiste en un juicio de desvalorización (de reproche) fundamentado en esos tres presupuestos, cada uno de los cuales constituye condición indispensable para la formulación del reproche. Por eso, dice Frank, que para que una acción pueda ser llamada culpable no basta que un sujeto imputable (con capacidad de entender y querer) haya previsto o querido un hecho típicamente antijurídico que ha ejecutado, es preciso, además, que su voluntad se haya podido determinar normalmente a la acción, normalidad que existirá cuando las circunstancias que se dieron en la comisión del acto fueron normales. De aquí que, para la formulación del juicio de reproche, sea necesario el examen de las circunstancias que concurrieron en la comisión del hecho ilícito. Cuando esta normal determinación no existe (porque, por ejemplo, la situación en que el sujeto actúa hace humanamente imposible la normal formación de la voluntad (el hecho antijurídico realizado no constituye delito, porque no puede hacerse al sujeto el reproche de culpabilidad (38).

La doctrina de Frank se abre paso entre los autores alemanes, siendo saludada, como ha dicho Maurach, como la liberación de la pesadilla del sicologismo (39). La dogmática posterior a él va desarrollando sus ideas y sacando las últimas consecuencias de los más importantes puntos esbozados, destacando en esta labor Galdschmidt, Freudenthal, Mezger y E. Schmidt, cuyos puntos de vista serán desarrollados más adelante.

Después de algunos años, se convierte la concepción normativa en tesis dominante, al tiempo que se difuminan sus rasgos característicos y se van perfilando tal variedad de matices dentro

---

MANN al trabajo de FRANK en «Z.Str.W.», t. 28, pág. 713.) Que las circunstancias en que actúa el autor pueden ser tomadas en consideración para la determinación de la gravedad de la culpabilidad, y por consiguiente en la medida de la pena, pero no son ni la culpabilidad, ni elemento de ella (Cfr. SCHMIDT, *Ueber Schuld und Schuldarten*, 1910, pág. 35); que al considerar las *Begleitumstände* como elemento de la culpabilidad, se llega a confundir los elementos subjetivos y objetivos del delito, los elementos de la culpabilidad y los del hecho (STURM, *Seelenzustand und Schuld, Gerichtsaaal*, t. 74, pág. 180), y que con la inclusión de las circunstancias de FRANK, se volatiliza el concepto de culpabilidad (BELING, *Unschuld, Schuld und Schuldstufen*, 1910, pág. 8).

(38) FRANK, *Ob. cit.*, pág. 10 y sigs.

(39) Cfr. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, cit., «Allg. Teil», pág. 315.

de ella que puede decirse que sólo hay uniformidad en lo que respecta a la esencia de la culpabilidad.

Agrupando los matices más parecidos, y pasando por alto diferencias de menor cuantía, merecen destacarse actualmente en la concepción normativa dos direcciones perfectamente diferenciadas: la que podemos llamar *dirección tradicional* constituida sobre la base del concepto causal de acción, y la *dirección moderna*, que vuelca los postulados de la teoría finalista en la culpabilidad (40).

a) El representante más caracterizado es Edmundo Mezger, con quien halla madurez la concepción normativa. Sobre las aportaciones de Frank y Goldschmidt, concibe la culpabilidad como un complejo de varios presupuestos de procedencia diversa y metodológicamente diferentes: la culpabilidad es una situación de hecho psicológica, que en virtud de una valoración jurídica se determina como contraria al deber y como reprochable.

Esos elementos, presupuestos de la culpabilidad, son: *la imputabilidad*, las *formas de culpabilidad* (dolo y culpa) y la *esencia de causas excluyentes de culpabilidad*.

Para Mezger el dolo comprende la conciencia de antijuricidad, por lo que aparece ya como desvalorado en sí mismo. Cuando falta la conciencia de antijuricidad, no existe el carácter doloso de la acción, pero si se da *Rechtsfeindschaft* o *Rechtsblindheit* la conducta puede ser castigada como si fuera dolosa (41).

Del término *Rechtsblindheit* habla Mezger por primera vez en el año 1944, en un artículo que titula *Rechtsirrtum und Rechtsblindheit* (42), sustituyéndolo más tarde por el de *Rechtsfeindschaft* (43). Se da ésta, cuando el autor, por el hecho cometido, revela una conformación «incompatible con la sana concepción de lo justo y lo injusto». Cuando la conducta del agente no es dolosa, pero constituye un síntoma de esa conformación, debe ser castigada como si lo fuera (44). La justificación de esta extensión del dolo, la encuentra el profesor muniqués en «las inexcusables

---

(40) No es unánime la consideración como concepción normativa de la culpabilidad de la teoría finalista de la acción. JIMÉNEZ DE ASÚA la rechaza como tal, pues «si bien H. WENZEL y los restantes partidarios del concepto finalista de la acción aceptan, en principio, el normativismo, cuando tratan de la culpabilidad como característica del delito, lo cierto es que su doctrina es crítica con respecto a la concepción genuinamente normativa, a causa del papel que hacen representar en su sistema al dolo y a la culpa» (*Tratado V*, cit., pág. 197).

(41) Vid. MEZGER, *Moderne Wege*, cit., pág. 36.

(42) MEZGER, *Rechtsirrtum und Rechtsblindheit*, en *Kohausch-Festschrift*, 944, págs. 180 y sigs.

(43) En *Moderne Wege*, cit. pág. 44. La misma doctrina mantiene en la última edición del *Studienbuch*, cit., págs. 173 y sigs.

(44) MEZGER, *Rechtsirrtum und Rechtsblindheit*, cit., pág. 184, y *Moderne Wege*, cit., pág. 44. Este principio ha sido criticado por WENZEL (*Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns*, *Südjuristen Zeitung* [S/JZ], 1948, cols. 368-372, especialmente 370). MEZGER se defiende de estas objeciones en *Moderne Wege*, págs. 44 y sigs.

exigencias de la vida práctica del Derecho» (45). La fundamentación teórica viene dada por la *Lebensführungsschuld* del autor (concepto que en 1938 desarrolló en el *Grundriss*), en cuanto que el juicio de reproche no sólo se apoya en la culpabilidad del acto (*Tat-schuld*), sino también en la «posición» ante el Derecho que el autor se ha formado en el curso de su vida.

En resumen: para la apreciación del dolo es necesaria la existencia de conciencia de antijuridicidad, pero puede faltar ésta, y merecer, sin embargo, el sujeto el castigo que corresponde a la acción dolosa, cuando existe *Rechtsfeindschaft*. La conducta es entonces la realización del tipo objetivo por el autor, el cual, a consecuencia de la antisocialidad de su total conformación, no tiene en cuenta las prohibiciones y los mandatos del ordenamiento jurídico.

En la propia Alemania ha encontrado la teoría tradicional muchos críticos y se le han hecho muy serias objeciones. También fuera del país en que vió la luz, ha merecido ataques de importancia (46). Sin embargo, hoy puede considerársela como doctrina dominante.

b) La dirección moderna está representada por los propugnadores de la teoría finalista de la acción. Al llevar estos autores el dolo a la acción, y sacar también la culpa de la teoría de la culpabilidad, despojan a ésta de todo elemento psicológico, dejándola reducida a un juicio de valoración (de reproche) sobre el proceso de motivación.

Los elementos de la culpabilidad son: *La imputabilidad, la conciencia, al menos potencial, de antijuridicidad* (47), y *la exigibilidad de conducta legal*.

(45) *Moderne Wege*, cit., pág. 45.

(46) Se ha dicho que *no es capaz de comprender la culpabilidad como puro juicio de valor; que por un lado mantiene el elemento psicológico y por otro se esfuerza en defender el carácter de la culpabilidad como simple juicio de desvaloración que recae sobre el autor*, por la incompatibilidad e irreconciliabilidad de ambos elementos «tiene que fracasar necesariamente este concepto de culpabilidad», dice MAURACH (*Deutsches Strafrecht*, en «Allg. Teil», cit., pág. 317), y se añade que su decisiva debilidad consiste en su *ineficacia para la práctica*.

(47) Antes de seguir adelante conviene puntualizar en lo relativo a este elemento del delito. En torno a la exigencia de la conciencia de antijuridicidad, así como en lo que al error respecta, hay vigente en la doctrina serfa polémica, perteneciendo a los problemas más actuales y controvertidos del Derecho penal.

Para la teoría dominante la conciencia de antijuridicidad se acepta como elemento necesario del delito, no existiendo unanimidad sobre cuál debe ser su emplazamiento sistemático. Según la teoría que en el texto tratamos, el dolo se agota en la representación y voluntad de comisión del tipo objetivo, y no presupone en absoluto el conocimiento de la norma. Con esto sacan la conciencia de antijuridicidad del dolo, para llevarla a la culpabilidad. Su consecuencia más importante es que el error sobre la prohibición de la norma (falta de conciencia de antijuridicidad), no tiene las consecuencias que el error sobre el tipo. Ahora bien, como la culpabilidad no es, en modo alguno, un simple hecho psicológico, sino un juicio

Todos estos presupuestos son elementos valorativos: la imputabilidad contiene el juicio de valoración sobre la *capacidad general* de motivación del autor. De la posibilidad de conciencia de antijuricidad se deduce que el agente, *en el caso concreto*, estaba en situación de conocer la antisocialidad de la acción. La exigibilidad de conducta legal, por último, valora el poder actuar del sujeto en relación con el deber. Cada uno de estos elementos contiene, pues, un juicio de desaprobación de diferente clase, y denuncian en su conjunto la no correspondencia de la conducta del agente con las exigencias del Derecho, razón por la cual se le reprocha su conducta (48).

de valoración, no es preciso que esa conciencia de antijuricidad se dé en forma *actual*, basta con la *posibilidad* de ella, esto es, la *conciencia potencial de antijuricidad*. Consecuentemente deben separarse también las consecuencias de la falta de conciencia de antijuricidad, que es el *error sobre la prohibición* («Verbotsirrtum»), del *error sobre el tipo* («Tatbestandsirrtum»). El primero hay que resolverlo sobre el área de la culpabilidad, el segundo encuentra albergue en el injusto típico.

A esta teoría no se ha llegado desde luego de modo pacífico, ni puede decirse que hoy exista unanimidad en su aceptación. Al respecto se distinguen direcciones: a) La que sostiene que la conciencia de antijuricidad no es elemento del delito, sostenida durante mucho tiempo por el *Reichsgericht*; esta teoría, a pesar de las muchas sentencias que inspiró, no fué aceptada por la doctrina y, después de 1945, se rechaza rotundamente por los mismos tribunales alemanes. b) Lo que concibe la conciencia actual de antijuricidad como componente del dolo (*strenge Vorsatztheorie*), defendida por BINDING, NAGLER, y hasta hace relativamente poco también por MEZGER. Entre sus defensores pueden contarse también SCHROEDER, LANG-HINRICHSSEN, etc. c) La que se contenta con la conciencia potencial de antijuricidad, la cual concibe como parte del dolo (*Eingeschränkte Vorsatztheorie*), defendida por MEZGER, SCHOENKE y H. MAYER; d) La que mantiene que la conciencia de antijuricidad es presupuesto de la culpabilidad y consiste en un simple juicio sobre la posibilidad que tenía el autor en el caso concreto, de conocer la ilicitud de su acción (*Strenge Schuldtheorie*), representada por EB. SCHMIDT, HARTUNG, HEITZER, BOCKELMANN, etc.; y e) La que mantiene la exigencia de conciencia potencial de antijuricidad, situándola entre dolo y culpa. Está representada por HIPPEL, WEBER, BUSCH, SCHAFFSTEIN, LANGE, etc.

La bibliografía sobre este tema es muy abundante, especialmente en Alemania, donde la cuestión ha merecido un interés extraordinario. Entre las modernas, la monografía de más valor es la de KAUFMANN, *Das Undeichsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, Mainz, 1949.

(48) Del mismo modo que el tradicional, el concepto normativo valorativo de culpabilidad ha motivado muchas y muy enconadas críticas. MEZGER ha dicho que esta concepción *supone un vaciamiento del concepto de culpabilidad*, y que *lleva a deformaciones* que, como el concepto natural de dolo, producen desorientación muy acusada (*Moderne Wege*, cit., pág. 34). A esta crítica ha contestado MAURACH (*Deutsches Strafrecht*, en «All. Teil.», cit., pág. 320), que precisamente ese «vaciamiento» es lo que hace que se cumpla plenamente el principio del normativismo «culpabilidad es (solamente) reproche». Argumentos críticos han alegado también, BUSCH (*Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre*, 1949); MAIHOFER (*Der Handlungsbegriff im Verrechtssystem*, 1953), y SCHMIDHAUSER (*Willkürlichkeit und Finalität als Unrechtsmerkmal im Strafrechtssystem*, en «Z. Str.W.», 1954).

En la doctrina española, RODRÍGUEZ MUÑOZ (*La doctrina de la acción*

Representantes de esta dirección son: H. Welzel (49), Niese (50), Helmuth von Weber (51) y R. Maurach (52), en Alemania. En Italia, G. Bettiol (53) acepta, en gran parte, sus postulados. No puede decirse, sin embargo, que en el pensamiento de estos autores haya absoluta unanimidad. Lo hay, sí, en cuanto al fondo sustancial de la doctrina, que es el que hemos expuesto, pero fuera de él se advierten una diversidad de matices que van desde las correcciones que hizo Niese a los postulados welzelianos hasta la aguda crítica que Maurach formula.

Allanando las líneas diferenciadoras de las dos direcciones que acabamos de señalar, podemos señalar como postulados más significativos de la teoría normativa los siguientes:

a) Como ha señalado el profesor Del Rosal, el mérito más sobresaliente de esta concepción consiste en constituir la culpabilidad sobre dos pilares que dan sentido a la complejidad de este carácter del delito: uno, teniendo como instancia de referencia la norma jurídica; otro, estimar, por consecuencia, que la culpabilidad es sinónimo de reprochabilidad (54).

b) El sentido genuino de la concepción normativa radica en que hace depender la culpabilidad jurídico-penal de la desvaloración de la actitud en su totalidad, y no de la relación psicológica entre el autor y su hecho. Por eso dice Mezger que «lo esen-

---

*finalista*, Valencia, 1954), y JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado*, cit., V, págs. 211 y sigs.), ambos con argumentos serios y de peso.

(49) Las obras donde expone de modo más completo su pensamiento sobre culpabilidad, son: *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Göttinger 1951; *Das deutsche Strafrecht*, 1954; *Persönlichkeit und Schuld*, en «Z. Str.W.», 1941, págs. 428-478; *Um die finale Handlungslehre*, Tübingen, 1949; *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahme der finalen Handlungslehre*, Karlsruhe, 1953; *Schuld und Bewusstesein der Rechtswidrigkeit*, *Monatsschrift für Deutsches Recht* (MDR), 1951, págs. 65-67; *Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns*, «Süddeutsche Juristenzeitung (SJZ)», 1948, cols. 368-372; *Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtum von Verbotsirrtum*, MDR, 1952, 584-590; *Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen*, JZ, 1956, pág. 316-317; *Arten des Verbotsirrtum*, JZ, 1953, págs. 266-268; *Der Irrtum über einem Rechtfertigungsgrund*, «Neue Juristische Wochenschrift» (NJW), 1952, 564-66; *Die Regulung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem*, «Z.Str.W.», 1955, págs. 196-228; *Zum Notstandsproblem*, «Z.Str.W.», 1951, págs. 47-56; *Nochmals der Verbotsirrtum*, NJW, 1951, págs. 577-579; *Der übergesetzliche Notstand und die Irrtumsproblematik*, JZ, 1955, págs. 142-144, etc.

(50) Su pensamiento está expuesto en *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen, 1951; *Die finale Handlungslehre und ihre praktische Bedeutung*, «Deutsche Richterzeitung» (DRIZ), 1951, pág. 221, y 1952, pág. 21; *Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe*, DRIZ, 1953, págs. 20-22.

(51) H. WEBER, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2.<sup>a</sup> edic. Bonn, 1948.

(52) MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, «Allg. Teil», cit., págs. 309 y sigs.

(53) BETTIOL, *Diritto Penale*, cit. Es de advertir que Bettiol, en el prólogo de la segunda edición de su libro, anuncia que en la próxima hará una reelaboración sistemática de su obra, orientándola en el sentido de la teoría finalista.

(54) DEL ROSAL, *Derecho Penal español*, vol. I. Madrid, 1959, pág. 376.

cial de la concepción normativa de la culpabilidad lo constituye el reconocimiento que el concepto de culpabilidad jurídico-penal siempre hay que obtenerlo de una total valoración definitiva» (55).

c) Para esta teoría, la culpabilidad es un *concepto graduable*, que constituye un instrumento en la medición de la pena.

Hasta que surge la concepción normativa no puede hablarse de «no exigibilidad». Con la aportación que Frank hace de las *Begleitungsstände* se establece la base para introducir en la culpabilidad la relevancia de la idea de *poder*, que constituye un punto de referencia para el juicio de reproche, y el soporte de la idea de exigibilidad. Las investigaciones posteriores hacen viable el pensamiento de la «no exigibilidad» en el seno de la concepción normativa.

## II. El pensamiento de la no exigibilidad.

Con la doctrina de Frank se pone en marcha el pensamiento de la «no exigibilidad». Su punto de partida es la consideración de las circunstancias externas que concurren en la comisión del hecho, que, como hemos dicho, llamó más tarde «motivación normal».

Dice Jobst (56) que antes que Frank pueden señalarse algunos autores que apuntan hacia la teoría de la no exigibilidad, tales como Waechter (57), que habló de situaciones en las que una extraordinaria fuerza síquica o física puede atacar o poner en peligro los bienes jurídicos del agente o de un extraño, ante las cuales la ley no puede exigir, como regla, resignación, y debe considerarlas como no punibles, lo que no quiere decir que la conducta sea lícita; Dollmann (58), que afirma que en el estado de necesidad la ley disculpa una conducta antijurídica, porque no puede exigir un comportamiento heroico; y Berner (59), que apunta que el estado de necesidad se fundamenta ya sobre un derecho de necesidad, ya en una simple causa de inculpabilidad.

También Scarano, en un intento de hallar antecedentes italianos al principio de «no exigibilidad», dice que éste «no constituye novedad» para la doctrina italiana, citando frases de Filangieri, Rossi, y algunas sentencias de las Cortes de casación de Torino, de Roma y de Palermo, que «mucho antes que el Reichsgericht» reconocieron la validez del principio (60).

En nuestra opinión no es lícito señalar frases aisladas del contexto, en apoyo de la tesis de que los citados autores fueron pre-

(55) MEZGER, Conferencia sobre culpabilidad pronunciada en España (1956).

(56) JOBST, *Der Streit um die Zumutbarkeit im Strafrecht (Inaugural Dissertation)*. Würzburg, 1934, págs. 1 y sigs.

(57) WACHERD, *Das sächsische und thüringische Strafrecht*, pág. 364

(58) DOLLMANN, *Strafgesetzbuch*, cit., pág. 433.

(59) BERNER, *Lehrbuch des Strafrechts*, 18 edic. 1898, pág. 103.

(60) SCARANO, *Non esigibilità*, cit., págs. 6-9.

cursores del pensamiento de la «no exigibilidad». Examinando la obra total de estos escritores, se observa que su postura ante la culpabilidad es de factura sicologista, y lo esencial de su pensamiento abiertamente incompatible con el reconocimiento del principio que estudiamos. En párrafos aislados, utilizan términos semejantes a los empleados por los autores que defienden el principio, pero esto no revela más que intuyeron una exigencia de justicia que constituye una necesidad del Derecho, pero que no encuentra lógico asiento en la doctrina de dichos autores.

Puestos a buscar antecedentes a la doctrina de la no exigibilidad, no faltan tampoco penalistas españoles que emplearon términos semejantes, pero que, como aquéllos, sería erróneo incluir en la dogmática del principio. Muchos párrafos de Pacheco, Rueda, Groizard y Silvela tienen idéntico sentido al de los autores italianos que Scarano apunta. Ninguno de ellos, sin embargo, puede figurar en la cadena que va desarrollando el principio de no exigibilidad. El punto de partida de éste, repetimos, coincide con la doctrina de Frank y se hace viable merced a las contribuciones de los autores que a continuación exponemos.

#### 1. *El pensamiento de James Goldschmidt.*

El paso decisivo en el desenvolvimiento de la no exigibilidad lo da James Goldschmidt, con dos interesantes aportaciones: el artículo que publica en la *Oesterreichischen Zeitschrift für Strafrecht* en el año 1913, con el título de «*Der Notstand. Ein Schuldproblem*», y el trabajo del libro de homenaje a Frank, «*Normativer Schuld begriff*», publicado en 1930, donde ratifica las ideas anteriores, añadiendo nuevas concepciones (61).

Goldschmidt, pese a partir de la plausible aportación hecha por Frank, critica a éste su concepción de la «motivación normal». Tal como ésta es concebida por Frank, dice, es solamente un síntoma de la culpabilidad, un elemento psicológico de ella, por lo que no puede ser considerada como elemento de la culpabilidad normativa. Junto al sustrato psicológico de la culpabilidad (imputabilidad, formas de culpabilidad y motivación, al modo de Frank) hay que buscar un elemento normativo que sea punto de referencia del juicio de reproche, para que la culpabilidad sea verdaderamente normativa.

Mucho antes que Goldschmidt se busca la base del reproche en los delitos dolosos. El primer autor que aborda la cuestión es Hermann Seuffert (61 bis), quien apunta que el juicio que recae

(61) De este último trabajo hay traducción castellana de Ricardo G. Núñez: GOLDSCHMIDT, *La concepción normativa de la culpabilidad*. Buenos Aires, 1943, que es la que citamos.

(61 bis) SEUFFERT, *Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland*, 1902, página 46.

sobre el dolo se levanta sobre un área psicológica, mientras que el referente a la culpa se apoya en la ética o en el Derecho. De aquí deduce que es preciso: o añadir al dolo un elemento normativo, o hacer desaparecer éste de la culpa, si se quieren incluir ambas formas bajo un concepto superior unitario. Ante esta doble alternativa, Radbruch (62) opta por la segunda, intentando concebir la culpa como elemento puramente psicológico, mientras otros autores se esfuerzan por dar al dolo carácter normativo, sin conseguirlo.

De más interés son los intentos de Oetker (63), que distingue entre culpabilidad formal y material, de Graf Zu Dohna (64), que afirma que lo señalado por Frank como circunstancias concomitantes no es otra cosa que la exigencia de *Pflichtwidrigkeit*, y la aclaración de Beling (65) en el sentido de que hay culpabilidad cuando comparando el hecho y las circunstancias con la norma dirigida al mundo interno del hombre, resulta un juicio de desvaloración que recae sobre el autor del hecho.

Por este camino nos llega la más relevante aportación de Goldschmidt. El punto de referencia del juicio de reproche se encuentra, como afirma Beling, en una norma dirigida al mundo interno del hombre, pero lo que Beling no dice—le reprocha Goldschmidt—es en qué lugar del ordenamiento jurídico se encuentra esa norma (66).

La más importante aportación de Goldschmidt a la teoría de la culpabilidad es precisamente la concepción y localización de esta norma, que él llamó «norma de deber».

Para la mejor comprensión de sus ideas al respecto no hay que olvidar que su doctrina sobre la culpabilidad es el resultado de su aplicación a la esfera jurídica de un pensamiento de Kant. El filósofo alemán, en la *Metafísica de las costumbres*, dice que en toda legislación deben distinguirse dos partes: una, la que prescribe la acción que se debe ejecutar como objetivamente necesaria. La otra es el resorte que enlaza subjetivamente la causa determinante del arbitrio con la representación de lo que dispone la ley, haciendo del deber el motivo.

Aplicando este pensamiento al derecho positivo, dice Goldschmidt que a todo imperativo jurídico es inmanente una norma de motivación que exige que el individuo se motive por la representación de este imperativo. Esta norma es la norma de deber. «Junto a toda norma de derecho que exige del individuo una determinada conducta *externa*, existe, no declarada expresamente,

(62) RADBRUCH, *Über den Schuldbegriff*, en *Z.Str.W.*., 24, 344 y sigs.

(63) OETKER, *Zum Schuldbegriffe. Bemerkungen zu R. Frank. Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, *Gerichtssaal*, 72, págs. 161 y sigs.

(64) GRAF ZU DOHNA, *Zum neusten Stande der Schuldlehre*, *«Z.Str.W.»*, 32, pág. 335.

(65) BELING, *Unschuld, Schuld und Schuldstufen*, cit., pág. 78.

(66) GOLDSCHMIDT, *Notstand*, cit., pág. 16.

una norma que le impone conformar su conducta *interna*, de forma que pueda corresponder a las exigencias que el ordenamiento jurídico establece respecto de su conducta exterior.» Contenido de esta norma es: «Tú te debes abstener de actuar al representarte que tu actividad producirá un resultado jurídicamente prohibido, y dejarte determinar por la representación de que tu acción producirá un resultado jurídicamente preceptuado.»

Para Goldschmidt esta norma de deber existe, pues, junto a la norma de derecho, pero es independiente de ella: «Supone un orden de elevar la representación del resultado a contramotivo, y no solamente una prohibición de que llegue a ser motivo» (67). En su pensamiento, pues, una acción tiene, frente a la ley, dos aspectos: por un lado, el de su *legalidad* (correspondencia o no correspondencia con la norma de derecho); por otro, el de su *exigibilidad* (correspondencia o no correspondencia con la norma del deber) (68).

Ahora bien, advierte Goldschmidt que la norma de deber no ha de ser identificada con la norma de derecho, pues si así se hace se llega a la negación de la antijuridicidad objetiva (69), consecuencia de la que pretende huir al eludir la identificación, subrayando que lo mismo que hay injusto no culpable, existe también culpabilidad sin resultado antijurídico, de la cual son casos típicos la tentativa y la culpa inconsciente (70).

La diferencia entre la norma de derecho y la norma de deber la sitúa no sólo en que aquélla se refiere a la conducta exterior y

(67) Un antecedente de la norma de deber se encuentra ya en SCHÖTEN-SACK, *Die Arten des Rechtssätze*, «Geritssaal», 83, págs. 24 y sigs. GOLDSCHMIDT recoge este antecedente, estableciendo la diferencia entre la norma de deber y la de Derecho. Para MEZGER (*Tratado*, cit., I, pág. 330), ha dado a la teoría un giro incorrecto por haberla colocado como norma independiente al lado de la norma de Derecho, siendo en realidad una norma *derivada* de la de Derecho. Sobre esto, vid. también MEZGER, *Das Unrecht und die Schuld*, «Gerichtsaaal», 89, págs. 239 y sigs.

(68) Conviene tener muy en cuenta, como pone de manifiesto RICARDO C. NÚÑEZ (*Introducción* que hace en la traducción del trabajo de GOLDSMIDT), que la teoría de este autor no es una doctrina ética como la de Kant. La norma de deber no es un imperativo categórico, en el sentido que exija al individuo motivarse por la representación del deber en todas las circunstancias, para que no haya culpabilidad; la norma de deber sólo te exige que se motive por la representación del deber jurídico, si no está ya decidido a obedecer la ley por otros motivos.

(69) A esta consecuencia llegan FERNECK (*Die Rechtswidrigkeit*, 1903), y HÖPFNER (*Zur Tragweite der Normenlehre*, «Z. Str.W.», 23, págs. 643 y siguientes.).

(70) Para MEZGER, este razonamiento parte de un concepto erróneo de la doctrina de la tentativa: la teoría objetiva de la tentativa se esfuerza en fundamentar la antijuridicidad de ésta en puntos de apoyo objetivos, tales como el principio de ejecución típica, la puesta en peligro del bien jurídico, etcétera; por lo que en ella no puede apoyarse en modo alguno la tesis de GOLDSMIDT. Pero aun cuando se busque el enlace con la teoría subjetiva, no supone aún la renuncia a la antijuridicidad de la tentativa. (MEZGER, *Tratado*, II, pág. 15).

ésta a la interior, a la motivación, sino especialmente en cuanto a su contenido, ya que las normas de deber son por principio mandatos.

De la relación de la motivación con esta norma es de lo que resulta el carácter normativo de la culpabilidad, ya que el juicio de reproche se deduce del contraste entre motivación y norma de deber. Se convierte así la motivación de carácter psicológico, que Frank esbozó, en motivación normativa, constituyendo la motivación el objeto del juicio de reproche. Hay, por tanto, un desplazamiento del objeto de consideración del ordenamiento jurídico: éste no se contenta con examinar si el sujeto ha querido un hecho antijurídico y por esto lo declara culpable, sino que profundiza más antes de formular el juicio de reproche, considerando el por qué ha sido querido el hecho antijurídico. No se detiene, pues, la indagación en la contemplación de la voluntad, sino que se considera también la formación de ésta.

El elemento normativo de la culpabilidad que otros autores buscaban lo halla, pues, Goldschmidt en la violación de la norma de deber, la cual constituye el fundamento de la culpabilidad. Este elemento normativo existe tanto en la culpabilidad dolosa como en la culposa. Contenido del elemento normativo es, en el dolo, la desaprobación de que el autor, pese a haberse representado el resultado antijurídico que su conducta debería producir, no ha determinado ésta mediante un acto de la voluntad, o de que no se ha determinado por la representación de que su acción daría lugar a un resultado que la ley ordena. En ambos casos se lesiona la norma de deber. De aquí que todo delito doloso suponga una doble contrariedad con la norma: *objetivamente*, la infracción de la norma de derecho; *subjetivamente*, la lesión de la correspondiente norma de deber (71).

En la culpa se da, según Goldschmidt, un doble elemento normativo: la lesión del deber de precaución, y la violación de la norma, que impone el deber de motivarse según la representación del resultado (72).

Así entendida la culpabilidad, afirma Goldschmidt, encuentra un límite en las causas de inculpabilidad: «Así como puede ser infringida una norma de derecho y no actuar el sujeto antijurídicamente, por existir una causa de justificación, y así como se puede realizar el tipo y no hacerse el sujeto acreedor a pena alguna, por darse una causa de no punibilidad, así es posible violar una norma de deber sin actuar culpablemente, cuando existe una causa de inculpabilidad, esto es, cuando puede ser invocada una situación que excluye la *Pflichtwidrigkeit*.» Del mismo modo que el fundamento de las causas de exclusión del injusto se encuentra en el

(71) GOLDSCHMIDT, *Notstand*, pág. 20; *Concepción normativa*, cit., páginas 34 y sigs.

(72) GOLDSCHMIDT, *Notstand*, cit., pág. 32.

principio del interés preponderante y justo, las causas de inculpabilidad tienen su fundamento en un motivo subjetivamente preponderante, en «una, decirlo con Frank, motivación anormal, en una situación en la que, según las circunstancias, no puede ser exigido al autor que se motive según el deber» (73).

Las normas de deber tomadas en su sentido más amplio dan el límite externo de la exigencia puesta a la motivación. El no dejarse motivar por la representación del deber, a pesar de serle exigida esta motivación, es reprochabilidad. Por eso afirma Goldschmidt que la exigibilidad es un deber que siempre presupone un poder, el cual existe cuando hay «dominio sobre el hecho», en el sentido de Hegler, esto es: imputabilidad, significado conocido o cognoscible (dolo o culpa) y motivación normal. De donde—concluye—la exigibilidad encuentra su fundamento en el total hecho siquico de la culpabilidad (74).

Es de tener en cuenta que aunque la motivación normal no es el único presupuesto de la exigibilidad, la *motivación anormal* sí es fundamento suficiente de la no exigibilidad. Por eso «la no exigibilidad del cumplimiento del precepto de precaución puede constituir una causa de exculpación que excluya la culpa, y en cuanto el precepto de precaución exija el conocimiento de la significación antijurídica de la acción, puede constituir también una causa de exculpación que excluya el dolo» (75).

### 3. El pensamiento de Freudenthal.

Entre los dos trabajos de Goldschmidt aparece el opúsculo de Freudenthal, *Schuld und Vorwurf*, publicado en 1922, que supone un interesante paso en la teoría normativa de la culpabilidad, y un trascendental jalón en la historia del pensamiento de la no exigibilidad, al mismo tiempo que constituye la posición más extremista de la teoría.

Freudenthal reprocha a Frank haber concebido las *Begleitungs-umstände* con límites demasiado estrechos. «Las *Begleitungs-umstände*, más que simple medida de la pena, pueden tener significación para decidir la cuestión de si el autor ha actuado culpable o inculpablemente, si se le debe hacer el juicio de reproche o debe ser absuelto».

Para la culpabilidad es decisiva la idea de *poder*. El reproche de culpabilidad se hace al autor por haber actuado como lo ha

(73) *Ob. cit.*, pág. 34.

(74) GOLDSCHMIDT, *Concepción normativa*, cit., pág. 23.

(75) *Ob. cit.*, pág. 31. Las ideas de GOLDSCHMIDT son expuestas con modificaciones de poca importancia por SIEGERT (*Notstand und Putativ-notstand, Beiträge sur Strafrechtswissenschaft*, Tübingen 1931) a quien SCARANO (*Non exigibilità*, pág. 45) estudia en la historia dogmática de la no exigibilidad. En nuestra opinión, Siegert no merece estudio específico, ya que no hace más que repetir las ideas de GOLDSCHMIDT, sin apuntar nada nuevo a la dogmática de la no exigibilidad.

hecho *pudiendo y debiendo*, haberse comportado de otra manera. Por eso, cuando al autor, por las circunstancias en que ha actuado, le ha faltado capacidad para comportarse de otra manera, no puede serle hecho el reproche de culpabilidad. Presupuesto de ésta es que la representación del resultado haya podido y debido llegar a ser contramotivo, pues se formula el reproche al autor por no haber hecho de sus representaciones un contramotivo que le apartara de la realización de la conducta contraria al deber (76).

La culpabilidad desaparece cuando al sujeto no puede serle exigido un comportamiento conforme al precepto penal. La determinación de esa no exigibilidad la hace Freudenthal, según un criterio ético-individual, apoyándola unas veces en criterios legales, y otros supralegales, pues considera la no exigibilidad como causa general y supralegal de inculpabilidad. Por eso dice que «cuando se da el estado de necesidad, falta, con el poder del autor, la evitabilidad de la comisión, la reprochabilidad de la acción, la exigibilidad del no actuar», falta, en una palabra, culpabilidad (77).

Plantea Freudenthal la cuestión de si la no exigibilidad puede ser apreciada tanto en el dolo como en la culpa, siendo partidario de la aplicación a ambas formas de culpabilidad. En la culpa—recuerda Freudenthal—se ha admitido unánimemente: «La opinión dominante en la teoría y en la práctica distingue en cuanto a la culpa dos cuestiones distintas: *objetivamente*, si el autor ha infringido en concreto el deber de precaución que le era exigible para la no realización del tipo penal. Cuando la respuesta es negativa, el autor debe, sin más, ser absuelto. Cuando es afirmativa, hay que examinar si *subjetivamente*, por su personalidad, podía omitir la realización del tipo. Sólo si es así existe reprochabilidad; si no lo es, la conducta no le es reprochable al autor. El *deber evitar* presupone el *poder evitar*, y tal examen no puede olvidar las circunstancias en que obró el sujeto» (78).

«Lo que es justo para la culpa—continúa—no debería no serlo para el dolo. Se puede preguntar cómo se exige menos en la forma más grave de culpabilidad que en la más leve. Si la inevitabilidad en el sentido fijado hasta ahora excluye la culpa, con más razón debe excluir el dolo. Sin embargo, ni ante la jurisprudencia, ni ante la ciencia, ha sido aceptada la exigibilidad como presupuesto del dolo».

El principio de no exigibilidad, pues, debe ser aplicado tanto al dolo como a la culpa, ya que si en las condiciones referidas falta en ésta la culpabilidad, también falta en el dolo, pues el elemento ético existe en ambas formas de culpabilidad (79). Por esto «cuando las circunstancias son tales que cualquiera hubiera actuado como lo ha hecho el autor, falta, tanto en la hipótesis

(76) FREUDENTHAL, *Schuld und Worwurf*, cit., pág. 6.

(77) *Ob. cit.*, pág. 8.

(78) *Ob. cit.*, pág. 11.

(79) *Ob. cit.*, págs. 16-17.

de dolo como en la de culpa, la posibilidad de formular el juicio de reproche» (80).

Lo fundamental, pues, en el pensamiento de Freudenthal es la creación de una fórmula amplísima de inculpabilidad, a la que puedan acogerse aquellos casos que no entren en el estado de necesidad ni en otras excusas previstas por el legislador, y en los cuales al sujeto, por las circunstancias en que actuó, no le pueda ser exigido un comportamiento acorde con el precepto penal (81).

### 3. *El pensamiento de E. Schmidt.*

Partiendo de las ideas precedentes, Eberhard Schmidt toma interesantes posiciones sobre el tema, en el *Tratado* de von Listz, que rehace y actualiza (82).

Para él, como para los demás representantes de la teoría normativa, el reproche de culpabilidad no debe hacerse, si: a) el autor es inimputable; b) se encuentra en un error excluyente del dolo y no existe tampoco culpa, y c) cuando previendo o pudiendo prever el alcance real y jurídico de su acción, no puede serle exigida conducta distinta a la que ha realizado, lo que sucede cuando no puede esperarse que la representación del resultado y de su antisocialidad actué como contramotivo. En tales casos, el proceso de motivación no podrá ser considerado como contrario al deber, si se tienen en cuenta las circunstancias en que el sujeto se produce (83).

La determinación de cuándo al sujeto puede serle exigida una conducta acorde con lo que dispone el ordenamiento jurídico, cree E. Schmidt que es una cuestión de hecho que debe ser resuelta en cada caso particular. Se ha de hacer un examen de cir-

(80) *Ob. cit.*, pág. 10.

(81) En términos muy parecidos a los de Freudenthal, se manifiesta KOHLRAUSCH (*Der Allgemeine Teil des Entwurfs* 25. *Reform des Strafrechts*. Berlín, 1926, págs. 22 y sigs.), que afirma que la culpabilidad se excluye en aquellos casos, en los que humanamente no puede serle exigido al sujeto que se abstenga de la acción punible, aunque estas situaciones no hayan sido expresamente previstas por el legislador. Para él, en todos estos casos falta el proceso normal de intimidación que la sanción produce en el hombre medio, y por esto falta también la culpabilidad. Este pensamiento es consecuencia de su concepción según la cual la pena sólo tiene sentido cuando actúa en la voluntad del sujeto como fuerza que lo hace apartarse del delito. Cuando la ley carece de este efecto es inútil. Por esto dice, con razón, SCARANO (*Non exigibilità*, cit., pág. 51), que la construcción de la no exigibilidad que hace este autor encuentra su justificación en la concepción de la pena como prevención especial. Ahora bien, lo que verdaderamente identifica a Kohlrausch con los puntos de vista de Freudenthal es el destaque singular que hace de las circunstancias en que la acción se realiza, las cuales determinan la exigibilidad del sujeto al determinar en qué casos la pena ejerce en él su efecto intimidante.

(82) Aquí hemos manejado la 25.<sup>a</sup> edición: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Berlín-Leipzig, 1927, págs. 266-275.

(83) *Ob. cit.*, pág. 266.

cunstancias y de los motivos existentes, y considerar si en las mismas circunstancias cualquier hombre hubiera actuado como lo ha hecho el autor. Para tal determinación debe ser principio orientador la idea de que nunca debe ser exigido el heroísmo, ni tampoco debe ser presupuesta una debilidad especial: el juzgador deberá representarse al *ciudadano medio*, teniendo muy en cuenta las peculiaridades sico-físicas del autor del hecho.

La situación de no exigibilidad—advierte Schmidt—no constituye la regla. El juez no ha de presumirla: sólo existe a modo de excepción y al juzgador se le debe prescribir expresamente que la tenga en cuenta (84). De aquí que el legislador sea quien debe determinar cuáles son los casos de no exigibilidad, por lo que es un error entenderla como causa general y supralegal de inculpa-bilidad (85).

#### 4. El pensamiento de E. Mezger.

La aportación de E. Mezger al pensamiento de la no exigibilidad es de alta significación. Su posición ha experimentado una trascendental modificación en relación con las primeras ideas que expuso en el *Lehrbuch*, alteración que recoge el *Grundriss (Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss, 1943)*, y que ratifica en posteriores ediciones, y últimamente en la Conferencia que pronunció en las Universidades de Valladolid, Granada y Coimbra, en la primavera de 1956 (86).

En el *Lehrbuch* se declara partidario de la doctrina de la «no exigibilidad», configurándola como causa genérica y supralegal de exclusión de culpabilidad (87). No actúa culpablemente, dice, la persona a quien no puede serle exigida una conducta distinta a la realizada. El fundamento de esta exclusión reside en que el pensamiento jurídico penal es en último extremo pensamiento individualizador, que exige criterios reguladores firmes, en los que se apoya para defenderse y que garantizan la seguridad máxima del Derecho. Pero en sus últimas y más complicadas ramificaciones se sustrae a estos moldes rígidos y demanda formas que hagan posible una adaptación a las últimas configuraciones de la vida real.

Advierte Mezger que es preciso distinguir el área de la culpa de la del dolo, poniendo precisas barreras a las exageraciones de Freudenthal. En la aplicación de este principio—apunta—es nece-

(84) Pone de manifiesto Eb. Schmidt lo difícil de la misión del juez en estos casos, que exigen mucho de su experiencia y de sus conocimientos humanos. «Debilidad sensiblera y dureza inflexible son, en la cuestión de la no exigibilidad, la Scila y Caribdis, que traen los riesgos de justicia».

(85) Ob. cit., pág. 271.

(86) También en su trabajo *Schuld und Persönlichkeit, 1932*, presenta Mezger con claridad su posición sobre la no exigibilidad, fijando interesantes conclusiones para la determinación de la misma.

(87) MEZGER, *Tratado*, II, pág. 203.

saría una precaución mucho mayor que la empleada por este autor. Los puntos de vista permitidos en el ámbito de la culpa no deben ser aplicados al del dolo, pues puede ocurrir que frente a un resultado previsto como posible no pueda serle exigida al autor la renuncia a su colocación, por ejemplo, mientras que, por el contrario se afirme tal exigencia, y, por ello, no proceda la causa de exculpación, frente a un resultado lesivo, previsto como seguro.

La exculpación que supone la no exigibilidad, mantiene Mezger, está reservada a una zona pequeña de libre apreciación valorativa, y fuera de ella no se modifica en nada la indole positiva de la valoración de los bienes jurídicos. O dicho de otro modo: la adecuación individual de la valoración que debe ser garantizada por la no exigibilidad, no tiene por misión alterar las valoraciones derivadas de la ley positiva, sino precisamente la de completarlas.

En resumen: «La causa de exclusión de culpabilidad de «no exigibilidad» garantiza las últimas posibilidades de negar la culpabilidad del agente por su conducta. En esta zona límite, más extrema de la culpabilidad jurídico penal, domina el pensamiento de la consideración valorativa, pero en todo caso orientado en la ley. Lo mismo que la teoría de la justificación (principio de evaluación de los bienes), se cierra también la teoría de las causas de exclusión de la culpabilidad (no exigibilidad) con la referencia a un principio genérico que hace posible la adaptación individual de la ley al caso concreto. Esto no es algo arbitrario, ni tampoco una renuncia a la naturaleza positiva del Derecho, sino simplemente expresión de una necesidad lógica, pues el pensamiento emocional es siempre, en sus últimas ramificaciones, pensamiento valorativo, con ello: pensamiento creador.»

A partir del *Grundriss*, el profesor Mezger modifica parcialmente su pensamiento, afirmando que la consideración de la no exigibilidad como causa supralegal puede conducir a excesos insostenibles: «en el *Lehrbuch* hemos admitido la no exigibilidad como causa de exclusión general, tanto en el área del dolo como en la de la culpa. Pero ya allí no se dejó ninguna duda sobre que no depende de la valoración individual del autor particular, sino de la valoración objetiva del ordenamiento jurídico y de la ley... No hay que olvidar que una tal concepción encierra el peligro de configurar una excusa de culpabilidad demasiado ancha, por lo que debe ser evitada. Esto mismo ha determinado la jurisprudencia, restringiendo el pensamiento de la no exigibilidad. Nosotros nos hemos afiliado a esta concepción, apartándonos del *Lehrbuch* ya en el *Grundriss*, y la mantenemos ahora. El caso del *Leinenfänger*, el de la interrupción del embarazo, el del padre que impide la operación de su hijo, encuentran también la solución adecuada en otros principios (colisión de deberes, estado de necesidad), sin necesidad de recurrir a aquéllas» (88).

(88) MEZGER, *Grundriss*, 6.ª edic., págs. 194 y 195. En este sentido se manifiestan modernamente NAGLER (*Leipziger Kommentar*, 1944, 3.931);

Resumiendo lo expuesto, puede decirse que el pensamiento actual del profesor Mezger es el siguiente:

1. La «no exigibilidad» excluye la culpabilidad del sujeto, pero no debe ser considerada como causa suprallegal.

2. La «no exigibilidad» no depende de la valoración individual del autor particular, sino de la valoración objetiva del ordenamiento jurídico.

3. El principio de no exigibilidad adquiere interés preponderante ante determinados tipos concretos (Kuppelei, Selbstbegünstigung, etc.)

Como después veremos, en la última edición de su *Studienbuch* el profesor Mezger acepta las ideas sobre la «no exigibilidad» de H. Henkel.

##### 5. *El pensamiento de Engisch.*

Merece ser destacado, aunque sin exceder los límites de la mera mención, la contribución que en el año 1930 hace el actual profesor de la Universidad de Munich, Karl Engisch, en su libro: *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (89), cuya tercera y última parte está dedicada al estudio de la «no exigibilidad», examinándose cuidadosamente la aplicación del principio a determinados supuestos de la vida real, y haciendo interesantes consideraciones acerca de su viabilidad.

La postura que Engisch adopta en esta obra difiere poco de los postulados que defiende la doctrina que hasta aquí tenemos expuesta, aunque a diferencia de los procedentes autores, Engisch lleva al repertorio de elementos del delito la exigibilidad, requiriendo para que una conducta antijurídica tenga la categoría de delito que sea exigible. A nuestro modo de ver, esta inclusión supone una tautología, ya que al decir que la conducta para ser delictiva ha de ser culpable (90), se está diciendo también que ha de ser exigible, puesto que sin exigibilidad no hay culpabilidad. La exigibilidad no es más que un presupuesto de ésta, por lo que si en el concepto de delito, como hace Engisch, se dice que la conducta ha de ser exigible y culpable, la misma razón habría para expresar también que ha de ser imputable, lo que haría excesivamente larga la fórmula (91).

---

WELZEL, *Strafrecht*, cit., pág. 153. y MAURACH (*Kritik der Notstandlehre*, cit., págs. 130 y sigs.).

(89) Publicado en el año 1930, constituye una importante aportación a la teoría de las formas de culpabilidad.

(90) Para que exista culpabilidad es necesario que la conducta sea exigible al sujeto. Si falta el presupuesto de la exigibilidad, no es posible hacer el reproche de culpabilidad.

(91) La definición excesivamente extensa es siempre rechazable en buena técnica.

### 6. *La jurisprudencia del Reichsgericht.*

En el pensamiento de los autores que hemos estudiado está lo que podríamos llamar doctrina clásica, tradicional, de la no exigibilidad. En sus ideas descansa lo más esencial de la doctrina construida sobre el principio. El prestigio de sus nombres fué un poderoso motor de difusión en todo el panorama de la dogmática alemana, llegando hasta las sentencias del más alto Tribunal alemán.

En el área de los delitos culposos el *Reichsgericht*, en la sentencia de *RGStr.* 30, pág. 25 (caso del *Leimenfänger*) niega la culpabilidad porque al procesado no podía serle exigido que perdiera su empleo y el medio de mantenimiento de su familia, negándose a realizar la conducta peligrosa, tenidas en cuenta las circunstancias que rodean al hecho. También la *sentencia* de *RGStr.* 36, pág. 78, exculpa al padre que se ha opuesto a que se practicara a su hija una operación imprescindible «por motivos que aprueba la ley moral». La misma doctrina se sostiene en la de *RGStr.* 36, pág. 334.

En el ámbito de los delitos dolosos, reconoció el *Reichsgericht* la eficacia del principio en la sentencia de *RGStr.* 56, pág. 168, que considera causa de exclusión de culpabilidad la «convicción» del agente respecto a la existencia de un deber jurídico-privado, no obstante la infracción del Derecho efectivamente producida. En las de *RGStr.* 58, pág. 97 y *RGStr.* 58, pág. 226, se sienta la misma doctrina, al afirmar que el marido que tolera la conducta impúdica de su mujer dentro del domicilio conyugal sólo es culpable de *Kuppelei* cuando, estudiadas las circunstancias que concurren en el hecho concreto, se le puede exigir que intervenga para impedirlo. Mantiene idéntica doctrina respecto al delito de favorecimiento, las sentencias de *RGStr.* 60, pág. 101 y *RGStr.* 63, pág. 233.

Estas sentencias bastan para señalar la acogida que en la jurisprudencia alemana tuvo el principio de no exigibilidad; sin embargo, nunca adquirió en ella el mismo alcance que en la doctrina, pues jamás se reconoció como causa genérica y supralegal de inculpabilidad (92).

### 7. *Las objeciones al pensamiento de la no exigibilidad. Schaffstein.*

Pronto se levantan en la dogmática voces contra el pensamiento de la no exigibilidad, las cuales previenen sobre los peligros que encierra la aceptación del principio. Uno de los primeros crí-

(92) Frente a la opinión de MEZGER (*Tratado*, II, pág. 207), que, como hemos visto, después ha rectificado, SCHAFFSTEIN al interpretar las mismas sentencias, concluye que el principio de exigibilidad nunca ha merecido de la jurisprudencia del RG un reconocimiento general, supralegal en el área de los delitos dolosos de acción. (SCHAFFSTEIN, *Nichtzumutbarkeit*, cit., pág. 14). De esta opinión son también WACHINGER (*Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichtes*. «Franz-Festg.», I, página 469); y GRUNHUT (*Grenzen des übergesetzlichen Notstandes*, «Z.Str.W.», 51, pág. 455).

ticos es Liepmann (93), que advierte puede conducir a una osteomalaxia del Derecho penal, prodigando más tarde sus juicios críticos Hippel (94), que se opone terminantemente a la aceptación del principio; Sauer (95), que lo rechaza por indeterminado; Gerland (96), que afirma «no puede ser admitido porque conduce a una insostenible relativización del concepto de culpabilidad»; Schumacher (97) que acusa a la dogmática de la no exigibilidad de debilitar la protección de los bienes jurídicos y de reducir de manera intolerable las exigencias del ordenamiento jurídico; Finger (98), que dice conduce a una individualización del juicio de culpabilidad, aleja el fallo del juez del Derecho positivo y supone una vuelta al Derecho natural; von Wever (99), para quien constituye una pura tautología formal, pudiendo la fórmula de la no exigibilidad, a causa de su falta de contenido, rellenarse con contenidos diferentes.

Igualmente contrarios a la admisión del principio, aunque no de modo tan terminante como los anteriores, son Grossmann (100), Exner (101) y Thierfelder (102).

Cuando el pensamiento nacionalsindicalista se extiende al campo de Derecho penal, no se libra de su influencia la doctrina de la no exigibilidad, polémica madura por aquel entonces. Se arremete contra él, considerándolo fruto de una concepción liberal del Estado y del Derecho que el nuevo orden tiende a sustituir en nombre de razones que Max Sauerlandt, al escribir sobre la no exigibilidad, expresó con más claridad que ningún otro jurista nazi: «Los conceptos jurídicos no son existentes por sí mismos, sino que cambian considerablemente. Su contenido varía con la concreta situación política de su tiempo. Un acontecimiento como la revolución nacionalsindicalista exige una revisión del mundo conceptual jurídico punitivo» (103).

Dentro de esta tendencia es muy interesante el trabajo de

(93) LIEPMANN, Vid. la nota bibliográfica que hace al libro de FREUDENTHAL en «Z.Str.W.», 43, págs. 710 y sigs.

(94) HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, Berlín, 1930, II, pág. 375.

(95) SAUER, *Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung*, «Frank Festg.», I, pág. 228.

(96) GERLAND, *Deutsches Reichsstrafrecht. Lehrbuch*, Berlín-Leipzig, 1932, pág. 126.

(97) SCHUMACHER, *Um das Wesen des Strafrechtsschuld*, Berlín, 1927, pág. 33.

(98) FINGER, *Strafrecht*, 1932, pág. 528.

(99) WEBER, *Notstandsproblem*. Leipzig, 1925, pág. 9.

(100) H. GROSSMANN, *Die Grenze vom Vorsatz und Fahrlässigkeit*. Hamburgo, 1924.

(101) EXNER, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Berlín, 1930, págs. 441 y sigs.

(102) THIERFELDER, *Objektiv gefasste Schuldmerkmale*, Breslau, 1932.

(103) SAUERLANDT, *Zur Wandlung des Zumutbarkeitsbegriffs im Strafrecht*, Leipzig, 1936.

Schaffstein: *Die Nichtzumtbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldaußschliessungsgrund* (Leipzig, 1933).

Comienza Schaffstein combatiendo el pensamiento de la no exigibilidad, para lo cual, cree, se pueden seguir tres caminos: atacar la admisión de causas supralegales de inculpabilidad; dirigir los ataques contra la afirmación de que la falta de exigibilidad por motivación anormal constituye una causa de exclusión de culpabilidad, o atacar, en general, la teoría normativa de la culpabilidad. Ante estos tres caminos, Schaffstein utiliza el segundo: «Nuestra crítica no se dirige ni contra la naturaleza normativa del concepto de culpabilidad, ni contra la posibilidad de existencia de causas supralegales de inculpabilidad. Va sólo contra la admisión de la no exigibilidad de motivarse conforme a la observancia de la norma, como causa general y supralegal de inculpabilidad» (104).

Para él, la teoría de la no exigibilidad se apoya en tres argumentos que son totalmente rechazables: a) Sostienen sus defensores que donde no hay reproche ético, no debe haber tampoco reproche jurídico. Este argumento es inadmisibles porque no considera correctamente las relaciones y las diferencias que existen entre la ética y el derecho. b) Afirman también que la norma de deber pierde su vigencia cuando el ciudadano medio, situado en las mismas circunstancias en que se encuentra el autor, hubiera actuado lo mismo que él lo ha hecho. Este argumento debe ser rechazado a juicio de Schaffstein porque «la validez del Derecho no está condicionada por la posibilidad de su cumplimiento, sino que tiene naturaleza puramente normativa y sólo es dependiente de la compatibilidad de la norma particular con el espíritu objetivo del sistema jurídico del cual es parte». c) La teoría de la no exigibilidad se ha derivado de la concepción caracteriológica de la culpabilidad y tiene su base en la necesidad de adecuación personal del hecho, la cual falta cuando el ciudadano medio se haya comportado como el autor se comportó. Si se acepta esta doctrina, objeto Schaffstein, la norma penal sufriría daño en su función de determinación, porque el destinatario de la norma alegaría excesivamente en su defensa la no exigibilidad de conducta distinta, y el juez aplicaría también en demasía el principio (105).

Ataca Schaffstein los presupuestos ideológicos sobre los que descansa la teoría de la no exigibilidad, los cuales son para él *naturalismo* e *individualismo*. Consecuencia del primero es el intento de encontrar soluciones de tipo social-sicológico a los problemas de Derecho positivo y la derivación de las concepciones de la culpabilidad de carácter de la eficacia inculpatoria de la no exigibilidad. Huellas individualistas son el fundamento y medida de la teoría y la acentuación que hace de la prevención especial. Frente a ambos soportes, cree el ilustre autor alemán, hay que oponer la

(104) SCHAFFSTEIN, *Die Nichtzumtbarkeit*, cit. pág. 100.

(105) *Ob. cit.*, pág. 79.

autonomía de las ciencias del espíritu y el convencimiento de la naturaleza normativa del Derecho (la cual cortará el paso a los influjos de naturalismo), y la jerarquía del Estado, considerada como la más alta cumbre de ordenamiento jurídico, así como la prioridad absoluta de los intereses comunitarios sobre los intereses particulares, principios que son antagónicos a cualquier clase de individualismo (106).

Apunta Schaffstein, por otra parte, que el empleo del principio de no exigibilidad en la interpretación de la Ley puede conducir a una postergación del dogma de la seguridad del Derecho, y este peligro es mayor que en ningún otro sitio en el área de las causas de exclusión de culpabilidad. El liberalismo niega el principio de seguridad del Derecho, en aras de la libertad del individuo. Pero desde el punto de vista de una concepción transpersonalista del Estado, deberá acentuarse este principio, y no sólo la política criminal sino también la dogmática jurídico penal se deben oponer a las tendencias disolventes que conducen a una relativización del Derecho.

En idénticos postulados están fundamentadas las objeciones que Max Sauerlandt opone a la doctrina de la no exigibilidad, en su opúsculo *Zur Wandlung des Zumutbarkeitbegriffs im Strafrecht* (Leipzig, 1936). Tras intentar una crítica del pensamiento que estamos estudiando, ciñe sus conclusiones de un modo tan estrecho al credo nacionalsocialista que no puede concedérsele más importancia, ni consideración más detenida, en esta exposición de autores contrarios a la admisión de la no exigibilidad en el campo del Derecho penal.

#### 8. *El pensamiento de R. Maurach.*

Modernamente experimenta un notable cambio de orientación el pensamiento de la no exigibilidad. Las objeciones que encontró en su camino hacen impacto, y pronto se advierten una serie de rectificaciones que ya hemos señalado al examinar la doctrina de Edmundo Mezger. La nota más característica de este cambio de rumbo es que la no exigibilidad deja de proponerse como causa supralegal de inculpabilidad. Los peligros que para la seguridad del Derecho suponían las concepciones más extremas (particularmente la de Freudenthal), se pretenden alejar con un nuevo planteamiento.

En el primer autor en que encontramos el cambio, y al que, sin duda, hay que conceder un lugar destacado en la historia dog-

---

(106) *Ob. cit.*, pág. 81. Es de observar el influjo político nacionalsocialista de estas últimas palabras de SCHAFFSTEIN. Siendo ésta la base de su crítica al pensamiento de la exigibilidad, puede afirmarse que su posición está enteramente determinada por su pensamiento político. (En este sentido, JIMÉNEZ ASÚA, *La no exigibilidad de otra conducta*, *El Criminologista*, tomo II, págs. 329 y sigs.

mática del principio de no exigibilidad (107), es el profesor Reinhard Maurach, actual Ordinario de la Universidad de Munich. El pensamiento del profesor Maurach está expuesto en su libro *Kritik der Notstandlehre* (Berlín, 1935), y en su *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil. Ein Lehrbuch* (Karlsruhe, 1954).

Aunque la exigibilidad no es el tema central de la *Kritik der Notstandlehre*, presta Maurach atención especial al principio que estudiamos, señalando la importancia de la cuestión y partiendo, en cuanto a su planteamiento, de que «la doctrina de la exigibilidad necesita ser apreciada también de *lege ferenda*, tanto si se la entiende limitada a los casos que están legalmente tipificados, como si se la considera un principio supralegal» (108).

Las más agudas observaciones las dirige contra la consideración de la no exigibilidad como causa supralegal de inculpabilidad. Para combatirla, señala la diferencia que existe entre la antijuridicidad y la culpabilidad en cuanto a la aceptación de causas supralecales de exclusión. Los defensores de la admisión del estado de necesidad fundamentado en la no exigibilidad como causa supralegal se inspiran en el estado de necesidad concebido como causa supralegal de justificación. Ahora bien, esta equiparación no puede hacerse porque es distinta al respecto la antijuridicidad y la culpabilidad. La primera no se limita al Derecho penal, depende de todo el campo del Derecho. El legislador no hace en ella más que «operar con conceptos que el Derecho penal recibe de otras ramas del Derecho». Sin embargo, esto no ocurre en la culpabilidad que es un concepto puramente penal («la culpabilidad del Derecho civil solamente contiene una regla de exigencia, nunca es valoración personal y, por tanto, nada tiene que ver con ella»), tomando también sus excepciones del campo del Derecho penal exclusivamente. Esta observación pone claramente de manifiesto «que la culpabilidad no puede ser montada de modo análogo a la antijuridicidad» (109).

Otro argumento de peso para rechazar el carácter supralegal de la no exigibilidad, es que la ley misma cierra el paso a la admisión de estas causas supralecales. La ley exige que sea cumplido lo que ella determina, al menos que ella misma fije alguna excepción. Y la frase «tú debes, luego tú puedes», no necesita, como quieren los partidarios de la no exigibilidad supralegal, estar expresa para oponerse al principio que defienden, pues existe en cada prohibición y en cada imperativo del Derecho penal. Es la presunción natural de motivación de cualquier ordenamiento jurídico, y tiene valor en tanto que la ley misma no dispense de ella. Por esto, toda teoría que defiende causas supralecales de inculpabilidad pone su

(107) En los trabajos hasta ahora publicados sobre el tema que nos ocupa, se descuida la importancia de MAURACH en esta evolución. JIMÉNEZ ASÚA no lo cita, a pesar de hacer mención de autores de la escasa importancia de RAÜBER o MARCETUS, y HENKEL lo menciona de pasada.

(108) MAURACH, *Kritik der Notstandlehre*, cit., pág. 120.

(109) MAURACH, *Kritik*, cit., págs. 132 y 130.

fundamento fuera del Derecho, esto es: tiene una base extrajurídica. Tal es el caso de Freudenthal (110).

En su *Deutsches Strafrecht (Lehrbuch)* da el emplazamiento sistemático definitivo a la exigibilidad. Maurach trae a la teoría del delito el concepto de atribuibilidad (*Zurechenbarkeit*), que define como la «relación jurídicamente desaprobada del autor con su acción típica y antijurídica, la cual constituye el fundamento jurídico de las distintas clases de reacción penal» (111). Se dice de una acción que es atribuible a su autor, cuando éste, lejos de responder a las exigencias del Derecho, se ha decidido por la comisión de la acción típica y antijurídica.

La atribuibilidad es una consecuencia del complejo vital del hombre, y, por tanto, una necesidad puramente práctica. El ordenamiento jurídico no puede exigir de todos los hombres que se comporten de acuerdo con el Derecho frente a los menores y a los alienados, esta exigencia carecería de sentido. Puede, sin embargo, valorar como expresión de su personalidad la conducta de todos los destinatarios de las normas. A diferencia de la antijuricidad y tipicidad, que consiste en una valoración real, la atribuibilidad es una valoración personal del autor. Determina esta valoración, que el hecho realizado es atribuible al sujeto, y que el juicio de desvaloración de la conducta antijurídica corresponde al autor de ella. La atribuibilidad no se excluye aunque no pueda ser hecho al autor el juicio de reproche a causa de su deficiente desarrollo físico, o de un defecto de mente.

Grados de la atribuibilidad son la *responsabilidad* y la *culpabilidad*. La responsabilidad se contenta con hacer al autor un juicio de desvaloración, la culpabilidad añade el reproche personal. Dentro de la teoría de la responsabilidad estudia Maurach la no exigibilidad como causa de exclusión de responsabilidad, rechazándola como causa supralegal.

---

(110) *Ob. cit.*, pág. 132. FREUDENTHAL rompe las barreras diferenciales de Derecho y Moral, para abordar la relación de valores que existen entre ambos, pensando que el Derecho es el *mínimum* ético. Esta confusión se advierte también en JELLINEK, *Die sozialthische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 1908, págs. 42 y sigs. No aparece, sin embargo, en GOLDSCHMIDT, advierte MAURACH, pues este autor rehusa introducir en su sistema la culpabilidad moral.

Con argumentos jurídicos, por el contrario, intenta HERZBRUCH (*Die Zumutbarkeit der Verbotsbefolgung der Strafbarkeit*, Breslau, 1934, págs. 6 y sigs.), la rehabilitación de la no exigibilidad como causa *supralegal* de exclusión de culpabilidad, sosteniendo que la indicación legal sólo tiene el valor de hipótesis de las circunstancias de hecho que no obligan en los casos de una motivación anormal, que la enumeración de los párrafos 248 a 264 lo son a modo de ejemplo, y que la medición valorativa del juez es decisiva en lo que respecta a la aplicación de la ley. Frente a estos argumentos, dice MAURACH, que el problema con tal planteamiento se vuelve fácil, pero conduce a un menosprecio del Derecho positivo (Cfr. MAURACH, *Kritik der Notsandlehre*, cit., pág. 138).

(111) MAURACH, *Strafrecht*, «All. Teil», cit., pág. 327.

9. *El pensamiento de H. Welzel.*

Por lo que Hans Welzel representa para la nueva dogmática jurídico-penal, no puede omitirse en esta exposición su pensamiento acerca de la exigibilidad de conducta legal. De las múltiples publicaciones que en los últimos años ha ofrecido, en las que ha elaborado una nueva concepción de la teoría jurídica del delito, con notables innovaciones sistemáticas cuyas consecuencias tienen una trascendental repercusión en la práctica del Derecho (112), nos interesan aquí *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, cuya primera edición ve la luz de Göttingen, en el año 1951, y su *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*.

Para Welzel la culpabilidad es reprochabilidad. Su objeto está constituido por la acción dolosa o la acción culposa. Presunción existencial de la reprochabilidad es la imputabilidad, que él entiende como capacidad de culpabilidad. La reprochabilidad consta de dos momentos: el *intelectual* (un hecho es reprochable solamente cuando el autor ha conocido o ha podido conocerlo tanto en su ser típico como en su significación antijurídica), que comprende tanto el conocimiento o cognoscibilidad de la realización típica como el de su significación antijurídica, y *voluntativo*, que constituye la exigibilidad de la obediencia al Derecho.

El conocimiento del injusto, dice Welzel, no fundamenta por sí solo la reprochabilidad de la conducta, sino que se requiere además que en el caso concreto haya podido el agente determinar su voluntad según el sentido del injusto. Esta concreta posibilidad es el momento más importante de la reprochabilidad, porque su contenido consiste precisamente en que el autor haya debido y podido determinarse jurídicamente en vez de hacerlo en forma contraria al Derecho. Hay situaciones en las cuales no puede exigirse al autor imputable un actuar jurídico, aunque conozca la antijuridicidad de su acción. Cuando falta esa exigibilidad no puede hablarse de culpabilidad.

El Derecho, sin embargo, debe limitar estrechamente tales situaciones, en interés de la eficacia de la norma. Por eso, el tratamiento ha de ser diferente para los delitos culposos y para los dolosos. En los primeros, el Derecho puede ir más lejos, considerando excluyente de culpabilidad aquellas circunstancias que hacen imposible al autor la inobservancia del precepto objetivo de precaución. Así no es reprochable la lesión de ese deber cuando el sujeto actúa en situación de aturdimiento, turbación, miedo, etc... Tampoco será reprochable cuando el peligro de la lesión del bien jurídico es tan lejano que no es exigible la omisión del actuar imprudente, tomada en cuenta la importancia de los perjuicios que pudo traer al sujeto el abstenerse de actuar.

(112) Sobre la significación práctica de la doctrina de WELZEL, y en general de los postulados de su escuela, véase el artículo de NIESE, *Die finale Handlungslehre und ihre praktische Bedeutung*, «DRIZ», 1951 y 1952. Niegan

De aquí que para la determinación de si es exigible o no al autor la observancia del precepto de precaución, haya que poner en relación la probabilidad del peligro que la acción puede suponer para la sociedad con la importancia de los daños que para el sujeto se producen si omite su conducta. «Cuanto más próximo y más grande es el peligro, y cuanto menos notables los daños que amenazan al autor, tanto menos disculpable es la lesión del precepto de precaución» (113). Bien entendido que la determinación nunca se hará según la valoración de los motivos mirados desde el lado del autor, sino de acuerdo con una valoración objetiva realizada desde el punto de vista del ordenamiento jurídico.

En los delitos dolosos, el Derecho exige más severamente al autor imputable que determine su conducta de acuerdo con el Derecho. En ellos, no se reconoce por el ordenamiento positivo una causa, general de inculpabilidad en el caso de inculpabilidad en el caso de intereses contrapuestos, limitándose la disculpa sólo a aquellos casos de necesidad para la vida y la integridad corporal.

A los efectos que en este trabajo nos interesan, el pensamiento del profesor Welzel puede resumirse en los siguientes puntos:

1. La exigibilidad es un presupuesto de la reprochabilidad, de la cual constituye él elemento voluntativo.
2. El tratamiento de la exigibilidad es distinto para los delitos dolosos y para los culposos.
3. La determinación de la exigibilidad no se hace según la valoración individual del autor, sino según la valoración objetiva del ordenamiento jurídico. La regla de medida debe darla la probabilidad del peligro, puesta en relación con la importancia del daño que se deduciría para el autor en caso de omitir la conducta imprudente.

#### 10. *El pensamiento de H. Henkel.*

El último trabajo publicado en Alemania sobre el tema que nos ocupa es el de H. Henkel. *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, que ve la luz en el *Mezger-Festschrift*, en 1954.

Henkel da al problema un enfoque totalmente nuevo, descubriendo en el principio de no exigibilidad aspectos que hasta ahora no se habían puesto de manifiesto (114).

---

esta significación práctica: ENGLISCH, *Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Verzulassung in der Reform des Strafrechts neue Wege zu gehen*, «Z. Str. W.», 1954, págs. 339 y sigs., y recientemente, Th. WÜRTEMBERG, *Die geistige situation des deutschen Strafrechtswissenschaft*, Karlsruhe, 1957.

(113) WELZEL, *Strafrecht*, cit., pág. 134; lo mismo en *Das neue Bild*, cit., pág. 55.

(114) Los puntos de vista de este autor han merecido la aprobación del profesor MEZGER, que ha escrito: «Recientemente HENKEL ha expuesto de manera convincente la importancia general de una interpretación exacta de

Cree Henkel que en este principio hay un poderoso medio de ayuda para el legislador y para el aplicador del Derecho, por lo que su significación debe apreciarse en el área total del ordenamiento jurídico. Frente a los que sólo examinaron su función en el campo del Derecho penal, hace destacar la importancia que tiene también en el *Derecho civil*, en el incumplimiento de contratos por mutación de las circunstancias contempladas al tiempo de su formulación; en el *Derecho administrativo*, especialmente en la interpretación del poder público en la esfera de derechos de los particulares, y en el *Derecho internacional*, donde se concreta mediante la cláusula *rebus sic stantibus*. Si en el Derecho en general tiene esta significación, hay que pensar que también la tendrá en el Derecho penal donde debe estructurarse con límites más amplios de los que tenía hasta ahora.

La función excusante de la no exigibilidad no debe limitarse al área de la culpabilidad, sino que ha de ser reconocida también en el campo de la antijuricidad así como en el de la tipicidad. Para plantear correctamente este punto—dice Henkel—hay que prescindir de la consideración, que ha sido dogma hasta ahora, de que la exigibilidad es un elemento de la culpabilidad y la «no exigibilidad» una causa de exclusión de ese elemento del delito, y partir de la base de que la no exigibilidad no sólo es utilizable para la determinación del contenido de la culpabilidad sino que puede determinar también el de la antijuricidad.

Esta observación tiene aplicación tanto en el área de los delitos dolosos como en la de los culposos. En cuanto a estos últimos, se debe tener en cuenta que la no exigibilidad puede ser contemplada desde dos vertientes distintas: por un lado, en el área del injusto, con referencia al cumplimiento o no cumplimiento del deber objetivo de precaución; por otro, en el área de la culpabilidad, con referencia al deber subjetivo de motivación y previsión del resultado (115).

La aplicación del principio de no exigibilidad es especialmente importante en los delitos de omisión, a causa de los límites extraordinariamente vagos con que la ley en ellos fija el deber. No exigibilidad significa en éstos delitos una desaparición del deber jurídico de impedir el resultado; por eso «la no exigibilidad es un elemento regulativo para concretar la determinación del área del injusto típico en los delitos impropios de omisión».

Ante el problema de la naturaleza de la no exigibilidad, se pre-

---

la idea de la exigibilidad en todo el sistema jurídico, en un valioso trabajo (MEZGER, *La culpabilidad*, cit., pág. 10).

(115) Desde este punto de vista puede darse un planteamiento nuevo a los casos de no exigibilidad considerados ya por la jurisprudencia. HENKEL hace desde él un nuevo estudio de los casos culposos que llegaron ante los tribunales, afirmando que nunca ha sido separada por los tribunales en el área de los delitos dolosos la consideración de la exigibilidad en el campo de la culpabilidad, de la que debe hacerse en la antijuricidad.

gunta Henkel si es correcto considerarla causa supralegal de inculpabilidad. La tendencia a hacer de la no exigibilidad una causa supralegal, es hija de la inclinación a huir hacia fórmulas generales. Pero detrás de este tipo de fórmulas, conviene distinguir los *principios normativos* de los *regulativos*. Normativa es la cláusula que tiene contenido valorativo, y que, por tanto, encierra una regla de medida en sí misma. Por el contrario, la fórmula general regulativa no anticipa el juicio de valor del caso particular, contentándose con dar al juez una orientación.

El principio de no exigibilidad debe ser configurado como cláusula general regulativa, y así concebido no es preciso que encuentre expreso reconocimiento en una fórmula legal que cree una norma, siendo un medio indispensable para el juez como elemento orientador en la hora de sus decisiones, y merece aplicación especialmente interesante allí donde, por tener los tipos penales contornos imprecisos, necesitan corrección o complemento.

De aquí que pueda decirse que la no exigibilidad no es causa supralegal de culpabilidad, sino menos y más: juega su papel como principio regulativo, extendiéndose al campo de la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad (116).

Consecuencia del enfoque que Henkel da al tema que nos ocupa, es su posición ante la cuestión de la determinación de la exigibilidad, postura de corte ecléctico, situada en el punto medio de las direcciones subjetivistas y objetivistas. Admitido que el principio de no exigibilidad es aplicable tanto en el área de la antijuricidad, como de la tipicidad y culpabilidad, dice: En el área del injusto debe medirse con cálculos *objetivos*, no ha de mirarse a la conducta del autor del caso concreto solamente, sino a la conducta que hubiera realizado cualquier otro hombre situado en las mismas circunstancias; por el contrario, en el área de la culpabilidad, debe medirse según la conducta del autor determinado, *subjetivamente*, sin referencia ninguna a cualquier otro individuo.

---

(116) Así, *Ob. cit.*, pág. 305. Concebido como principio regulativo, cree HENKEL, salvar aquellas objeciones que le acusaban de ser un principio vacío de contenido (OETKER, *Notwehr und Notstand*, «Frank-Festgabe», I, página 388), ya que como tal no necesita ninguna valoración.



## SECCION LEGISLATIVA

### Decreto de 21 de septiembre de 1960, revisando y unificando la Ley de 2 de marzo de 1943 y el Decreto-Ley de 18 de abril de 1947

La Disposición transitoria segunda de la recientísima Ley de Orden Público, de 30 de julio de 1959, establecía que : seguirá entendiéndose la Jurisdicción Militar de los delitos que afectando al orden público le están atribuidos con arreglo a lo establecido en leyes especiales, sin perjuicio de las inhibiciones que se acordaren en favor de la jurisdicción ordinaria y en tanto que el Gobierno revise y unifique las normas de competencia relativas concretamente a dichos delitos, autorizándoles especialmente para ello.

El desarrollo de este precepto es el Decreto que, preámbulo y articulado, vamos a transcribir antes de hacer algunas consideraciones sobre la manera de realizarse la unificación y revisión ordenada :

#### T E X T O

La vigente Ley de Orden Público otorga especial autorización al Gobierno para revisar y unificar la legislación que atribuye a la jurisdicción militar competencia para conocer de determinadas infracciones, refiriéndose a las Leyes de 1 de marzo de 1940, 2 de marzo de 1943 y Decreto-Ley de 18 de abril de 1947.

Recogida dicha autorización en las disposición transitoria segunda, considérase llegado el momento de hacer uso de la expresada facultad, circunscribiéndola a la Ley de 2 de marzo de 1943 y al Decreto-Ley de 18 de abril de 1947, por no estimarse necesario hacerla extensiva a la Ley de 1 de marzo de 1940, ya que la competencia propiamente judicial que establece está reservada a un tribunal especial con jurisdicción en todo el ámbito nacional.

Así, pues, haciendo uso de dicha autorización, se refunden las dos mencionadas disposiciones en una sola que recoge aquellos preceptos de ambas que parece aconsejable conservar, por considerar necesaria su continuidad, para reprimir eficazmente actuaciones subversivas o reveladoras de peligrosidad y que produzcan o puedan producir resultados de grave trascendencia, bien por motivos político-sociales o terroristas o simplemente por impulsos de singular criminalidad, manteniendo, desde luego, la atribución de la competencia a la jurisdicción castrense y al trámite de los procedimientos en juicio sumarísimo, con facultad de inhibición en favor del fuero ordinario, cuando los hechos por no afectar al

orden público o por su escasa relevancia, no ofrezcan características de gravedad.

En su virtud, a propuesta de los Ministros de Justicia y del Ejército, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 8 de septiembre de 1960, dispongo:

Artículo 1.º En cumplimiento de lo dispuesto en la segunda disposición transitoria de la Ley 45 de 1959, de 30 de julio, de Orden público, se revisan y unifican la Ley de 2 de marzo de 1943 y el Decreto-Ley de 18 de abril de 1947, que en lo sucesivo sólo se aplicarán en la forma que expresan los artículos siguientes:

Art. 2.º Serán considerados reos del delito de rebelión militar, de acuerdo con el número 5.º del artículo 286 del Código de Justicia Militar y penados conforme a lo dispuesto en ese Código:

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

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

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

Art. 3.º Uno. Los que para atentar contra la seguridad pública, atemorizar a los habitantes de una población, realizar venganzas o represalias de carácter social o político o perturbar la tranquilidad, el orden o los servicios públicos, provocasen explosiones, incendios, naufragios, descarrilamientos, interrupción de comunicaciones, derrumbamientos, inundaciones o voladuras, o empleasen cualesquiera otros medios o artificios que puedan ocasionar grandes estragos serán castigados:

Primero. Con la pena de muerte, si se produjese la muerte de alguna persona.

Segundo. Con la pena de reclusión menor a muerte en los demás casos.

Dos. La mera colocación o empleo de sustancias, materias o artificios adecuados, con los propósitos a que se refiere el apartado precedente, será castigada con la pena señalada en el número segundo de dicho apartado uno, aunque no se produzca la explosión, incendio o efecto pretendido.

Art. 4.º Los que para cometer un robo o con motivo u ocasión del mismo atacasen o intimidasen a las personas con armas de fuego serán castigados:

Primero. Con la pena de muerte si se produjese la muerte de alguna persona.

Segundo. Con la pena de reclusión mayor a muerte:

a) Si el malhechor o malhechores hubiesen sorprendido a los

moradores de algún lugar habitado, asaltado algún establecimiento industrial o a persona profesional, o habitualmente encargada de la custodia o transporte de caudales o valores o detenido conductores o viajeros en despoblado o en lugar propicio para hecho.

b) Si alguno de los malhechores esgrimiese arma de guerra.

Art. 5.º Los que secuestren a alguna persona serán castigados:

Primero. Con la pena de muerte si produjesen la muerte, mutilación o violación de la persona secuestrada, o, desaparecida ésta, no dieran razón de su paradero.

Segundo. Con la pena de reclusión mayor a muerte en los demás casos.

Cuando las especiales circunstancias del hecho pongan claramente de manifiesto que en ningún momento haya debido temerse racionalmente por la vida o integridad corporal de la persona secuestrada se aplicará la legislación común.

Art. 6.º Uno. Los que, apartándose ostensiblemente de la convivencia social o viviendo subrepticamente en los núcleos urbanos formaren partidas o grupos de gente armada para dedicarse al merodeo. El bandidaje o la subversión social serán castigados:

Primero. Con la pena de muerte:

a) El jefe de la partida, en todo caso.

b) Los componentes de la partida que hubiesen colaborado de cualquier modo a la comisión de algún delito castigado con pena de muerte en este Decreto.

Segundo. Con la pena de reclusión mayor a muerte los que hubieren tomado parte en la comisión de cualquier otro delito comprendido en este Decreto.

Tercero. Con la reclusión mayor los demás incluidos en los números anteriores.

Dos. Los que prestaren cualquier auxilio, que no constituya por sí complicidad ni encubrimiento, a los componentes de los grupos o partidas a que se refiere el apartado anterior, serán castigados con la pena de prisión menor o destierro. El tribunal podrá, asimismo, imponer la multa de 5.000 a 100.000 pesetas.

Tres. Los que aprovechándose del temor más o menos fundado que haya producido la comisión de alguno de los delitos castigados en este Decreto u otros hechos de bandolerismo requieran a alguien en forma anónima, bajo amenazas claras o encubiertas, para que entregue o sitúe en algún lugar dinero, alhajas, valores o bienes de otras clases o para compelerle a hacer o dejar de hacer alguna cosa, serán castigados con la pena de prisión menor a muerte.

Art. 7.º Uno. Quedarán exentos de la pena que pudiera corresponderles:

a) Los que hallándose comprometidos a realizar alguno de los delitos castigados en este Decreto lo denunciaren antes de comenzar a ejecutarse y a tiempo de evitar sus consecuencias.

b) Los meros ejecutores de los delitos previstos en el artículo 2.º apartado 2.º del artículo 3.º, número tercero del artículo 6.º y apartados dos y tres de dicho artículo 6.º, siempre que faciliten eficazmente la captura de los componentes de los grupos o partidas o de los complicados en el hecho y la incautación, en su caso, de los útiles y material empleado o a emplear en su ejecución, logrando evitar todos o algunos de los efectos del delito.

Art. 8.º La jurisdicción militar será la competente para conocer de los delitos comprendidos en esta disposición, que serán juzgados por procedimiento sumarísimo.

Si por especiales circunstancias de los hechos no revistieren éstos gravedad o características adecuadas para ser calificados con arreglo a este Decreto y debieran serlo conforme a la legislación común, la jurisdicción militar podrá inhibirse a favor de la ordinaria.

\* \* \*

Como se ve, el Decreto ha ido más allá del cometido que la disposición transitoria de la Ley de Orden público le encomendaba, pues hace algo más que revisar las normas de competencia relativas concretamente a determinados delitos, ya que lo que ha unificado son los textos mismos de los dos ordenamientos penales a que alcanzaba la disposición transitoria: la Ley de 2 de marzo de 1943, creando como delitos de rebelión militar los hechos que describía, y el Decreto-Ley de 18 de abril de 1947, sobre represión de los delitos de bandidaje y terrorismo.

La unificación se ha hecho por yuxtaposición tan clara que su artículo 2.º es la transcripción de la Ley y los demás de del Decreto-Ley unificados, con la sola economía legislativa de no decir dos veces, una por cada ordenamiento de los yuxtapuestos, la atribución a la jurisdicción militar de la sanción de los delitos descritos en el Decreto unificador, sino una sola en precepto correctamente colocado a su final, que es la literal transcripción del artículo 9.º del Decreto-Ley refundido, aunque no alcance a la excepción de inhibición a la jurisdicción ordinaria en determinados casos, que se expresa dos veces: una de correcta colocación en el párrafo segundo del artículo citado, y otra menos correctamente situada por hacerse en el último párrafo de su artículo 5.º antes de que cuatro artículos después se siente el principio general.

En la transcripción de la Ley, si bien se trasplanta de ella lo que en el Decreto es el número 1.º del artículo 2.º describiendo la forma de derrotismo, llamada bulismo en expresión castiza que debe adoptarse, se varía algo en lo que es el número 2.º del mismo artículo por anteponerse «unan» a conspiren de la redacción primitiva, lo que resulta una redundancia, pues conspirar es unirse varias personas para cometer un delito, o ha de entenderse «asocien», término que da una idea de continuidad de la unión que la hace mayormente peligrosa, desaparece del Decreto la tenencia y depósito de armas, sin duda, por haber pasado directamente de la Ley de seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941 al Código Penal Ordinario con su dilatada casuística, y también la realización de actos con propósitos de interrumpir o perturbar los servicios de carácter pú-

blico o las vías y medios de comunicación o transporte, así como el atentado contra las personas o causación de daños a la sociedad, por móviles políticos, sociales o terroristas, quizá porque los casos más graves están recogidos en el artículo siguiente, que ya está trasplantado del otro ordenamiento penal refundido.

La transcripción del Decreto-Ley sobre represión de los delitos de bandidaje y terrorismo es aún más literal. Sólo cabe señalar la novedad de añadir a despoblado en la descripción del atraco que merece la pena de reclusión mayor a muerte del apartado a) del número 2.º del artículo cuarto «o en el lugar propicio para el hecho», locución que por su novedad y ambigüedad ha de tener una difícil delimitación jurisprudencial.

Es, por último, un efecto de la unificación el que la transcripción de las excusas absolutorias que el Decreto-Ley establecía en su artículo octavo y que es el artículo 7.º del Decreto comentado, sean ahora también aplicables para los hechos transcritos de la Ley que con él se refunde,

DOMINGO TERUEL CARRALERO

## De la configuración del dolo penal

(S. 7 abril de 1960)

JUAN DEL ROSAL

Catedrático de Derecho Penal y Vicedecano  
de la Facultad de Derecho de Madrid

SUMARIO: 1.º Relación circunstanciada de los «hechos probados».—2.º Sentencia del Tribunal «a quo».—3.º Impugnación de ésta por la parte recurrente.—4.º Sucinto análisis de la decisión de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo.

### 1.º *Relación circunstanciada de los «Hechos Probados».*

RESULTANDO: Que el fundamento de hecho de la sentencia recurrida dice así: **PRIMER RESULTANDO:** Probado, y así se declara: Que el procesado Manuel Francisco Ureta (sic), mayor de edad penal, de intachable conducta informada y sin antecedentes penales, era acreedor de su convecino, el hoy querellante, Emilio Orive Sebastián, en la cantidad de tres mil pesetas, por géneros alimenticios obtenidos del establecimiento comercial que aquél posee en el pueblo de Mazuela, debiendo además Emiliano Orive la renta de tierras de otra persona, en cantidad de tres mil pesetas, y conociendo el procesado que Emiliano se encontraba en la imposibilidad, por su mala situación económica, de poder pagar sus deudas le ofreció su ayuda, mediante la entrega de cinco mil pesetas en metálico, pero con la condición de que Emiliano le entregaría escritura de compraventa con pacto de retro a favor del procesado, de algunas fincas, la cual escritura tendría por objeto garantizar la devolución de las ocho mil pesetas que abarcaba el crédito concedido. El propietario Emiliano, hombre de muy limitada inteligencia, accedió a lo que se le proponía, por entender que sólo prestaba una garantía y en la creencia de que no enajenaba, y a tal fin, el 18 de diciembre de 1951 ambos interesados, ante Notario de esa ciudad, otorgaban la convenida escritura de compraventa con pacto de retro, la cual comprendía una casa y nueve fincas rústicas, a las que se señaló un precio de ocho mil pesetas, ya recibidas por el vendedor, el cual se convirtió en arrendatario de las mismas, con una renta anual de 560 pesetas. Transcurridos tres años sin ser ejercitada la acción de retracto, el procesado se hizo dueño de las fincas, que han sido tasadas pericialmente, teniendo en cuenta su valor en el año 1951, en 56.050 pesetas.

### 2.º Sentencia del Tribunal «a quo».

La Audiencia provincial dictó la sentencia siguiente: Se condena al procesado, como autor responsable, sin circunstancia modificativa de responsabilidad, de un delito de usura, previsto y definido en el art. 543 (1), a la pena de seis meses y un día de presidio menor, y demás accesorias. Y se declara que la escritura otorgada ante Notario y que lleva fecha de 18 de diciembre de 1951 carece de eficacia, debiendo revertir la propiedad y posesión de las fincas que en la misma se describen en la persona de E. O. E. con la obligación por parte de éste de devolver las ocho mil pesetas que recibió en préstamo, de las que se descontarían los intereses pagados hasta la fecha por dicho O. y al pago de las costas procesales.

### 3.º Impugnación de ésta por la parte recurrente.

La representación del condenado interpuso en tiempo y forma recurso de casación al amparo de los números 2 y 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en base a los motivos siguientes: a) Por apreciación errónea de diferentes aspectos de los «hechos probados» y que se detallan en el escrito de formalización del recurso; b) Por infracción del art. 543 del Código penal vigente «en relación con la infracción, también observada, del artículo 3 del C. a. y la Ley especial de Usura de 23 de julio de 1908, que ha sido también aplicada indebidamente, y la doctrina legal jurisprudencial de este Supremo Tribunal».

El Ministerio Fiscal se opuso en el trámite procesal respectivo, por carencia de documento auténtico, en cuanto afecta al primer motivo; y en punto al segundo, por falta de respeto a los «hechos probados».

### 4.º Sucinto análisis de la decisión de la Sala 2.ª del T. S.

Descartado, en el primero de los «considerandos», el motivo de casación, invocado al amparo del núm. 2.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, queda por ver, lo que particularmente nos interesa aquí, el motivo del fondo, y a este respecto es de viva importancia la doctrina sentada en el segundo de los «considerandos», en que se establece lo que sigue:

«Que en cuanto al segundo motivo, al amparo del núm. 1 del artículo 819 de la misma Ley Enjuiciamiento Criminal y para dilucidar si el art. 543 del Código Penal fué debidamente aplicado, es de tener en cuenta que la escritura pública de compraventa con pacto de retro por tres años, responde, sí no en su totalidad, sí en cuanto a cinco mil pesetas a una entrega u oferta previa de ellas, para ser devueltas y condicionada la facilitación de ese sumario a la garantía de la compraventa aludida, esto dicen los hechos probados y ante ello la calificación de préstamo es irrefragante, sin que en lo

---

(1) Textualmente dispone el artículo 543 lo siguiente: "Será castigado en las penas del artículo anterior el que encubriere con otra forma contractual cualquiera la realidad de un préstamo usurario, aunque no exista habitualidad".

hasta aquí relatado surja más que una serie de negocios jurídicos lícitos y no empañados por un dolo penal, no obstante figurar la garantía como contrato principal, lo que es tan frecuente, o aparecer un notorio desequilibrio entre el valor de venta y el valor real de los inmuebles afectados, pues dado el plazo y el exiguo valor fijado para el ejercicio de la condición resolutoria lo que se hace es dar facilidades al deudor; pero no se aportaría al campo de influencia de los hechos probados si no se ponderasen como a esta sencilla configuración se le añaden elementos que tienen que ver valorados en la esfera jurisdiccional penal, cuales son —tal como lo dibujan los hechos y lo complementan los considerandos de la resolución recurrida— el ofrecer al procesado dinero con una condicionada garantía, impuesta por la difícil situación económica del deudor, y prevaleciéndose de ello y de la escasísima inteligencia de aquél que estaba en la creencia de que no vendía, sino simplemente garantizaba con sus fincas, que mantenido hasta en la tenencia de ellas, sin cobro de la pactada venta, desembocar en la consolidación de la operación y ante esta serie de realidades o se valora todo ello como dolo específico de más grave delito, lo que estaría en pugna con la concurrencia o, como acertadamente lo hace la sentencia recurrida se encuentra en la sucesión de maniobrar lo dolosa figura del encubrimiento por vía contractual, de una trayectoria de codicia coronada por el interés exorbitante obtenido de un desembolso de 8.000 pesetas, de ellos cinco mil de préstamo, hasta beneficios por 48.000 pesetas, sin que la apreciación de este encubrimiento contractual impida la doctrina de esta Sala, que ha estimado pudo revestir cualquiera de las formas externas que suelen usarse en la contratación y aquí fué una compraventa, viciada por sus más valiosos y espirituales elementos».

Como se observa, el razonamiento, tanto tácito cuanto expresamente, puntualiza la figura punitiva, de más gravedad, radicada, creemos por nuestra cuenta, en la estafa; en segundo lugar, se contenta con la variedad de usura, especificada en el art. 543 del C. p. Sin embargo, con la trayectoria, agudamente se ha diseñado la doble perspectiva dolosa —el *bonus*, civil, cabría decir—, y el penal —representado por el *malus*—, no existiría obstáculo alguno para rubricar la presencia penal estimada por la estafa, sobre todo, a la vista de la constelación de circunstancias concurrentes en el «hecho» y en la «persona» en el instante del desencadenamiento del suceso penal. Valgan de cita, la situación de agobio económico, aprovechando por el recurrente; y la creencia, alimentada por su limitación mental, de que se trataba de una garantía y no de una venta. Con ellos se dan elementos más que suficientes para construir el dolo de estafa, puesto que tampoco está ausente la característica *mise in scène*, hasta dar cuenta de las escasas luces del querellante. La coincidencia de un espíritu de codicia, cifrado tanto en la usura cuanto en la estafa, por el *animus lucrandi*, ofrece anchuroso espacio para conjugar la forma contractual que cubre una actitud maliciosa y de engaño, característica de la estafa.

Sin embargo, nos parece acertada la decisión de la Sala, en virtud de los requisitos formales que juegan en el presente caso, y los cuales han obstaculizado, mejor aún, facilitan la preferencia de estimación de la usura.

La nota más característica de esta sentencia se nos ofrece a las claras en la delimitación entre el dolo civil del penal, pues si bien es verdad que

no se pronuncia en detalle sobre ello, tampoco debe olvidarse cómo justamente se apunta la disparidad de estructuras y de contenidos de ambas actitudes dolorosas, concordes, además, con una copiosa jurisprudencia.

La configuración del dolo penal se hace en base a una serie de elementos, finalmente apuntados en el «considerando» transcrito, constitutivos, en verdad, del *dolus malus*, especie con la que se opera en el estamento jurídico-penal.

De otro lado, la reflexión que se hace en el «considerando» que vamos a transcribir es por demás ilustrativa, en atención a la vigencia e independencia de la realidad jurídico penal, por entero distinta a la civil, sobre todo, una vez que ha adquirido rango penal el préstamo usurario. Dice así: «Que en la resolución impugnada no se ha dado efectos penales a la Ley de 23 de julio de 1908, ni de ello se ha valido, si no es para aludir al fenómeno jurídico extrapenal de la usura, más cuando en la sentencia se precisa y delimita el delito del mismo nombre ya que no se atiende sino al art. 543, por tanto, ni con la Ley ni el art. 5 del Código civil han sido infringidos, aun cuando de una hipotética infracción no podría derivarse una casación penal, la que tampoco puede surgir de la alegación del recurrente de haberse quebrantado preceptos penales y civiles al resolverse la nulidad de la escritura aludida de compraventa con pacto de retro y ordenarse la devolución de fincas y precio respectivamente, puesto que si los artículos 101 y 102 del Código Penal imponen restitución de la cosa, es ineludible el deshacer los reprobables efectos del delito, entregar a la víctima los inmuebles de que había sido dolosamente desposeído y ello con una jurídica efectividad que exigía la nulidad del título viciosamente constituido, por el empleo de un dolo penal que el Tribunal apreció y sancionó, por todo lo cual deben ser desestimados los dos motivos de recurrir ya examinados» (2).

---

(2) Fué ponente el Excmo. Sr. D. Luis López Ortiz.

# Jurisprudencia penal correspondiente al segundo cuatrimestre de 1959

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO

Fiscal de la Audiencia de Salamanca

## CODIGO PENAL

1. Art. 1.º... *Delito*.—No puede alegar la creencia de ejercitar un derecho quien tiene conocimiento de que por la Autoridad le ha sido prohibido; y si estimaba que lo era injustamente, le quedaba expedita la vía adecuada, sin resolver por su exclusiva voluntad el conflicto (S. 20 junio).

La muerte fué consecuencia del atropello, pues se produjo por neumonía hipostática consecuencia de la inmovilización, mecanismo frecuente en las personas de edad avanzada que se ven precisadas de una inmovilidad total en casos de fractura de extremidades inferiores (S. 20 mayo).

Los actos preparatorios de determinado delito no pueden servir para tipificar la acción delictiva cuando ésta se realiza en forma distinta a la prevista y con una modalidad definida dentro de la ley penal (S. 4 mayo).

2. Art. 8.º, núm. 8.º *Enajenación mental*.—No concurre la eximente, completa ni incompleta, pues se afirma no estaba privado de la conciencia de sus actos, conociendo el bien y el mal de las acciones humanas (S. 18 mayo).

3. Art. 8.º, núm. 8.º *Caso fortuito*.—Esta eximente es inaplicable a los delitos culposos (S. 30 mayo, 27 junio, 2 julio).

4. Art. 8, núm. 11... *Deber*.— Sólo se aprecia la eximente como incompleta, pues no hubo riesgo para el recurrente que le obligara a hacer uso de la pistola en su defensa, y al dirigir los tiros contra el fugitivo, se excedió en su propósito de amedrentarle (S. 19 y 23 de junio).

5. Art. 9.º núm. 3.º *Menores*.—Se aprecia la atenuante de ser menor de dieciocho años, pues los cumplió el 24 de mayo de 1955, y los actos de sus tracción se realizaron en ocasiones no precisadas desde enero de 1955 al 21 de febrero de 1956 (S. 9 junio).

6. Art. 9.º, núm. 4.º *Preterintencionalidad*.—Concurre la atenuante en el arrojar una piedra desde una distancia de 4 a 5 metros sobre la cabeza del lesionado, lo que motivó signos hemipléjicos manifestados por disminución funcional en el brazo y piernas, así como afasia total (S. 29 mayo).

No se aprecia, en la puñalada asestada en el curso de una discusión, que perfora el hígado y causa la muerte (S. 27 junio).

7. Art. 9.º, núm. 9.º *Arrepentimiento*.—No se niega la posibilidad de que

alguna vez, pueda ser apreciada esta atenuante en los delitos de imprudencia (S. 19 junio).

8. Art. 10, núm. 1.º *Alevosia*.—Se da la circunstancia cuando se comete un delito de ataque a las personas, encontrándose la víctima indefensa o en circunstancias de no poder eludir la agresión; aunque la forma de ejecución no se haya buscado, de propósito, con tal de que el agresor se dé cuenta de que ataca en situación de ventaja y sin riesgo de una posible reacción del oscuridad (S. 18 mayo).

9. Art. 10, núm. 6.º *Premeditación*.—Precisa se revele que la idea punible fué acariciada con cálculo frío y perseverante, con tiempo suficiente para que la reflexión pueda imponerse; propósito que además tiene que ser concreto hacia un delito tipo, no genérico o indeterminado (S. 18 mayo).

10. Art. 10, núm. 13. *Nocturnidad*.—Precisa, no que el delito se ejecute de noche, sino que el delincuente busque protección en las sombras y en la oscuridad (S. 18 mayo).

11. Art. 10, núm. 14. *Reiteración*.—Sólo exige el antecedente condenatorio, aunque uno y otro delito no sean de naturaleza similar (S. 6 junio).

12. Art. 10, núm. 15. *Reincidencia*.—Cuando existen antecedentes por hurtos y estafas, han de constar en los hechos probados las fechas y cuantías de esas infracciones anteriores, dadas las modificaciones en las cuantías introducidas por la ley de 30 de marzo de 1955 (S. 20 junio y 1 julio).

13. Art. 10, núm. 6.º *Sexo*.—La agravante ha de apreciarse en todos los atentados cometidos contra la integridad femenina, a no ser que la mujer provocara el delito o que en éste fué consustancial al ser del sexo femenino (S. 18 mayo).

14. Art. 14... *Autoría*.—Estando individualizadas las lesiones causadas a la víctima por sus tres agresores, cada uno es responsable de su respectiva actuación, al no haber concierto previo (S. 8 mayo).

15. Art. 19... *Responsabilidad civil*.—Los Tribunales gozan de amplias facultades que no entran en la órbita de la casación, para regular el importe de la indemnización de perjuicios materiales y morales (S. 2 julio).

La condena en concepto de responsabilidad civil que no es consecuencia de la responsabilidad penal, debe ser excluida como ajena a la Jurisdicción represiva (S. 13 mayo). Y así, las entidades aseguradoras son terceros, desde el momento en que por razón del delito y no por otro hecho distinto y que fuese riesgo cubierto en la póliza contratada, realizaron un pago por el que adquirieron carácter de perjudicadas. Se encuentran comprendidos en el artículo 104 del Código penal, los beneficios dejados de percibir a causa del suceso (S. 15 junio).

Para que se estime la responsabilidad civil subsidiaria, es indispensable una relación laboral, y que el reo haya contraído su culpa con ocasión de cumplir las obligaciones del cargo que le tuviere encomendado su principal (S. 21 mayo). Y existe la relación laboral si el chófer conducía el camión por cuenta y orden de su propietario, aunque ese día el camión hubiese sido dejado a una tercera persona, por alquiler retribuido o por complacencia gratuita (S. 12 junio). Y no se rompe esa relación laboral si el obrero dependiente del dueño del tractor y que iba en éste para efectuar las operaciones de carga y descarga de lo que el remolque del tractor transportara,

tomó los mandos del vehículo por condescendencia del tractorista, volcando y ocasionando la muerte de otra persona, pues el servicio de transportar la mercancía continuaba verificándose, aunque de manera irregular, por los propios dependientes del dueño y en su propio beneficio (S. 1 junio).

16. Art. 28. *Multa*.—El límite de 1.000 pesetas, a que se refiere el artículo 28 del Código penal, se circunscribe a los casos en que la pena pecuniaria se impone como principal y única, pero no en los de ser pena conjunta, ni en los de ser de cuantía proporcional (S. 5 junio).

17. Art. 302... *Falsedad*.—El delito previsto en el número 4.º del artículo 302 en relación con el artículo 303, supone una falta absoluta de veracidad cometida en documento público, oficial o mercantil, bien en la totalidad de su contenido, bien en algún extremo esencial, hecha la mutación de la verdad con una finalidad dolosa, resulte de ella o no perjuicio para tercero (S. 3 julio).

Cuando el delito está constituido por una serie de actuaciones, cual las diligencias de un expediente, tendentes todas al mismo fin, no puede estimarse consumado hasta su culminación, momento en que empezará a correr el tiempo de la prescripción (S. 10 junio).

Si se simularon recibos de jornales como devengados por obreros imaginarios incluyéndolos en nómina, como a través de varios meses se repitió esa simulación hasta completar el número de 142, se consumaron otros tantos delitos de falsedad previstos en el art. 306 del Código penal (S. 9 junio).

No se faltó a la verdad de los hechos al hacer la declaración a efectos de inscripción en el Registro civil, de que el hijo nacido de la segunda unión matrimonial por la que se le condenó por matrimonio ilegal, era legítimo, ya que esto era la realidad, independientemente del valor legal que pudiera tener esa unión (S. 6 junio).

No es funcionario público el Secretario administrativo de la Mutualidad Laboral de la Empresa Iberia Líneas Aéreas, conforme al art. 119 del Código penal y a la Ley de Mutualidades Laborales de 6 de diciembre de 1941 (S. 13 mayo).

Son documentos oficiales las recetas expedidas por los Facultativos del Servicio Médico del Seguro Obligatorio de Enfermedad (S. 4 junio).

18. Art. 322... *Uso indebido de nombre*.—La ocultación momentánea del nombre al requerimiento del dueño del hospedaje para llenar el parte de entrada de viajeros, integra la falta prevista en el art. 571 del Código penal (S. 8 mayo).

19. Art. 341... *Salud pública*.—El delito previsto en el art. 343 del Código penal, participa de la naturaleza intencional y dolosa de todo delito y así, si la sustitución del sulfato de quinina por el de estricnina obedeció a una mera equivocación, respandee con firmes trazos la imprudencia temeraria (S. 2 julio).

20. Art. 394... *Malversación*.—Comete malversación el Presidente de la Hermandad Sindical de Labradores que se apropia de fondos de esta entidad (S. 2 mayo).

No hubo delito, en el aprovechamiento del camión que hace el depositario de éste para realizar un viaje, pues no se advierte la apropiación siquiera momentánea, ni el consumo de algo fungible en beneficio propio (S. 18 junio).

21. Art. 400... *Exacción ilegal*.—El delito del art. 402 del Código penal, sólo puede ser cometido por funcionario público que exija mayores derechos que los que le estuvieren señalados por razón de su cargo (S. 5 mayo).

22. Art. 403... *Fraude*.—El art. 403 castiga no las estafas o apropiaciones en que el funcionario incurra en el ejercicio de sus funciones, sino las que cometa abusando de su cargo, estableciéndose así una diferenciación entre la actividad delictiva del funcionario en el cometido propio de su cargo y la desarrollada en el terreno privado pero abusando del cargo o función (S. 22 junio).

23. Art. 406... *Asesinato*.—No cabe un asesinato por imprudencia (S. 23 mayo).

Se estima la alevosía, aunque la navaja se cerrase ante un impulso instintivamente defensivo de la ofendida, a lo que no puede reconocerse la estimación de acto de defensa, que requiere acción consciente tendente a destruir la acometida (S. 6 junio).

24. Art. 407... *Homicidio*.—El ánimo homicida queda manifiesto por la situación de violencia de los contendientes, la identidad del arma, y la región vulnerable, tan vital como la del corazón (S. 9 junio).

25. Art. 411... *Aborto*.—Hubo aborto, porque se interrumpió dolosamente el curso normal de la preñez, cualesquiera que sean las circunstancias de edad, viabilidad o de formación regular del embrión o feto (S. 18 junio).

Fué cómplice, pues su intervención se concretó a indicar a la embarazada dónde vivía la persona que podía practicarla el aborto. Pero cooperó con los actos sin los cuales el aborto no se hubiera realizado, quien insiste ante la mujer para que se la practique el aborto y para ello la entrega 900 pesetas (S. 20 junio).

26. Art. 418... *Lesiones*.—Encaja en el núm. 2.º del art. 420 del Código penal, la total o casi completa carencia de visibilidad, sin que sea preciso que el lesionado quede totalmente inutilizado para el trabajo al que hasta entonces se hubiese habitualmente dedicado (S. 1 julio).

Encaja en el núm. 3.º del art. 420 del Código penal, la pérdida de un cincuenta por ciento de audición; pero es de tal importancia esa pérdida que casi puede decirse que encuadraría mejor su calificación en otra modalidad más agravada del delito de lesiones (S. 4 junio).

27. Art. 429... *Violación*.—La desproporción entre los órganos sexuales del recurrente y de la impúber, lleva a la estimación de una tentativa de violación y no a la de un delito imposible, pues el criminal intento pudo consumarse mediante el empleo de una fuerza física productora de gravísimos traumatismos (S. 2 mayo).

Existe el delito de violación del núm. 2.º del art. 429 del Código penal si se yace con mujer que sufre un retraso mental próximo a la idiotez, teniendo reducidas sus facultades mentales a las de tipo vegetativo (S. 11 junio).

28. Art. 430... *Abusos deshonestos*.—Hubo seis delitos de abusos deshonestos, pues cada uno de los seis niños ofendidos es sujeto pasivo de uno de esos delitos. Pero no hubo además delito de escándalo público, pues la trascendencia de los hechos en el barrio y la indignación causada no son diversos de los que produce todo delito de tipo sexual realizado en seres indefensos (S. 16 junio).

29. Art. 431... *Escándalo público*.—Para el delito definido en el núm. 1.º del art. 531 del Código penal, es condición esencial la publicidad del escándalo, o que adquieran los actos inmorales la trascendencia que exige el precepto legal (S. 1 julio).

30. Art. 434... *Estupro*.—Entre las formas de engañar figura la promesa incumplida de matrimonio (S. 23 junio).

Existe el delito del art. 434 del Código penal, pues el procesado, Concejal y Presidente de la Hermandad de Labradores, se constituyó en consejero y apoyo de la familia de la estuprada; ya que no es preciso que las relaciones entre ofensor y ofendida sean directas y circunscritas a sus respectivas personas, sino que basta que se produzcan en un ambiente de tipo local o familiar en que la estuprada no goce de plena libertad moral para rechazar la proposición deshonesta (S. 30 junio).

La irregularidad en el procedimiento quedó convalidada desde el momento en que la perjudicada siendo ya mayor de edad, compareció en el sumario y ratificó la denuncia (S. 13 mayo). O por la intervención del padre, siquiera fuese a los efectos del perdón; y la no aprobación del perdón, no requiere pronunciamiento especial, bastando que oído el Fiscal, se ordene proseguir o se prosiga el procedimiento (S. 23 mayo).

31. Art. 449... *Adulterio*.—Ante el caso de homicidio causado por el marido que sorprende en adulterio a su mujer, se estima que es incompatible la circunstancia de premeditación, porque los actos preparatorios son la acecharza puesta a la mujer para sorprenderla, y difícil sería producir la inmediata muerte o lesiones si no se llevan armas preparadas al efecto; o igualmente la alevosía, porque el acometimiento tendrá que ser rápido e inmediato; y lo mismo la vindicación, porque la venganza del deshonor la tuvo ya en cuenta el art. 428 del Código penal como causa justificativa de la levedad de la pena (S. 4 junio).

32. Art. 457... *Injurias*.—Son injurias graves las expresiones de p... y z... dirigidas a mujer honesta, agregando que durante su noviazgo tuvo acceso carnal con ella (S. 25 junio).

33. Art. 487... *Abandono de familia*.—Los deberes de asistencia correspondientes a la patria potestad y al matrimonio, los puede atender toda persona mientras no demuestre lo contrario, sin que valga para establecer una presunción opuesta la simple declaración de insolvencia (S. 18 mayo).

34. Art. 500... *Robo*.—Fueron independientes del robo dos delitos contra la vida, acaecidos por coincidencia circunstancial en el lugar del hecho, no inspirados por fin lucrativo, sino con el afán de encubrir lo ya ejecutado (S. 18 mayo).

Los dos procesados son autores del robo que ambos planearon, siendo indiferente el que uno entrase en el recinto y otro esperase fuera la recepción de los objetos sustraídos (S. 20 mayo).

35. Art. 514... *Hurto*.—El Cajero que sustrae cantidades de la Empresa, aunque las extraiga de la Caja, no comete apropiación indebida, sino hurto con abuso de confianza (S. 11 mayo).

Existe hurto con abuso de confianza, pues el procesado y su víctima convivían en un piso común (S. 30 junio).

36. Art. 519... *Alzamiento de bienes*.—Precisa que se originen situaciones

de insolvencia completa, o por lo menos de responsabilidades deficitarias (S. 22 mayo).

37. Art. 520... *Quiebra*.—La previa calificación civil de la quiebra es un requisito esencial de procedibilidad, que no coarta la soberanía de la Jurisdicción penal para juzgar la conducta del quebrado. Y así, si bien la circunstancia de que el comerciante no llevara libros, es motivo para declarar mercantilmente fraudulenta su quiebra, no es suficiente para extender esa calificación a efectos penales, pues aquí se requiere que conste o se deduzca al menos, que esa omisión obedeció al propósito del comerciante de defraudar a la masa de acreedores. Y aunque esos actos en el ámbito criminal no se estimen dolosos cual en el mercantil, sí revelan en el comerciante una despreocupación en el cumplimiento de elementales normas comerciales, características de la imprudencia temeraria (S. 13 junio).

38. Art. 528... *Estafa*.—Hay estafa porque la apariencia de bienes inexistentes fué la causa determinante de la entrega del dinero al procesado (S. 2 julio). Y porque se alardeó de una solvencia económica, fingiéndose gerente de una sociedad mercantil inexistente (S. 2 julio).

Pero el engaño tiene que preceder o ser concurrente al acto de prestar el consentimiento al desplazamiento patrimonial en favor del sujeto activo del delito; y no puede confundirse con el incumplimiento aunque sea doloso de un pacto; por lo que no hay estafa si el inquilino conviene con el dueño en desalojar el local percibiendo por ello una cantidad, y luego no lo desaloja, a no ser que se acredite que convino en la resolución arrendaticia con la torpe finalidad de obtener una cantidad del dueño del inmueble (S. 30 junio).

La entrega de un cheque con fecha futura de cobro y con asentimiento del acreedor, priva a ese documento del carácter equivalente a la moneda; y así, para que no constituya estafa, precisa que sea emitido en forma que no pueda realizarse en el acto y esté ausente de toda conformidad el acreedor (S. 6 mayo).

En el acto engañoso de atribuirse el carácter de Agentes de la Fiscalía de Tasas, para incautarse en provecho propio y sin abonar su importe de una cantidad de trigo, no es lícito descomponer el hecho en tantos delitos cuantas sean las personas perjudicadas, pues existe unidad de acción y de propósito (S. 20 junio).

Si el reo para lograr su propósito de lucro defraudatorio, se valió de unos imaginarios documentos oficiales que no consta falsificara él, el uso de tales documentos presentándoles a los perjudicados, no puede constituir además de la estafa, el delito de uso de documentos oficiales falsos del artículo 304 del Código penal, pues no es posible que ese mismo requisito de lucro engendre dos delitos diferentes (S. 2 mayo).

Como no se desprende la existencia de un gravamen real y jurídicamente establecido sobre las fincas, no existe el delito previsto en el párrafo segundo del art. 531 del Código penal (S. 3 junio).

39. Art. 535... *Apropiación indebida*.—Existe, cuando el que recibió el dinero para un negocio, lo hizo suyo, apartándose de lo convenido, y aun cuando aquél negocio fuese ilícito (S. 27 junio).

La apropiación no requiere necesariamente la enajenación de la cosa, sino

que basta su adueñamiento, transformando la posesión legítima en propiedad ilegítima (S. 27 junio).

40. Art. 542... *Usura*.—Queda consumado el delito de usura habitual cuando la pluralidad de contratos de esa índole se perfecciona independientemente de su posterior desarrollo (S. 22 mayo).

41. Art. 546 bis. *Receptación*.—El delito se consuma desde el momento en que el tercero se aprovecha de los objetos sustraídos, y ese aprovechamiento va implícito en el hecho de adquirirlos y quedan a su libre disposición, aunque el pago esté pendiente de cumplimiento y el lucro material no se haya logrado (S. 20 mayo).

La receptación presupone la existencia de un delito contra la propiedad; y no obsta el que no quepa la legal imputación de éste a su autor material por ser menor de edad (S. 12 mayo).

52. Art. 557... *Daños*.—Como los daños se tasaron en 1.200 pesetas, al imponer el grado inferior de la multa del tanto al triplo, la multa que debe establecerse tiene que estar comprendida entre 600 y 1.200 pesetas (S. 30 mayo).

43. Art. 565... *Imprudencia*.—Para el delito de imprudencia son necesarios tres elementos: una acción o una omisión voluntaria no maliciosa; un mal efectivo y concreto y una relación de causa a efecto que ligue la una con el otro (S. 1 junio).

No debe calificarse un hecho de homicidio, lesiones o daños por imprudencia, sino de delito de imprudencia del que resultaron homicidio, lesiones o daños (S. 19 junio). La imprudencia no puede presumirse, sino que ha de estar fundada en bases de hecho (S. 12 junio). No invalida la imprudencia el argumento del recurrente de que, en las plazas, no rigen los preceptos en materia de adelantamiento (S. 26 mayo). En materia penal no es admisible la compensación de culpas (S. 16 junio).

Se aprecia la imprudencia temeraria: Porque no respetó la preferencia de paso y hubo error de cálculo midiendo mal las distancias (S. 20 mayo). Porque se dejó un camión durante la noche aparcado en la carretera sin luces de situación (S. 8 junio). Por marchar a excesiva velocidad por calle de tráfico complejo (S. 23 junio). Porque se cogieron los mandos de la furgoneta, después de ingerir unas copas, para correr una juerga con amigos y prostitutas (S. 1 julio). Porque se causaron daños a la carreta a la que se quería adelantar con el camión, arrimando excesivamente éste a aquélla (S. 2 julio).

La imprudencia temeraria no se degrada a la categoría de simple, porque se haya infringido además algún precepto reglamentario (S. 12 junio).

Se aprecia la estimativa de profesionalidad, pues siendo chófer de profesión, pretendió realizar un adelantamiento a pesar de la presencia de un vehículo que caminaba en sentido contrario (S. 8 junio). Y porque siendo chófer de profesión, caminaba a excesiva velocidad, con carga superior a la capacidad del vehículo, por carretera mojada, con densa niebla y ocupando buena parte de la mitad izquierda de la calzada (S. 2 julio). Pero el texto del párrafo quinto del art. 565 del Código penal no autoriza a extender sus efectos a los conductores de tranvías (S. 13 junio).

El hecho de parar dos autobuses sin dejar espacio suficiente para que

podiera circular coche alguno, si no se castiga como imprudencia simple con infracción de reglamentos conforme a los arts. 44 y 45 del Código de la circulación puede constituir obstaculización del tránsito público, conforme al art. 7.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 (S. 23 junio). La preferencia de paso que establece el apartado *d*) del art. 25 del Código de la circulación, no es absoluta (S. 11 y 16 de junio).

No es responsable del incendio el Ingeniero ni el personal de Obras Públicas, porque la reparación de la carretera se hacía por contrata, y a la Administración sólo corresponde la vigilancia de las obras para que se efectúen con arreglo al contrato, según los arts. 30 y 31 de la ley de Obras Públicas de 1867; y como el contratista no estaba al frente de los trabajos, se estima responsable al capataz (S. 25 mayo).

### LEYES PENALES ESPECIALES

44. *Automóviles*.—Si la conducta se castigó como delito de imprudencia, no puede además estimarse comprendida en la ley de 9 de mayo de 1950 (S. 13 mayo).

Existe el delito previsto en el art. 3.º de dicha ley, si conducía una motocicleta, marca Guzzi, sin poseer autorización, aunque el día anterior hubiese aprobado los exámenes de conductor (S. 27 junio). Pero no existe tal delito, por falta de dolo, si tenía un carnet y con él trabajaba en la creencia de que estaba legalmente habilitado (S. 17 junio).

Existe el delito previsto en el art. 7.º de la ley antes mencionada, si jugaron con piedras y troncos de árboles en la carretera y se retiraron sin preocuparse de si quedaba expedita la vía, lo que ocasionó el accidente a una motocicleta (S. 2 julio).

### LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

45. *Cuestiones prejudiciales*.—La suspensión «sine die» de la acción civil entablada, coloca al procesado en el lugar previsto en el párrafo segundo del artículo 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues tal suspensión equivale al no acudir a los Tribunales en el plazo previsto (S. 23 junio).

46. *Competencia*.—Es competente la Jurisdicción ordinaria, en el caso de colisión entre una motocicleta del Ejército conducida por un paisano y otra motocicleta conducida por persona civil, conforme al párrafo segundo del art. 19 del Código de Justicia Militar (A. 23 mayo).

En los actos de homosexualismo de paisanos con marineros menores de edad, éstos fueron juzgados por delito contra el honor militar, y se declara la competencia de la propia Jurisdicción de la Flota, para conocer de la causa contra paisanos por el supuesto delito de corrupción de menores (S. 22 junio).

Las anomalías de la inscripción de la misma niña en el libro de Bautismos de una población y en el Registro civil de otra, y ambas localidades distintas de aquella en que tuvo lugar el nacimiento, son diferentes conductas que por

los principios de concentración y economía procesal debe ser encomendado su enjuiciamiento a un solo Tribunal (A. 2 julio).

47. *Infracción de ley.*—Al preparar el recurso, ha de decirse cuál de los dos autorizados por el art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se va a utilizar (A. 25 mayo, 9 junio, 2 julio).

No procede contra el auto de la Audiencia que confirma si el del Instructor reputando falta el hecho, pues este auto tiene el mismo valor que el de un sobreseimiento libre del núm. 2.º del art. 637 de la Ley procesal penal, y contra estas resoluciones sólo procede la casación si alguien se encuentra procesado (S. 13 junio). Ni contra los autos que afectan a la responsabilidad civil, pues no son éstos los autos definitivos que se dictan en el curso del procedimiento criminal, sino que afectan al cumplimiento de la responsabilidad civil declarada en la sentencia penal (A. 9 julio).

El derecho de adhesión al recurso ha de estar subordinado a la reclamación principal y, por tanto, no puede impugnarse la resolución recurrida en los extremos que consintió el recurrente (A. 2 julio).

Las certificaciones de defunción revisten el carácter de documentos auténticos únicamente en cuanto acreditan el hecho del fallecimiento y su fecha (S. 2 julio)

48. *Quebrantamiento de forma.*—Son conceptos jurídicos predeterminantes del fallo aquellas expresiones que entran en el ámbito de la técnica penal por haberse valido de ellas el legislador (S. 30 mayo, 11 junio).

Ha de estimarse se cometió un solo delito y no tres, pues se acusó de delito único, y al no plantearse la tesis aclaratoria durante el juicio, sólo podía apreciarse la infracción tripartita si beneficiaba al reo (S. 4 mayo).

Salvo las situaciones previstas en los arts. 655 y 694 de la Ley procesal penal, cabe se aumente la pena autorizada con tal de comprenderse dentro de los límites que la ley señala a cada delito. Y no cabe sostener que mediase acusación de delito menos grave por omitirse la petición de la retirada del carnet de conducción, que aún no era pena accesoria, pues se acusaba de imprudencia temeraria, y así aquella privación del carnet era una medida punitiva aneja a la infracción jurídica de que se acusó (S. 13 mayo).

La proposición de prueba en el sentido de que el Presidente del Colegio de Ingenieros en unión de otro Ingeniero designado por dicho Colegio, emitiesen informe, es propuesta imprecisa que no se ajusta a los términos de la norma legal (S. 12 junio).

La imposibilidad de solicitar pruebas durante la vista, se refiere a la relacionada con las declaraciones de testigos que depusieron en el mismo acto, no a los que depusieron en el sumario (S. 2 julio).

Es preciso consignar a que falta de las comprendidas en el núm. 1.º del artículo 851 de la Ley procesal, se refiere el recurso que se prepara (A. 7 julio).

#### INDICE ALFABETICO

Abandono de familia, 33.  
 Aborto, 25.  
 Abusos deshonestos, 28.  
 Adulterio, 31.

Alevosía, 8.  
 Alzamiento de bienes, 36.  
 Apropiación indebida, 35, 39.  
 Arrepentimiento, 7.

- Asesinato, 23.
- Automóviles, 44.
- Autoría, 14.
- Casación, 47, 48.
- Caso fortuito, 3.
- Causalidad, 1.
- Competencia, 46.
- Cuestiones prejudiciales, 45.
- Daños, 42.
- Deber, 4.
- Delito, 1.
- Edad, 5.
- Enajenación mental, 2.
- Escándalo público, 28, 29.
- Estafa, 38.
- Estupro, 30.
- Exacción ilegal, 21.
- Falsedad, 17.
- Fraude, 22.
- Homicidio, 24.
- Hurto, 35.
- Imprudencia, 43.
- Infracción de ley, 47.
- Injurias, 32.
- Lesiones, 26.
- Locura, 2.
- Malversación, 20.
- Menores, 5.
- Multa, 16.
- Nocturnidad, 10.
- Nombre, 18.
- Premeditación, 9.
- Preterintencionalidad, 6.
- Quebrantamiento de forma, 48.
- Quiebra, 37.
- Receptación, 41.
- Reincidencia, 12.
- Reiteración, 11.
- Responsabilidad civil, 15.
- Robo, 34.
- Salud pública, 19.
- Sexo, 13.
- Uso de nombre, 18.
- Usura, 40.
- Violación, 27.

# Cómo es la nueva penitenciaría de México.

Por el Dr. J. J. GONZALEZ BUSTAMANTE  
Catedrático de la Facultad de Derecho

### I

Recientemente hicimos una visita al nuevo edificio penitenciario construido por el Departamento del Distrito en la región de Santa María, situada en el camino que conduce de Ixtapalapa a la bifurcación con la carretera de Puebla. Nos acompañamos en nuestra visita por el profesor de la Universidad de Illinois, F. O. Parr, experto en Sociología y en cuestiones criminológicas, y por los Licenciados Héctor Solís Quiroga y René González de la Vega. Galantemente atendidos por el señor arquitecto don Ramón Marcos, especialista en Arquitectura carcelaria, contemplamos el rápido progreso que ha alcanzado México en materia penitenciaria. La superficie ocupada en la actualidad por la nueva Penitenciaría es de 110.000 metros cuadrados y las unidades de que consta se encuentran distribuidas convenientemente en amplios espacios que revelan los conocimientos que posee en la materia su constructor y diseñador y el cuidado que se puso para dotar al Distrito Federal de un establecimiento modelo en su género. Hay, además, 300.000 metros cuadrados en la periferia que serán destinados a la creación de pequeñas industrias agrícolas, con el propósito de que el penado que sea de procedencia campesina no rompa de un tajo el género de labores a que se dedicaba antes de su detención.

Los servicios generales son excelentes y se ha cuidado de hacer una acertada distribución. Según informes proporcionados por el arquitecto Marcos, la nueva Penitenciaría puede tener un cupo elástico de 1.250 a 2.000 reclusos. Cuenta con un tanque de almacenamiento de agua para 150.000 litros y un depósito adicional de 1.000.250 litros; un amplio local destinado a los servicios de cocina con suficientes utensilios para la confección de los alimentos y con amplios refrigeradores, anexos al almacén destinado a los alimentos. Posee una lavandería y una planchaduría suficientemente dotadas, con la finalidad de que la ropa de los reclusos se cambie dos veces por semana. Un local destinado a la panadería, con todos los adelantos modernos, que permitirá surtir a la población penal y atender otras necesidades de diversas dependencias oficiales. En la planta baja se han instalado amplios tanques para el combustible, con tres calderas para el calentamiento, que permitirá mandar el agua templada a las unidades de reclusión a una temperatura correcta para proveer el aseo de los reclusos. Existe además un servicio de ropería general, perfectamente dotado, y una planta eléctrica de emergencia que se pondrá en servicio cuando falte flúido de la Compañía de Luz y Fuerza Motriz. Una sección destinada a comedor de los empleados, con mobiliario moderno y con amplios claros de luz.

Para atender los servicios de observación y diagnóstico, la sección médica está dotada de una magnífica cámara de Hessel; cuatro consultorios destinados al examen médico de los reclusos, y con gabinetes para la farmacia, servicios dentales, otorrinolaringología, laboratorios para análisis clínicos, etc. Los servicios médicos están provistos del material quirúrgico indispensable, y la farmacia, de los productos medicinales que son necesarios. Una oficina destinada al jefe del Servicio Médico; otra, al Archivo; una más, al Laboratorio para el desarrollo de los trabajos psicoterápicos. Existen además los servicios de electroencefalografía, cámara de rayos X, interpretación radiológica. Un departamento destinado a la práctica de operaciones quirúrgicas de urgencia y otra a la cirugía menor para operaciones ligeras. Modernos aparatos de esterilización, anestesia, etc. En una de las secciones de la unidad se encuentra el hospital, convenientemente dotado, distribuido en secciones de seis camas cada una, haciendo un total de 50 camas. Cuenta con departamentos independientes para enfermeras, baños, sanitarios debidamente amueblados; cocina de emergencia para el sanatorio, tizanería: cuartos sépticos; servicios sanitarios para el personal médico y de enfermeras y para los enfermos, consultorio psiquiátrico, departamento de oftalmología y un amplio "solarium" para los convalecientes, con las debidas seguridades para evitar las fugas.

En una de las alas del edificio existe una amplia explanada que se destinará, según informaciones adquiridas, a servicios religiosos. Desde que Martínez de Castro elaboró el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1871, tuvo en cuenta el factor religioso para elevar la moral del penado y *propuso* que se establecieran dichos servicios en la exposición de motivos de dicho Código. Como existe libertad de cultos, se autorizará la celebración de prácticas religiosas de todos los ritos, distribuyendo el horario en que deban tener lugar, a fin de no interferir el desarrollo de los diversos cultos.

## II

En 1897, el Congreso de la Unión autorizó al Ejecutivo Federal para que por conducto de las diversas Secretarías de Estado reorganizara los establecimientos penales del Distrito, determinando las autoridades que debían tenerlos a su cargo y los fondos con que habían de atender a sus necesidades. Como consecuencia, el Presidente de la República, por Decreto de 13 de diciembre del mismo año, en vísperas de la inauguración de la Penitenciaría de Lecumberri, señaló los establecimientos penales de detención y de reclusión y estableció que en la Penitenciaría sólo se diese albergue a los condenados a prisión extraordinaria y a los reincidentes, así como a los condenados a pena privativa de libertad que expresamente señalaran los reglamentos. La Cárcel de Belem, que hasta el triunfo de la República fuera un convento de monjas, se convirtió en Cárcel General en que permanecían mezclados, promiscuamente, los procesados, los sentenciados y hasta los menores de edad que habían infringido las leyes penales. El Reglamento General de los establecimientos de reclusión lo expidió el Presidente de la República el 14 de septiembre de 1900 para que rigiera cuando se inaugurase la nueva Penitenciaría. En la misma fecha se expidió el Reglamento para la Penitenciaría de México, que ha estado vigente desde entonces, sin que se

hubiese observado de una manera estricta, porque poco tiempo después, la Penitenciaría albergó a delincuentes políticos o reos del orden militar, como los generales Félix Díaz y Francisco Villa. Una de las crujías sirvieron para alojar a los diputados de la XXVI Legislatura, cuya disolución acordó el general Victoriano Huerta. Al desaparecer la Cárcel de Belem se agudizó el problema de cupo en el edificio de la Penitenciaría, con constante violación de lo prevenido en el artículo 18 de la Constitución Política de 1917, que establece que el sitio destinado a prisión preventiva debe ser distinto de aquel en que se extingan las penas y estará completamente separado. Al solemnizarse el Primer Centenario de la Constitución Política de 1857, se dió cumplimiento al precepto invocado, que preocupó hondamente a Ponciano Arriaga, Guillermo Prieto, León Guzmán, Ignacio Luis Vallarta, José María Mata y otros connotados patricios que clamaron en el Congreso por que se estableciese en México el sistema penitenciario y se dejara de matar sin misericordia, como era frecuente durante el régimen Santanista. Del Reglamento Penitenciario de 1900 a nuestros días media una gran distancia. Las cárceles no eran sino un hacinamiento de reos, sin ningún plan científico, y, lamentablemente, lo siguen siendo en muchas partes del país: aún encontramos confundidos en el mismo establecimiento de reclusión a los enfermos mentales que han delinquido, y que por lo mismo sin inimputable y debe aplicárseles medidas de seguridad, con los delincuentes sanos, y, lo que es más grave, a los menores revueltos con sujetos avezados al delito por sus constantes recaídas. En la vieja Penitenciaría no fué el trabajo el medio para la redención del penado. El polígono servía para observar y vigilar a los reclusos que bullían como fieras enjauladas ante la presencia de su domador.

El nuevo establecimiento de reclusión cuenta con talleres amplios, bien soleados para que sea una realidad lo que previene el invocado artículo 18 constitucional, que impone a los Gobiernos de la Federación y de los Estados la organización, en sus respectivos territorios, del sistema penal, basado en colonias penitenciarias o presidios, teniendo como base el trabajo como medio de regeneración. Este mandamiento ha sido letra muerta en la capital y en muchos Estados del país. Los delincuentes vegetan en el ocio más absoluto, encerrados en celdas que semejan cubículos, y ha sido mínimo el coeficiente de trabajo desarrollado por los reclusos y máximos los cuantiosos gastos que tienen que erogarse para el sostenimiento de los establecimientos penales. La nueva Penitenciaría de Santa Marta cuenta con talleres de sastrería, panadería, cocina, zapatería, imprenta, carpintería, mecánica general, mecánica de automóviles, herrería y otras actividades, y puede dar cabida, por su amplitud, a trabajadores en una proporción de seiscientos a setecientos reclusos. Es pertinente observar que los talleres, por contar con amplia visibilidad, permiten vigilar convenientemente el trabajo que se desarrolla, y que como se encuentran separados entre sí, permiten tener un absoluto control por parte del personal de vigilancia y darse cuenta perfecta de la conducta observada por los reclusos.

### III

Inscrito en nuestra Carta Magna se encuentra el principio de que el trabajo debe ser la base para la regeneración del penado, y el Código Penal en vigor, al

reproducir el mismo principio, establece que debe procurarse la industrialización de los establecimientos penales y fomentar el espíritu de cooperación entre los detenidos. Dictada la sentencia condenatoria, es del resorte del Ejecutivo Federal hacerla cumplir por medio del órgano técnico señalado en la Ley, que en el Distrito Federal es el Departamento de Prevención Social, dependiente de la Secretaría de Gobernación. Puede decirse que el artículo 78 del Código Penal ha sido letra muerta porque no se ha cuidado de darle cumplimiento. Dicho precepto dispone que "en la ejecución de las sentencias y medidas preventivas, dentro de los términos que en éstas se señalen y atentas las condiciones materiales existentes, el Ejecutivo aplicará al delincuente los procedimientos que se estimen conducentes para la corrección, educación y adaptación social de éste, tomando como base de tales procedimientos: 1.º La separación de los delincuentes que revelen diversas tendencias criminales, teniendo en cuenta las especies de los delitos cometidos y las causas y móviles que se hubieren averiguado en los procesos, además de las condiciones personales del delincuente. 2.º La diversificación del tratamiento durante la sanción para cada clase de delincuentes, procurando llegar hasta donde sea posible a la individualización de aquélla. 3.º La elección de medios adecuados para combatir los factores que más directamente hubieren concurrido en el delito, y la de aquellas providencias que desarrollen los elementos antitéticos a dichos factores; y 4.º La orientación del tratamiento en vista de la mejor orientación del delincuente y de la posibilidad, para éste, de subvenir con su trabajo a sus necesidades." Es la oportunidad que al iniciarse la vida penal en la nueva Penitenciaría se proceda a dar cumplimiento a lo que dispone la Ley, haciendo que el trabajo sea un factor —no el único— para el correcto tratamiento del penado y que se haga una adecuada separación de los delincuentes, según las tendencias criminales que revelen, procurando que no se mantengan reclusos en la misma unidad a los delincuentes primarios con los reincidentes o habituales; a los homicidas con los delincuentes sexuales; a los defraudadores con tendencias criminales con los acusados de pequeñas raterías. El trabajo fabril no ha de ser el único género de actividades a que se dedique el recluso. Si éste proviene del campo y sus labores han sido agrícolas, deben existir campos adecuados para el cultivo: pequeñas hortalizas, con la finalidad de que se evite que al recluso que ha trabajado en el campo se le rompa su núcleo de trabajo.

Otro factor esencial para el tratamiento del penado es la escuela. El nuevo establecimiento penitenciario cuenta con tres aulas para la enseñanza primaria, pero es de recomendarse que se prefiera a profesores especializados en pedagogía carcelaria que no se concreten exclusivamente a impartir sus conocimientos, sino a observar el comportamiento seguido por el recluso, sus reacciones, el grado de su aprovechamiento en las aulas, etc. La saludable influencia de dichos pedagogos hacia sus educandos se complementa por la observación y vigilancia del personal auxiliar de las prisiones, que por su constante contacto con el recluso permite lograr excelentes resultados.

En la actualidad, la nueva Penitenciaría carece de gimnasio donde los penados desarrollen sus prácticas deportivas. Indudablemente que pronto se darán los pasos para que sea instalado. En cambio, cuenta con amplios campos para fútbol, base-ball, basket-ball, etc., desde donde se puede admirar la magnificencia

de la Naturaleza. El auditorio cuenta con cuatrocientas butacas proyectables: amplio, bien ventilado y con cómodos medios para que el salón sea desalojado con rapidez.

La biblioteca cuenta con cincuenta lugares, pero puede albergar a mayor número de asistentes. Es digno de mencionarse el locutorio: la sección de admisión de los visitantes; el departamento de visitas comunes, separadas por redes de alambre que permiten comunicarse con los reclusos, pero que evitarán que se les introduzcan objetos de uso prohibido. Las oficinas de manejo técnico y las que se refieren a la administración de los talleres, abastos, correspondencia, control de empleados, servicio médico destinado a los empleados, etc. Para las visitas conyugales se cuenta con cuarenta y ocho cuartos, distribuidos en dos alas y con el espacio suficiente para la comodidad de las personas que los ocupen.

#### IV

Las unidades de reclusión con que cuenta la nueva Penitenciaría son cuatro. Cada una tiene capacidad para alojar, aproximadamente, a trescientos reclusos, con excepción de la última que tiene celdas individuales y albergará hasta ciento cincuenta penados. Tiene cada unidad ocho secciones distribuidas en dos pisos, y cada sección cuenta con doce celdas: cada celda, con una litera y una cama adicional, donde pueden albergarse hasta tres reclusos, o sea que una sección puede dar cabida a treinta y seis personas. Asimismo, cada celda cuenta con los servicios sanitarios (lavabo y W. C.). Cada unidad cuenta con veinticuatro regaderas y cuatro de presión, lo que permitirá que el aseo personal de los reclusos se haga con frecuencia. En el primer piso de cada unidad se encuentra el comedor, siendo de observar que los reclusos de cada unidad tomarán sus alimentos en la unidad a la que pertenecen, en pequeñas mesas convenientemente repartidas. Según informes que obtuvimos, cada unidad tiene tres mil metros construidos en dos pisos y cuenta con una superficie de mil novecientos metros.

Es sabido que en el Derecho Romano no se consideró la prisión como una pena, sino como un medio de aseguramiento de la persona a quien había que imponer una corporal, o sea producirle un sufrimiento físico; que durante la Edad Media y en la época moderna las cárceles no fueron instituciones creadas por el Estado ni tenían características arquitectónicas especiales. Como existía la prisión por deudas, los señores feudales y los nobles poseían sus cárceles propias, que, generalmente, eran los fosos del castillo. La sustitución de las penas corporales, como el saetamiento, la crucifixión, desaparecida desde la época de Constantino; el empalamiento, los azotes, los palos y la muerte, se debió a la labor emprendida por los Padres de la Iglesia, y es hasta el siglo XVIII cuando se inician los primeros experimentos sobre arquitectura carcelaria. En Amsterdam, los protestantes establecen una cárcel para mujeres haciendo depender su reforma moral del trabajo y de las prácticas religiosas. En 1703, el Papa Clemente XI construyó la famosa Prisión de San Miguel, en Roma, destinada a reos jóvenes, y tiempo después se construye la Prisión de Gante, que es el modelo que adopta el sistema de partido radial. Juan Howard, nacido en los alrededores de Londres, es el creador del sistema penitenciarista que constituyó la base de los sistemas penitenciarios modernos; es el iniciador de la reforma carcelaria

en Europa, como Beccaria es el creador de la corriente humanitaria en el Derecho penal. Prisionero de los piratas, que lo capturaron cerca de Brest, siente en su propia entraña los rigores y crueldades de las prisiones antiguas. Más tarde ocupa un puesto modesto como juez de paz en Inglaterra, para morir en Rusia, víctima del tifus exantemático que adquirió en una de las cárceles que visitaba. Howard concibe la separación celular, que describe en su célebre libro "El estado de las prisiones en Inglaterra". Al lado de Jeremías Bentham, que crea una planta racional de cárcel, basada en el sistema de separación celular y trabajo obligatorio, da nacimiento a la concepción arquitectónica llamada "Pan-óptica", que permite una mejor vigilancia sobre el recluso. Es Bentham, cuyo nombre figura entre los secuaces de la escuela clásica, el precursor de los estudios sobre prevención de la delincuencia, que se apoya en la necesidad de descubrir y combatir las causas del delito, considerando que es la ciudad la que, en gran medida, origina el vicio.

Los estudios de Howard y de Bentham dan origen a los sistemas penitenciarios norteamericanos, de tipo uniforme, de Filadelfia y Nueva York (Auburn), en que participa preferentemente Benjamín Franklin. Ambos tienen como común denominador el aislamiento celular, que hizo decir a Enrique Ferri que era "la mayor aberración del siglo XIX", y en tanto que el filadélfico lo imponía en forma total, durante el día y durante la noche (solitary system), el de Nueva York sólo lo exigía en la noche, en celda individual, permitiendo que durante el día el recluso conviviera con sus compañeros, sujeto a la ley del silencio en el trabajo (silent system). Después apareció el sistema progresivo de Crofton, que rompe con el aislamiento celular absoluto y sirve de modelo a los franceses de Beaumont y Tocqueville, al alemán Mittermaier y al belga Ducepetiauz, hasta llegar a nuestros tiempos en que el aislamiento celular total y continuo está proscrito y sólo se emplea en casos excepcionales.

## V

Descrita a grandes detalles lo que es la nueva Penitenciaría de México, en cuanto a sus instalaciones materiales, nos resta expresar lo que a nuestro entender debe hacerse para su correcto funcionamiento. En primer término, la expedición de una bien meditada Ley de Ejecución de Sanciones, para lo cual se cuenta con excelentes modelos, como la Ley de Ejecución de Sanciones para el Estado de Veracruz, de 22 de diciembre de 1947, expedida por el entonces gobernador del Estado, don Adolfo Ruiz Cortines; el Anteproyecto de Código de Ejecución de Sanciones para el Estado de la Baja California, redactado por el penalista Celestino Porte Petit; y entre los ordenamientos extranjeros de necesaria consulta, la Ley de Ejecución de Sanciones vigente en la República de Cuba, redactada por los doctores Armando M. Raggi e Israel Castellanos; el Anteproyecto de Código de Ejecución Penal de la Provincia de Buenos Aires, de 5 de octubre de 1950, convertido posteriormente en Ley; el Anteproyecto del doctor Luis Cova García y el Anteproyecto de Código de Ejecución de las Penas y de Reeducción Social para la República del Ecuador.

Si el Estado quiere luchar con éxito contra la delincuencia, no es suficiente con que al recluso se le prive de su libertad y se le mantenga en encierro el

tiempo que dure su condena, para volverlo después a la vida social, quizá más degenerado que como entró. A partir de su ingreso, debe ser objeto de un estudio criminológico en su triple aspecto, médico, pedagógico y sociológico, con el objeto de formular el diagnóstico y proceder a su tratamiento. El Estado tiene, bajo su responsabilidad, que proveer a su educación y habituarlo al trabajo, a la disciplina y al orden. En esta primera etapa que constituye el período de observación, se procura reunir los datos antropológicos, psiquiátricos y clínicos para conocer cuál es el origen y la causa próxima del delito; cuál es el estado físico, funcional y mental del delincuente y cuál su valor social y profesional. En este período, que será limitado en el tiempo, el recluso, por razón del estudio que se realiza en su persona, permanecerá en un semiaislamiento y no podrá recibir visitas del exterior.

En algunos Códigos extranjeros, como el ecuatoriano, el régimen empleado es de carácter progresivo, con la siguiente trayectoria: período de aislamiento y observación, que, como en el Código de Ejecución veracruzano, no podrá exceder de treinta días; período de tratamiento, período prueba, período de disciplina atenuada y de reeducación social.

El Código de Ejecución Penal del Estado de Veracruz sólo comprende dos períodos: el de observación y el de seriación. En éste, los reclusos son alojados en salones colectivos, teniéndose en cuenta su origen, su procedencia rural o urbana, su educación, su grado de instrucción, si son delincuentes primarios o reincidentes, así como el tiempo que debe durar la condena, para destinarlos al trabajo más conveniente, que puede ser el taller o en labores agrícolas, según sea su procedencia. La seriación debe mantenerse, tomando como normas las recomendaciones de Vaerveck, a fin de impedir que los reclusos que trabajen en diferentes talleres o en campos agrícolas distintos se mezclen entre sí. Lo mismo debe hacerse con las faenas escolares.

El período de tratamiento, como hemos dicho, debe basarse en el trabajo, en el régimen educacional y en el disciplinario, distribuyendo las horas del día para que el recluso se encuentre siempre ocupado en las labores fabriles o agrícolas a que se le destine; asista a la escuela, a la biblioteca y a otras actividades culturales; conserve su salud concurriendo a los ejercicios deportivos y en las horas de asueto se ocupe de aquellas que eleven su nivel espiritual.

Ante todo, es imprescindible que para proceder al tratamiento pase por el período de observación, y de acuerdo con el estudio criminológico que se le formule se fije el género de ocupaciones que debe observar.

El tercer período es el puente que se tiende para su liberación, en que el recluso, en atención al comportamiento que ha observado, a sus hábitos de trabajo, a su sentido de solidaridad y a los adelantos adquiridos en la escuela se hace acreedor a las consideraciones accesibles para aquel que se ha regenerado y está en aptitud de disfrutar de la libertad condicional o preparatoria. En este período es de inestimable valía la labor que desarrollen las trabajadoras sociales respecto a la conducta observada por el liberado, que vuelve al seno de la sociedad como un convaleciente que requiere solícitos cuidados para evitar que caiga nuevamente en el abismo del delito.

## VI

Durante el gobierno del Presidente Alemán, la Universidad Nacional Autónoma de México y el Departamento del Distrito, de consuno, patrocinaron la creación de la Escuela de Capacitación del personal auxiliar de las prisiones, figurando como directora la doctora Victoria Kent, actualmente al servicio de las Naciones Unidas. La finalidad que se perseguía entonces era liquidar para siempre al tradicional carcelero, arbitrario y despótico, que se imponía al recluso por medio de la violencia y del terror. Aún nos tocó presenciar en fecha no lejana cómo en el interior de la Penitenciaría del Distrito se golpeaba despiadadamente a un infeliz penado, a pesar de la disposición terminante que consigna el artículo 22 de la Constitución Federal, que prohíbe las marcas, los azotes, los palos y el tormento de cualquiera especie. Eso establece la Carta Magna, pero la realidad es otra: al recluso debe hacerse sufrir para que el sufrimiento sirva de expiación al delito cometido; debe explotársele para que sean sus familiares quienes experimenten la trascendencia de la pena; debe encerrársele, como bestia feroz, en celdas que parecen jaulas, como si fueran leones de circo, con paredes de acero, barrotes y complicados sistemas de cierre, porque, de otra manera, la vindicta pública no está satisfecha. Por supuesto, que los delinquentes de notoria peligrosidad deben quedar sujetos a tratamientos distintos y reclusos en pabellones de máxima seguridad; de ningún modo los reclusos deben vivir promiscuamente. Héctor Solís Quiroga, con agudo ingenio, apuntaba durante nuestra visita: ¿Y los delinquentes homosexuales, dónde van a ser alojados? ¿Los enfermos mentales, actualmente reclusos en la prisión de Lecuberry, van a convivir en la nueva Penitenciaría con los sentenciados que disfrutaban de salud mental? Según estudios realizados por el profesor Callender, secretario de Investigaciones de la Asociación Nacional de Cárcenes en los Estados Unidos, el 30 por 100 de los reclusos no requiere o requiere pocas medidas de seguridad; el 60 por 100 las reclama en forma limitada, y sólo un 10 por 100 las demanda en forma máxima. A su vez, Alfredo Hopkins, considerado como una autoridad en materia penitenciaria, divide la población carcelaria normal como sigue: un tercio son reincidentes incorregibles, sin esperanza de reforma; otro tercio son retardados mentales y defectuosos psíquicos casi incurables, y el último tercio es gente normal y responsable. A su vez, Edgard G. Doll, director de Clasificaciones en la prisión de New Jersey, presenta el siguiente cuadro: La clase mejor y más aprovechable es la de reclusos susceptibles de mejoramiento por medio del trabajo y de la educación. Seres que han cometido equivocaciones, pero que no tienen resentimientos con la sociedad; en su generalidad, son inteligentes en mayor o menor grado, son dóciles a la disciplina, de buena voluntad e industriosos; en una palabra, tienen personalidad. La clase que puede reputarse más peligrosa por sus tendencias criminales es la de aquellos que están convencidos de que la sociedad se las tiene que pagar: el delito para ellos es una profesión; tienen prontuarios policiales, conocen la jerga del hampa, son ociosos, adictos a las drogas o alcohólicos crónicos. Otro grupo está constituido por delinquentes defectuosos mentales, como los esquizofrénicos con taras constitucionales, epilépticos, semidementes. Los integrantes de este grupo son

susceptibles, celosos, descontentos, inestables, inquietos y temperamentalmente se encuentran fuera de quicio, aun cuando pudiera encontrarse a individuos cuyo nivel de inteligencia es relativamente alto, si se le compara con otros penados. El cuarto grupo está constituido por reclusos subnormales, donde se comprenden los retardados mentales o sujetos de bajo nivel de inteligencia, cuyos móviles para llegar al delito son más bien atribuidos a mentalidad rudimentaria, a sugestibilidad más que a actitud hostil hacia la sociedad: son los súcubos y los incubos, de que tanto se han ocupado los criminólogos, y que por su debilidad innata no se adoptarán a las normas que establece la sociedad sino a base de un gran esfuerzo educativo.

Debe reconocerse que la nueva Penitenciaría, por su ubicación, se ajusta a las recomendaciones de los penitenciaristas. "Es la ciudad la que en gran parte origina el vicio. Llevar al recluso al campo es darle el mayor posible beneficio, mediante un cambio de ambiente" —ha dicho Hopkins—; el sitio debe estar en un lugar alto, bien drenado, con una ilimitada abundancia de agua y a una distancia de 15 a 25 kilómetros de la ciudad.

## VII

Las autoridades encargadas de la ejecución de las penas en la nueva Penitenciaría deben proceder al restablecimiento de la Escuela de Capacitación del personal auxiliar de las prisiones, cuyos miembros, por su diario contacto con los reclusos, constituyen una eficaz colaboración para su tratamiento. La Escuela creada por la Universidad Nacional en la prisión de Lecumberri desapareció, no porque su sostenimiento implicase fuertes erogaciones, sino más bien para que no se descubrieran las lacras que existían. Exigir como únicas condiciones para ser celador del nuevo establecimiento penitenciario que el aspirante demuestre que ha terminado la instrucción primaria superior y que por su estatura y complexión física esté en condiciones de inspirar respeto, es el más craso de los errores: si se ha dado un paso definitivo en cuanto a instalaciones que según cálculos aproximados asciende a la suma de 45 millones de pesos aun cuando se asegura que la nueva Penitenciaría, con las dotaciones que tiene, le cuesta al pueblo 60 millones de pesos, es una lástima que se principie mal poniendo al frente del establecimiento a personas impreparadas, ayunas en conocimientos criminológicos y penitenciarios que en poco tiempo se verán impelidas por la marejada de las corruptelas, para convertir al nuevo establecimiento en una prisión más, con las mismas características malsanas de las que ya existen en el país. La clasificación y la separación de los reclusos constituye el primer problema al que tienen que enfrentarse las autoridades penitenciarias; y para obtener éxito no es suficiente con que haya personas bien intencionadas. El coronel Montesinos, primer penitenciarista español, convirtió a la cárcel de Valencia en un establecimiento modelo, en un tiempo en que ningún interés despertaba el tratamiento de los reclusos, y recientemente, en la inhóspita Tierra del Fuego, Roberto Pettinato logró enderezar lo que constituía una vergüenza para la nación argentina por el grado de anarquía que había privado en Ushuaia, al extremo que los reclusos eran los que mandaban y las autoridades obedecían.

La nueva Penitenciaría con sus cuatro secciones, separadas entre sí, marcha de acuerdo con la moderna técnica en materia de arquitectura penitenciaria. Adopta el partido de Espina, que es a manera de un doble peine y que sustituye al sistema radial o panóptico que sirvió de modelo a la Penitenciaría de Lecumberri. Su creador fué Jeremías Bentham, y los presos se encuentran distribuidos en un octágono con un patio central, del cual radian los pabellones o crujías y los talleres de trabajo, que permiten, aparentemente, una mayor vigilancia desde el polígono, y que tiene como antecedente la cárcel de Gante, en Bélgica, construída en 1773, y la Penitenciaría de Filadelfia, construída por Haviland.

El partido de Espina, acogido por el arquitecto Marcos, tiene su remoto antecedente en la prisión de Fresnes, en Francia, en que su constructor rompe definitivamente con el partido radial, tan en boga, y los pabellones celulares son dispuestos paralelamente entre sí y perpendiculares a un corredor central común o espina con la mejor orientación, que permite que las celdas se encuentren suficientemente soleadas y aireadas por el Oriente y por el Poniente. En la nueva Penitenciaría se prefirió adoptar el modelo de las celdas internas, combatidas hace tiempo en los congresos penitenciarios, a fin de no producir en el penado el efecto psicológico de que se encuentra frente a las rejas como alimaña enjaulada. Probablemente influyó en esta adaptación las observaciones hechas en la cárcel norteamericana de Sing-Sing preservando la posibilidad de evasiones.

El partido de Espina, corriendo sus ejes longitudinales de Norte a Sur, los costados de los mismos miran al Este y al Oeste, y las celdas de los reclusos, si hubiesen sido externas, habrían recibido suficiente sol por la mañana y por la tarde, lo que no sucede, con la misma plenitud, tal como fueron construídas.

En cuanto al cupo de la población penal, consideramos que no debe exceder de unos mil reclusos. La tendencia moderna es la de construir establecimientos penitenciarios con un mínimo de doscientos cincuenta reclusos y un máximo de mil, divididos en sección de mínima seguridad, de máxima seguridad y normales. A tiempo se puede hacer la distribución conveniente, poniendo a los peligrosos, previa observación y clasificación, en celdas individuales durante la noche, con la suficiente vigilancia que ameritan,

## VIII

Un aspecto que merece estudiarse con detenimiento es el que se refiere al problema sexual en la nueva Penitenciaría de México. Cercano a la oficina de admisión, se encuentra el local destinado a locutorio, separado por una malla de alambre, a través de la cual los visitantes podrán hablar con los penados. En otro departamento se halla la sala de visitas, dotada de suficientes butacas, aproximadamente cuatrocientas, donde las mujeres que van a visitar a sus esposos podrán permanecer con sus hijos pequeños o dejar a éstos solos, si previamente han solicitado la visita conyugal. Hubiera sido preferible colocar a los menores que acompañan a las mujeres visitantes en pequeños jardines o en campos destinados a juegos infantiles, con el objeto de evitar la curiosidad morbosa que necesariamente tendrá que existir por la proximidad de la sala de visitas con los pequeños cuartos destinados a la visita de los cónyuges.

El problema sexual en las prisiones ha sido objeto de acalorados debates entre psicólogos y penitenciaristas, entendiéndose por éste "como la situación producida por el apartamiento de hombre y mujer, supuesto que la conjunción del uno con el otro es lo normal dentro del orden natural". Hasta hace pocos años el psicoanálisis ha permitido descortinar la cortina que en nuestra niñez constituía un tabú sobre los temas sexuales, con los valiosos estudios de Freud, Adler y Zwing, devolviéndoles su ingenua naturalidad que caracteriza a las demás funciones fisiológicas.

Hoy en día disfrutamos de una bibliografía copiosa sobre este tema, que parece no agotarse nunca, y en América, el ilustre maestro antillano don José Agustín Martínez, presidente del Instituto Nacional de Criminología de la República de Cuba, aún se ocupa del tabú sexual, según lo refiere el reputado criminólogo desaparecido don Constantino Bernaldo de Quiroz. En efecto, al exponer sus puntos de vista como miembro del Grupo de Expertos en Criminología de las Naciones Unidas, en el mes de agosto de 1949, ha escrito lo siguiente: "No pudimos obtener, a pesar de nuestro esfuerzo, que el Grupo adoptara una posición firme y definida en relación con el problema sexual de los presos. Mister Sanford Bates, de los Estados Unidos de Norteamérica, dijo que el problema podía agudizarse en Sudamérica, pero no en los países anglosajones; contestamos que el problema sexual no tenía nacionalidad ni fronteras, ni dependía de la raza ni siquiera de la educación, y cité en mi apoyo autoridades norteamericanas como la de Warden Lewis, de Sing-Sing, y la de los esposos Glueck, según las cuales el porcentaje de los homosexuales en las prisiones americanas es el más alto del mundo. Mister Bates, batiéndose en retirada, afirmó que la solución era quizá posible para los presos casados, pero no para los solteros. Combatimos este prejuicio preguntando si era preferible una relación sexual entre personas del mismo sexo al comercio sexual normal con persona diferente, Mister Bates contestó que, en su opinión, era preferible no hablar de este asunto, porque jamás se conseguiría que los hombres de ciencia anglosajones se pronunciaran en favor de una tesis que calificó de atrevida. Terció en la discusión el doctor inglés Carroll, para colocarse resueltamente de nuestro lado, y dijo que en las prisiones inglesas, en las que tiene una amplia experiencia, el problema presenta caracteres realmente alarmantes, y se pronunció en favor de una declaración favorable en el sentido propuesto por nosotros. El profesor Donnedieu de Vabres (que figuró como presidente del Tribunal que juzgó a los criminales de guerra, ameritadísimo catedrático de Derecho penal de la Universidad de París, fallecido hace pocos años) se inclinó a la tesis por nosotros propuesta, aunque con ciertas reservas; el doctor Kumarappa y el profesor Sallin parecían colocarse al lado de Bates; *no tengo dudas de que, al final, hubiéramos obtenido la victoria, pero hasta aquel momento las discusiones habían sido decididas por unanimidad de votos y no quisimos romper el ritmo cordial de la asamblea exigiendo un pronunciamiento categórico en un sentido o en otro. La proposición fué presentada por nosotros; redactada de la manera siguiente y su resolución aplazada para la próxima reunión del Grupo.*"

## IX

Las conclusiones a que llegó el Grupo de Criminólogos presididos por el maestro don José Agustín Martínez, en lo que se refiere al problema sexual en las prisiones, fueron las siguientes: "1.º El problema sexual en las prisiones es uno de los más importantes y cuya solución interesa a todos. 2.º Es innecesario remarcar que si este problema pudiera ser resuelto, la vida de las prisiones adquiriría un tono normal y moral superior al actual. 3.º Los efectos de la continencia forzosa se traducen en trastornos graves en el organismo del individuo y en su psiquismo. Contribuyen al desarrollo de los vicios contra natura, de la sodomía, de la masturbación y de otros igualmente reprochables. 4.º En su consecuencia, el Comité recomienda: Que la atención de todos los Gobiernos de las Naciones Unidas sea llamada hacia la resolución del problema sexual de los prisioneros de ambos sexos."

Glosando la conclusión anterior, don Constancio Bernaldo de Quiroz pregunta, ¿puede la ley, al imponer una pena de privación de libertad, privar, a la vez, al condenado a ella, de una de sus funciones orgánicas, como es la función sexual, desviándola hacia las inversiones sexuales, siendo que los regímenes penitenciarios modernos tienden a satisfacer, y con largueza, todas las demás necesidades orgánicas de los reos, proporcionándoles aire, alimentos, sanidad, deportes y asistencia médica? ¿Por qué, además, si uno de los caracteres precisos para la justicia de las penas es la de la personalidad de éstas, o sea que sus efectos sólo pueden recaer sobre aquel a quien han sido impuestas, por qué la imposición de una castidad forzada al cónyuge, a que otro ser de sexo contrario con quien comparte la función fisiológica en que la vida se renueva, se abstenga de tal función? ¿Cómo justificar esta posición aberrante que puede impulsar al cónyuge a la infidelidad o al adulterio? Y, agregamos nosotros: ¿No es en estas condiciones la pena trascendente desde el momento en que se impone al recluso una total abstinencia, y no es cierto que aquellos países que actualmente practican el abstencionismo son los mismos que, según las estadísticas, arrojan el mayor coeficiente de homosexualidad? Para frenar la libido se han adoptado en las prisiones regímenes de alimentación, trabajo, deportes, empleo de algunas drogas, pero el problema sigue en pie. México lo ha resuelto desde hace tiempo, y con ello ha dado un paso definitivo, antes que otros países del Continente lo hicieran.

En la República Argentina, cuando desempeñaba la Dirección de Institutos Penales del país el profesor Roberto Pettinato, que ha consagrado gran parte de su vida al estudio de los sistemas penitenciarios, el artículo 64 del Decreto Reglamentario de la Ley sobre Organización Carcelaria y Régimen de Penas, de 14 de noviembre de 1947, establecía que: "A todos los reclusos casados podrán proporcionárseles, a su requerimiento, visitas privadas íntimas con sus esposas. Esta autorización es independiente de la clasificación de conducta y sólo se suspenderá durante el tiempo en que se cumple una sanción disciplinaria. Tal permiso se otorgará en cada unidad, una vez que, adecuadas las condiciones de su arquitectura, ésta proporcione el recato y la discreción para su cumplimiento, el que se inspira en el respeto que a todos debe merecer la institución del matrimonio y sujeto a la reglamentación que se dicte." Por supuesto, que en esta

materia nuestro país ha dado un paso más avanzado, como puede observarse en los Códigos de Ejecución de Sanciones o Anteproyectos que existen en la República, como el formulado para que rija en el Estado de la Baja California, en que las visitas privadas conyugales no alcanzan únicamente a la esposa legítima, sino también a la concubina, aspectos que indudablemente se han contemplado las autoridades encargadas de ejecutar las sanciones porque el primer paso que debe darse es lo relacionado con la visita conyugal, lo cual demanda una esmerada reglamentación para evitar que suceda lo que ocurría hace veinte años en el viejo Palacio Penal de Lecumberri, impropio de referirse en estas columnas por respeto al lector.

Pensamos que la mejor manera de colaborar con los funcionarios del Estado es hacer crítica constructiva, y que los funcionarios deben pensar que no todas sus obras son perfectas. Nuestro mayor anhelo es que la nueva Penitenciaría de México no sea una unidad más de reclusión, sino un centro de trabajo y de elevación espiritual y material para el recluso.

## X

Para evitar interferencias que dificulten una ejecución correcta de las sanciones privativas de la libertad por no existir unidad de control, el Departamento de Prevención Social, dependiente de la Secretaría de Gobernación, debe tener un absoluto mando en la nueva Penitenciaría, como fueron los propósitos de los creadores del Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social en 1929. El artículo 673 del Código de Procedimientos Penales en vigor, previene que el Ejecutivo Federal deberá contar con un órgano dependiente de la Secretaría de Gobernación, dejando a salvo las funciones administrativas del Departamento del Distrito. Esto ha dado origen a graves tropiezos por la intervención exagerada que pretenden abrogarse cada uno de los órganos del Estado. La vigilancia en la ejecución de las sanciones (prevención especial) y la prevención general de la delincuencia en el Distrito y en los territorios federales no debe quedar al cuidado de distintas manos. Como el asiento de los poderes de la Unión es el Distrito Federal, esta dualidad de mando ocasiona graves perjuicios. En los Estados Unidos de Norteamérica el control de las penitenciarías lo tiene a su cargo un director general. En realidad, el Departamento de Prevención Social, paulatinamente, ha ido perdiendo facultades hasta quedar relegado a una modesta oficina. El director de la Penitenciaría, así como el director de la Colonia Penal de las Islas Marías, deben quedar sujetos a la autoridad y mando del jefe de Prevención Social. Las únicas atribuciones que conforme a la Ley corresponden al Departamento del Distrito son las señaladas expresamente en el artículo 67 del Código de Procedimientos Penales, y consisten en tomar las medidas conducentes para que se hagan efectivas las multas impuestas por los tribunales. Al efecto, al artículo 39 del Código Penal dispone que la autoridad a quien corresponda el cobro de la sanción pecuniaria podrá fijar plazos para el pago de las multas, recabar éstas y hacer de su importe la distribución que dispone el artículo 35 del Código Penal; fijar el monto y recibir las fianzas que el multado debe otorgar para desempeñar un trabajo privado y crear, organizar y administrar el Casillero Judicial. Como se ve por la lectura del precepto trans-

crito, son mínimas las atribuciones que la Ley otorga al Departamento del Distrito. Amarga experiencia tuvieron nuestros colegas Carlos Franco Sodi y Javier Piña y Palacios cuando asumieron la dirección de la Penitenciaría de Lencumberrí, ahora convertida en cárcel preventiva, porque encontraron que a pesar de tener bajo su responsabilidad la organización y marcha del establecimiento, había también una pluralidad de mandos. Los talleres, que son esencialmente uno de los factores más importantes para la redención del penado por el trabajo, no estaban bajo su control; los contratistas en la administración de las subsistencias hacían su agosto y para nada tomaban en cuenta al director, y, para colmo, precisamente los que no trabajaban eran los reclusos. Los talleres de la Penitenciaría se habían convertido en una fábrica que daba albergue a obreros libres; una proporción mínima de trabajadores la constituían los reclusos.

Nuestra Carta Fundamental establece que el trabajo debe ser el medio para la regeneración del delincuente, pero cuando el trabajo es forzado y por medio de malos tratos se obliga al recluso a trabajar, el producto obtenido baja de nivel, sea porque no es del agrado del recluso que trabaja o por la coacción que en él se ejerce, y el trabajo, ante todo, debe ser agradable o, al menos, tolerable para quien lo desarrolla. El Derecho Laboral debe hacer acto de presencia en las relaciones del Estado con los reclusos trabajadores. Bien es cierto que la fuente del Derecho Laboral es el contrato colectivo, y que éste no existe tratándose de reclusos que trabajan en los talleres o en los campos agrícolas del Estado; pero las disposiciones contenidas en el artículo 123 de la Constitución Política de la República constituyen un cuadro de garantías para todo trabajador, haya o no haya firmado éste el contrato colectivo, y tratándose de actividades laborales en los talleres o en los campos agrícolas de los establecimientos penitenciarios deben observarse las ocho horas de labor; la indemnización por accidentes y riesgos sufridos en el desempeño de dichas labores con la suprema finalidad de que no resulte letra muerta la tutela que la Carta Fundamental de la República otorga a todo trabajador, sin distinción de categorías.

## XI

La organización del trabajo en las prisiones es una de las bases fundamentales para un efectivo tratamiento de los reclusos. Ante todo, debe procederse a su clasificación, según sus aptitudes y según el género de actividades a que se hubieren dedicado antes de su ingreso a la Penitenciaría. No es suficiente con la industrialización de los establecimientos penales en vista de que muchos reclusos son de procedencia campesina y al enviarlos a trabajar a los talleres habrá que cambiar su género de vida. Quiere decir que si cuando vivían en libertad acostumbraban dedicarse a faenas agrícolas, precisa cultivar su vocación para que el trabajo que desarrollan les sea agradable. Por otra parte, llegará un momento en que no todos los reclusos tengan cabida en los talleres, y si el trabajo se toma como un medio para su regeneración, hay que procurar que las labores desarrolladas sean efectivas.

En los Estados Unidos de Norteamérica, en donde más se han perfeccionado los sistemas penitenciarios, al extremo que los países que han decidido abordar la reforma han tomado como modelo los establecimientos norteamericanos, el

trabajo agrícola e industrial en las prisiones ha dado magníficos resultados. Podemos señalar cuatro etapas en la evolución que han tenido los establecimientos penitenciarios en Norteamérica: hasta el año 1830 las prisiones fueron simplemente lugares de encierro, donde se hacinaba a los presos, sin ningún plan, y se les sujetaba a los más severos suplicios, al igual que en las cárceles europeas. A partir de 1830 se inician los sistemas penitenciarios uniformes, con la absoluta incomunicación del recluso durante el día y en la noche, que es característica del sistema filadélfico o "Solitary system"; lo siguió el sistema de Auburn o de Nueva York, "Silent system", donde el recluso permanecía incomunicado durante la noche y en el día trabajaba en común, sujeto a la férrea ley del silencio; a fines del siglo pasado se inician los sistemas progresivos, que para admitirlos encontraron serias oposiciones, caracterizando estas etapas los reformatorios, como el de Elmira, hasta alcanzar su perfeccionamiento gradual con las prisiones agrícolas e industriales, donde la penitenciaría es taller, campo de cultivo, escuela, centro de reunión y hospital. Los progresos alcanzados y los frutos obtenidos en el trabajo de los reclusos acicatearon a los Gobiernos de los Estados sudamericanos para iniciar la reforma penitenciaria, lo mismo en el Perú, con Althman Smith, como en la Argentina, con Roberto Pettinato, en el Brasil, en Chile y, recientemente, en el Ecuador.

La organización del trabajo penitenciario comprende los diferentes sistemas que se han puesto en práctica para que el desarrollo de las labores sea fructífera. El Estado se convierte en empresario para la fabricación y venta de los productos; este sistema adolece de graves defectos, porque, en la mayoría de los casos, el Estado es propiamente el explotador del trabajo humano, y el trabajo impuesto al recluso por la coacción o la violencia ofrece poco rendimiento. También es desechable el sistema de contrata, en que el Estado entrega los talleres o campos de trabajo a empresas privadas que llevan el incentivo del lucro y poco les importa la regeneración del penado. El sistema apuntado es el más desastroso; lo apreciamos hace dos décadas en que los talleres de la Penitenciaría de Le-cumberri estaban en manos de contratistas insaciables que sacaron provechosas ganancias y se enriquecieron a costa del trabajo humano, con la particularidad de que no eran los reclusos quienes trabajaban en los talleres, sino obreros traídos de la calle. El sistema aconsejable es el de formación de cooperativas para que el Estado no se convierta en explotador del esfuerzo del penado. Las cooperativas hacen germinar en el recluso el sentimiento de solidaridad, y el trabajo que desarrolla se torna agradable porque sabe el trabajador que su esfuerzo le va a ser remunerado y que aunque el producto, descontando lo que corresponda por resarcimiento del daño para las víctimas del delito y la proporción asignada para ayudar a la familia del propio recluso, tendrá siempre un fondo de reserva para cuando cumpla su condena y obtenga su liberación, que le servirá en mucho para poder rehacer su vida y convertirse en un elemento útil a la sociedad.

Este aspecto es esencial en el plan que se ponga en práctica en la nueva Penitenciaría del Distrito, donde no basta con que existan magníficas instalaciones si no se liquidan definitivamente los vicios y las corruptelas que se han observado tradicionalmente en las Penitenciarías de la República. De otra manera, podríamos repetir con énfasis, ante los resultados negativos para regene-

rar al penado, la frase inmortal del autor de *La divina comedia*: "Aquí se perdió la esperanza".

## XII

Resumiendo nuestras observaciones sobre el nuevo establecimiento penitenciario construido por el Departamento del Distrito en Santa Marta, diremos que México ha dado un paso definitivo al iniciarse el cambio de los sistemas imperantes en el tratamiento de los reclusos. Desconocer la realidad con el insano propósito de hacer críticas infundadas, además de que contribuye a desorientar a la opinión pública, es un factor negativo en el período de superación por el que atraviesa el país. Es creencia muy extendida dejar a las autoridades que lo hagan todo para después prodigar las censuras a toda obra; que por ser humana es imperfecta. Consideramos que la ciudadanía debe hacer llegar a las autoridades sus iniciativas para que se estudien detenidamente, y en caso de ser aprovechable, se acepten o desechen.

En el Primer Centenario de la Constitución Federal de 1857, el Gobierno de la República, con elevadas miras, quiso solemnizar dicho acontecimiento, dotando al Distrito Federal de una Penitenciaría donde sea una realidad la regeneración del penado. Sin desentenderse de los progresos alcanzados en materia penitenciaria, pero sin aplicar teorías que, por inmaduras, fácilmente se desvanecen, ha dado un paso seguro en lo que se refiere a las construcciones realizadas. Lo que falta por hacer es muy importante porque requiere el concurso de aquellos que se han desvivido por encontrar los regímenes más en consonancia en nuestro medio para el tratamiento de los presos. Cuando contemplamos la promiscuidad carcelaria que aún priva en algunos países de Europa y del Continente americano, donde los reclusos son como seres borrados del mundo de los vivos; cuando presenciamos aún el empleo de procedimientos infamantes y crueles, como el empleo de las esposas, las marcas, los azotes, los palos, el tormento y otros métodos aberrantes, consideramos muy loable lo realizado en nuestra patria cuando se cumple el imperativo constitucional de que los procesados deban estar en lugares distintos de los sentenciados, completamente separados y no por simples muros de tabique.

La designación de la persona que funja como director del establecimiento es secundaria si cuenta para el mejor desempeño de su misión con un Consejo de asesores integrado por catedráticos de la Universidad Nacional Autónoma de México, a quienes corresponderá estudiar los complejos problemas que se presentarán en la Penitenciaría cuando entre en pleno funcionamiento.

Hay que pensar desde ahora que todo recluso que ingrese a compurgar su condena debe dedicarse a una ocupación, pero de ninguna manera a una actividad que le sea degradante. El estudio de su personalidad permitirá buscarle el trabajo que sea más adecuado a sus aptitudes, y ese trabajo debe constituir un aliciente para su enmienda. Semanariamente debe llevarse un record al recluso de las actividades laborales a que se ha dedicado, lo que deberá servir después en la concesión de su libertad preparatoria.

Cultivar el cuerpo y el espíritu, aquél en los campos deportivos para mantenerlo saludable y éste en la biblioteca, en la escuela, en los eventos culturales

para elevar su moral e instruirle en el servicio que debe al semejante, hará que la vida en la prisión le sea más llevadera y que los frutos que se obtengan alcancen máximos resultados hasta el momento en que llegue el día de la liberación. Deben obrar de consuno el esfuerzo y la observación realizada por los jefes de trabajos fabriles o agrícolas; de los pedagogos del establecimiento, de los facultativos encargados de su atención médica y de todos aquellos funcionarios, como las trabajadoras sociales y los funcionarios de segundo orden encargados de la custodia y vigilancia de los reclusos; pero, ante todo, es imprescindible la expedición de un estatuto que norme y regularice las atribuciones a que han de sujetarse desde el director hasta los más modestos empleados del establecimiento.

Y para completar todo lo que se ha puesto en juego para la regeneración del delincuente, debe existir un Patronato de reos liberados, a la manera de un Cuerpo tutelar que preste asistencia a quienes la sociedad ha excluído de su seno por su conducta equívoca pero que al saldar su deuda esperan su redención. Que no lleven el estigma del presidiario que queriendo volver al buen camino encuentra las puertas cerradas por la marca indeleble de la cárcel que le sigue a todas partes para despeñarlo nuevamente en la senda del delito (1).

---

(1) Ya escrito este trabajo visitamos la Penitenciaría del Estado de Michoacán, situada en los aledaños de la ciudad de Morelia, que aún no se ha inaugurado, y que, a nuestro juicio, mejora la técnica arquitectónica de la Penitenciaría del Distrito.

# REVISTA DE LIBROS

**BONIFACIO, Aldo: «L'Infermitá di mente nel Diritto Penale Italiano». Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Trieste. Istituto di Medicina legale e delle Assicurazioni. N. 1. 1959.**

Creo que el autor hace, aunque no lo diga, sus primeras armas con este trabajo, que es una crítica al Código penal vigente en su país, en la materia que es objeto de su estudio. Esta crítica se produce más desde el punto de vista médico que del jurídico, tratando, según dice, de emplear términos médicos o jurídicos según sean de una u otra clase los conceptos que expone.

Trata primero de fijar qué es para él enfermedad mental o psíquica. Una desviación, dice, de la función psíquica que la deja vacilante y distinta de la normal, independientemente de la naturaleza de la alteración, de la causa que la ha producido, de la época de su aparición, de su duración, de su entidad, de su curso, de su pro-gnosis y de su éxito, concepto tan amplio, como se ve, que el autor tiene inmediatamente que decir que, no todas las enfermedades mentales tienen relevancia jurídica, recurriendo para fijarla a los términos del Código, de que tenga fuerza suficiente para perturbar o hacer desaparecer la capacidad de entenderse y de querer, fórmula más legal que crítica.

Fijado así su ámbito, entra en el estudio de las atenuantes o dirimientes de la responsabilidad, que son objeto su su estudio: la enfermedad psíquica, la enfermedad física con consecuencia de perturbación psíquica; el uso de sustancias tóxicas, la sordomudez, los estados emotivos o pasionales y la incapacidad mental parcial. Estudia después la imputabilidad a base del comentario y crítica del art. 85 del Código referido que declara imputable al que tiene la capacidad de entender y de querer.

Considera a continuación la peligrosidad como concepto psiquiátrico y como concepto jurídico, como peligrosidad social esta última según la expresión empleada por el Código penal italiano, haciendo el análisis y crítica de esta determinación y tratando de diferenciarlo no sólo del concepto psiquiátrico, sino de la capacidad para delinquir, examinando los elementos que el propio Código penal fija para determinar la declaración de peligrosidad social y enumerando los casos en que dicho cuerpo legal la supone.

A continuación de este estudio y como su consecuencia, hace el de las medidas de seguridad con su clasificación y el inevitable intento al tratar de esta materia, de diferenciarlas de la pena. Hace también resaltar la dualidad del citado Código, que establece penas para los imputables y medidas de seguridad para los inimputables y ciertas categorías de imputables.

Termina con un resumen de las críticas que el Código penal italiano, en los aspectos expuestos, le ha merecido, y con la proposición de reformas en él, deducidas de sus defectos, sobre los que ha insistido.

A final de cada uno de los 46 capítulos, una amplia bibliografía, aunque exclusivamente italiana,

**BLOCH, Herbert A. y FLINN, Frank T.:** «*Delinquency (The College Department, Random House, Inc. New York, 1956. 612 págs.*

Perteneiente a la serie "Random House Titles in Sociology", ofrécese en este libro a la publicidad una descripción completa y autorizada de la delincuencia juvenil en los Estados de la Unión Americana.

Por lo que respecta a sus autores, el Profesor Bloch es el encargado de Sociología en el "Brooklyn College", habiendo sido recompensado con el grado de Doctor de la Universidad de Columbia en 1934, tras varios métodos de acondicionamiento laboral en las zonas neoyorkinas más congestionadas; ensayó asimismo, dedicando igualmente mucho tiempo, diversos sistemas relativos al aspecto del trabajo migratorio efectuado entre Kansas y Nebraska a California. Estas tareas le capacitaron para la organización de oficinas-registro para los sin hogar, también en Nueva York, durante la depresión y, luego, en la segunda Guerra Mundial, para los desplazados por la contienda en Europa. Durante veinte años desempeñó la Presidencia del Departamento de Sociología y Antropología en la Universidad de St. Lawrence, Canton (N. Y.).

Participó activamente en las sesiones del Instituto Frederick A. Moran Memorial, sobre la Delincuencia y el Delito, y, en el verano de 1955, dirigió una exposición sobre Delincuencia en el Brooklyn College. Aparte de diversas aportaciones en revistas profesionales y en gran variedad de temas sociales, es el autor del libro: "Disorganization: Personal and Social".

Por su parte Frank T. Flynn es Profesor de la Escuela sobre Administración del Servicio Social en la Universidad de Chicago, que también le otorgó el Doctorado en Filosofía. Dedicado al trabajo de instalación laboral en Louisville (Kentucky), adquirió progresivamente gran experiencia en el ámbito del tratamiento social y en el de las instituciones de corrección. En 1939 se le designó Presidente del Departamento de Trabajo Social de la Universidad de Notre Dame. Actuó seis años como Secretario de la Junta de la Prisión del Estado de Indiana. Ha intervenido en numerosos estudios, investigaciones e instituciones sobre el control de la delincuencia, perteneciendo a varias comisiones asesoras en cuestiones similares. Además de varios artículos en el "Federal Probation", "The Social Service Review" y otras publicaciones, ha colaborado en el libro "Social Problems".

En lo que atañe a la obra que reseñamos, ha de tenerse presente que se caracteriza por su organización sistemática de los conceptos atinentes al problema de la delincuencia, exponiéndolos de modo asequible; se analizan críticamente los últimos adelantos en tal campo científico: nuevos aspectos en la investigación sociológica, nuevos métodos de tratamiento y los más recientes métodos y técnicas en el régimen de prueba. La obra en cuestión implica, por sí, otra aportación peculiar principalmente en sistemática, en el aspecto etiológico y en el estudio de la relación de los factores familiar y social de los jóvenes.

Con razón, puede calificarse este libro como una buena orientación para todos los que, desde cualquier perspectiva, se preocupen de la crisis alarmante que la criminalidad implica en la sociedad contemporánea.

Aparte de dos Apéndices sobre el caso personal de un habitual, estudiado a través de los antecedentes seleccionados en sus estancias en varios centros o instituciones, como el reformatorio de "Elmira" y la "State Division of Parole";

sobre un estudio acerca de un joven remitido a la "National Training School" de Wháshington, el libro divide su contenido en 17 capítulos, agrupados en cuatro partes: la primera dedicada al significado y ámbito de la delincuencia; la segunda a las causas inductoras (ecológicas, personales, familiares, biológicas y psiquiátricas); la parte tercera se refiere a las instituciones "terapéuticas" (Policía, Tribunales juveniles, Escuelas de instrucción y adiestramiento); la cuarta a la prevención, tema que culmina con la interrogante final sobre los pronósticos.

Sería y documentada la obra de los profesores Bloch y Flynn, nos permite vaticinar su utilidad para los profesionales.

JOSÉ SÁNCHEZ OSÉS

**CONSTANT, Jéan: «Manuel de Droit pénal. Principes Généraux de Droit pénal positif belge». Tome premier. Imprimeries Nationales, Liège, 1959. 675 pgs.**

Notablemente revisada y totalmente puesta al día, aparece la séptima edición del conocido *Manuel de Derecho penal* del ilustre Magistrado y profesor de Lieja JÉAN CONSTANT.

En este primer tomo de los dos que componen la Parte General, son primeramente objeto de estudio las materias propias de lo que comúnmente denominamos *Introducción*, para seguir ocupándose de la infracción y del delincuente. Como la sanción penal se examina en el tomo segundo, claramente se ve que el autor sigue fiel a la clasificación tripartita: Delito, delincuente y pena.

Comienza la "Introducción" con unas nociones históricas, que le sirven de base para exponer seguidamente, con la claridad y precisión que le son características, la evolución de las doctrinas penales, el fundamento del derecho punitivo y su definición.

El capítulo I está dedicado al estudio de la ley penal y su aplicación en el tiempo y en el espacio, y con relación a las personas.

Dentro de este capítulo merece especial mención la parte en que se ocupa del principio de legalidad de los delitos y de las penas, ampliamente acogidos tanto en la Constitución como en el Código penal de su país.

Comentando el artículo 9 de la Ley fundamental anteriormente citada, que dispone que "ninguna pena puede ser establecida ni aplicada sino en virtud de una ley" hace notar que en este precepto constitucional se habla de penas establecidas "en virtud de ley" y no "por la ley".

Con ello se permite que los poderes competentes puedan incriminar determinadas infracciones en los reglamentos, siempre que ello esté autorizado por la ley.

La infracción penal constituye el objeto del segundo capítulo de este trabajo.

En el vigente Código penal belga no se encuentra una definición de la infracción penal; pero, basándose en su artículo primero, cree el autor que con un criterio legalista podría ser definida como "toda violación de la Ley penal, sancionada con una pena".

Acepta la clasificación tripartita: Crimen, delito y contravención, y señala como criterio para distinguir entre estas tres clases de infracciones el de la

gravedad de las sanciones que les corresponden; así, son crímenes las infracciones castigadas con penas graves; delito los castigados con penas correccionales y contravenciones los castigados con penas de policía.

Completa este capítulo el estudio del grado de desarrollo del delito y merece especial interés la parte dedicada al concurso de infracciones, ya que con un exhaustivo casuismo se examina el concurso de delitos y contravenciones, el concurso de delitos, el concurso de crímenes, el concurso de un crimen con delitos o contravenciones, y el concurso de infracciones estudiado en relación con la reincidencia.

Como ya indicamos en las primeras líneas de esta nota bibliográfica, el delincuente es objeto de un estudio separado. Justifica su parecer el señor CONSTANT diciendo: "hemos visto que el delincuente es un elemento esencial de la infracción, el agente activo, el que comete el hecho culposo e incurrir, por consiguiente, en la sanción penal".

"Ocurre con frecuencia que el delincuente no obra solo; porque el hombre tiende a la asociación, incluso para realizar el mal. A veces los malhechores constituyen verdaderas asociaciones criminales (asociaciones terroristas, de monederos falsos; ladrones internacionales, traficantes de estupefacientes; de individuos dedicados a la trata de blancas, etc.). Ahora bien, el peligro que el crimen causa a la sociedad y los estragos que produce aumentan considerablemente cuando los malhechores se unen para infringir las leyes.

"Por eso el legislador ha establecido reglas especiales para reprimir las diferentes manifestaciones de la actividad criminal.

"El examen de esas reglas será objeto del párrafo siguiente.

"Por otra parte para que la pena cumpla eficaz y legítimamente su misión moral y su función de utilidad social —singularmente su doble misión de prevención general y previsión especial— es preciso que sólo se aplique a un hombre normal, capaz de asegurar la censura de sus acciones y de obrar libremente, y que sea graduada no sólo teniendo en cuenta la gravedad objetiva de la infracción, sino las circunstancias del hecho y la personalidad de su autor. El legislador debe, pues, tener en cuenta ciertas circunstancias eximentes de la responsabilidad y determinadas excusas."

Seguidamente se ocupa de los grados de participación en el delito y de las que denomina "circunstancias excluyentes de la responsabilidad" (Obediencia, demencia, fuerza mayor, estado de necesidad, legítima defensa, consentimiento de la víctima, error etc.) y de las "causas de excusa" (Mayor de edad, sordomudez, provocación).

Complementa esta obra, que consideramos indispensable para todo aquel que quiera tener un profundo conocimiento del derecho penal belga, una seleccionada bibliografía.

CÉSAR CAMARGO

**CONSTANT, Jéan:** «Manuel de Droit pénal positif, belge». Septime édition. Tome II. Imprimeries Nationales. Liege, 1960.

El contenido de este segundo tomo del *Manual de Derecho penal* del profesor CONSTANT, es un verdadero tratado de Penología en el que se estudia la sanción penal en su doble aspecto: pena y medida de seguridad.

“La pena es un mal impuesto como castigo por el Juez, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley, a aquellos que, cumplidos los correspondientes trámites procesales, son declarados culpables de un hecho calificado de infracción en el texto legal.”

La ejecución de la pena exige la participación de tres poderes constitucionales: Se establece por el legislativo, se aplica por el judicial y se cumple por el ejecutivo.

La medida de seguridad tiene simplemente por fin proteger a la sociedad contra los delincuentes cuya actividad se revela como peligrosa. Señala la importancia que tiene el distinguir claramente la pena de la medida de seguridad. La pena inflige un mal a título de castigo. La medida de seguridad tiende a proteger a la sociedad contra los individuos peligrosos y tiene un carácter educativo, curativo, preventivo o eliminativo.

Seguidamente estudia la clasificación de las penas y cada una de ellas en particular, para a continuación hacer igual con las diversas medidas de seguridad.

Las circunstancias agravantes y atenuantes son estudiadas en este volumen dedicado a la sanción penal, ya que por el autor son consideradas como “circunstancias que hacen variar la pena”.

Merece especial mención la parte del trabajo dedicada al estudio de las causas de extinción de la pena, singularmente aquellas en la que se ocupa de la aplicación de los principios generales del derecho penal común a las infracciones previstas por las leyes y reglamentos particulares.

La rehabilitación es objeto de un especial estudio en la sección VI del capítulo V.

Define la rehabilitación penal como la restitución a un condenado, en virtud de sentencia firme de los derechos que perdió como consecuencia de la imposición de una pena criminal, correccional o de policía.

La rehabilitación no constituye una causa de extinción de la pena; por el contrario, presupone su cumplimiento. Es la persona del condenado la que es rehabilitada y no las condenas impuestas. Mientras que el indulto es un acto del Poder ejecutivo y la amnistía del legislativo, la rehabilitación lo es del Poder judicial.

Después de lo indicado únicamente nos queda felicitar al ilustre autor de este Manual de Derecho penal por haber merecidamente conseguido la séptima edición de su meritorio trabajo.

C. C.

**DEVLIN, Patric:** «The Criminal Prosecution in England». Londres, Oxford University Press, 1960. 118 págs. 15 chelines.

El Magistrado señor Devlin ha sido Presidente del “Restrictive Practices Court” inglés desde 1956 y “Master” del “Bench of Gray’s Inn” desde 1947.

Asimismo fué designado para presidir la Comisión formada para investigar los motivos de los disturbios de Nyasaland el pasado año. Su primer libro "Juicio por Jurados" ("Trial by Jury") se publicó en 1956.

Este que ahora ofrecemos a conocimiento de nuestros lectores se basa en las explicaciones dadas el propio año 1956 en la Facultad de Derecho de la Yale University y, en esta obra el profesor DEVLIN aborda el enjuiciamiento criminal abarcando la frase principal de detención hasta la cancelación de la condena, deteniéndose en los detalles precisos para imponer a los profesionales de los motivos y formas de la acusación pública y de la privada.

Dedica también especial atención a la investigación del delito por la policía, entrando incluso a discriminar las normas, unas de origen legal, jurisprudencial otras, por las que dichos funcionarios, a juicio del autor, se encuentran cada vez más restringidos en ámbito de acción.

Se divide el libro en cuatro capítulos y un apéndice: los primeros versan sucesivamente sobre los principios informadores del procedimiento penal inglés; sobre la fase de interrogatorio; detención y arresto; sobre el proceso propiamente penal, dedicándose el apéndice aludido a exponer comentadas las normas contenidas en el "Memorandum Approved by Her Majesty's Judges of the Queen's Bench Division", las primeras de las cuales datan de 1912 y son las que, cual antes se ha apuntado, van dirigidas a la actuación de la policía respecto a los presuntos culpables.

Concluye el autor su aportación destacando cómo en contraste con los Estados Unidos de América, Inglaterra se muestra, a tenor de la comparación de las estadísticas respectivas, como un país respetuoso para con sus normas legales. Añade: si el éxito de un determinado procedimiento penal ha de apreciarse por el número de casos de declaración de culpabilidad, en vez de por las absoluciones o sobreseimientos, entonces, el enjuiciamiento criminal inglés habría de reputarse como un procedimiento en fracaso; mas lo cierto es que —prosigue—, en Inglaterra es donde más difícilmente escapa a la ley el que la ha infringido. En todo sistema sancionador siempre se corre el riesgo de poder sacrificar a un inocente en el afán de aplicar el rigor penal a los verdaderos culpables. Ese riesgo ha de padecerlo la sociedad si quiere conservar su salud; mas, en resumen, y con todo ello, dentro del criterio humano, ha de entenderse que no ha fracasado un sistema que logra reducir año tras año el número de sus condenas.

J. S. O.

**GLUECK, Sheldon and Eleanor: «Predicting Delinquency an Crime». Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1959. 283 págs.**

Por espacio de veinticinco años, o más, los autores del presente libro han ensayado la eficacia de varios métodos de tratamiento punitivo-correccional. Ahora aquéllos concentran su atención en lo que acaso es el aspecto más importante del problema que el delito entraña: la presentación de los elementos instrumentales susceptibles de acusar la conducta antisocial en diversas edades y capas sociales también distintas.

La "Predicción de la Delincuencia y del Delito" presenta, por vez primera

en la Historia de la Criminología, un verdadero arsenal de tablas-pronósticos obtenidas inductivamente de las numerosas investigaciones llevadas a cabo por los GLUECK. Esos útiles difusores, o detectores, se basan en una correspondencia sistemática entre varios rasgos peculiares de los delincuentes, sus circunstancias ecológicas, y las diferentes respuestas que su actuación ofrece realmente. Varias de las tablas aludidas han sido verificadas, o contrastadas, mediante nuevos casos o ensayos, obteniendo así resultados altamente favorables.

Tales útiles instrumentales se hacen ya precisos para cualquier reforma sinceramente fundamental en la Administración de Justicia penal, y ello como ayuda a los jueces y directores de instituciones penitenciarias, para pronunciar sentencias lo más adecuadas a la personalidad del reo, para disponer el régimen a que ha de someterse éste, así como para hacer más acertadas las decisiones de los organismos encargados del régimen de prueba. También se reputan, por los profesionales yanquis, como de singular importancia tanto para los encargados de centros docentes, clínicos y especialistas en programación de prevención delictiva, al igual que para descubrir, en edad temprana, a aquellos niños que ofrecen peligro serio de llegar a ser delincuentes, a menos que una oportuna intervención profiláctica y terapéutica logre el éxito en disipar la propensión delincuente pronosticada.

Revela este libro el amplio interés y profundidad de los autores en el conocimiento, no sólo del mecanismo psicológico del niño, sino también de las notas características culturales y sociológicas, que aquéllos reputan como en vigor etiológico en la sociedad contemporánea. También es sólida la condición filosófica de aquellos como psiquiatras, en lo que se muestran con aspecto independiente de las otras escuelas predominantes, tales como la psicoanalítica y psicobiológica. El libro, en suma, ofrece amplios antecedentes para facilitar la comprensión de la actitud del niño y habrá de reconocerse su particular utilidad para psiquiatras, psicólogos, filósofos e investigadores sociológicos.

El contenido del libro se agrupa en doce capítulos, aparte de cuatro apéndices. Comienza el capítulo primero estudiando el concepto jurídico-penal de la individualización, señalando la crisis científicamente apreciada respecto al sistema sancionador tradicional y subsistente; examinando los métodos ensayados para fomentar el arbitrio judicial, para abordar el tema de las técnicas de pronósticos, o predicción, tanto a propósito de las condenas penales, como en la aplicación del régimen "bajo palabra", así como en otros campos sociológicos.

El capítulo segundo versa sobre la evolución de las "tablas" de predicción de los autores, sobre el método para el planteamiento de las mismas, con una exégesis ilustrativa de su empleo.

Los capítulos 3.º a 6.º se dedican a la exposición de los resúmenes de datos logrados con las "tablas" de referencia en su aplicación a los delincuentes varones, jóvenes o adultos. El capítulo 7.º hace lo propio respecto a delincuentes femeninos. El capítulo 8.º se contrae principalmente a exponer casos personales realmente investigados con el método peculiar de los autores

El capítulo 9.º y el 10 se consagran al pronóstico de delincuentes en potencia. El 11 a la identificación de delincuentes jóvenes y de neuróticos, estableciendo distinción entre esta clase y los considerados "emocionalmente" sanos y los neuróticos no delincuentes.

Bajo el título "Algunas objeciones a las tablas de predicción", recogen los

autores, con gallardía científica, los reparos críticos opuestos a su sistema, rebatiéndolos en el capítulo 12 y último de su obra, completada con los cuatro apéndices. en los que se condensan los resultados de su método sobre factores, términos medios y conceptos utilizados en la predicción; homologación entre conductas pronosticadas y efectivas de los delincuentes jóvenes durante el internamiento penitenciario o el tratamiento coreccional; y sumario de las diferencias apreciables entre los delincuentes denominados típicos y atípicos.

J. S. O.

**GUALLART Y LOPEZ DE GOICOECHEA, José: «Derecho natural y Derecho penal (El contenido de la antijuricidad)». Zaragoza, 1960, págs. 247-251.**

Separata de la revista "Temis", editada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, de un artículo del Catedrático de Derecho penal de dicha Universidad, sobre la existencia y contenido del Derecho Natural y sus relaciones para el Derecho positivo, especialmente en el campo penal, en el que el problema viene a ser más complejo que en el de las otras ciencias jurídicas, porque en aquél se entrecruza el dogma del legalismo, dogma peculiar al campo punitivo, según el cual la norma aplicable a los casos de la vida ha de ser tan sólo la recogida en la Ley positiva, sin posibles invocaciones a los principios generales y a la doctrina, ni a las formas de interpretación extensiva o analógica. Tan sólo los totalitarismos pudieron abandonar el principio *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*.

BINDING, en su obra sobre las *Normas*, muestra que el delincuente no puede violar la ley penal porque los imperativos de esa Ley no van destinados a él, sino al Estado y a la Autoridad, que tienen la obligación de sancionar los hechos criminosos. El delito es fundamentalmente lesión de una norma; lo ajustado a las normas será lo que cabrá llamar jurídico; lo contrario a ellas, crea la noción de la antijuricidad. Este camino, puede conducirnos al Derecho Natural. Todo dependerá del significado y alcance que demos a los términos norma y antijuricidad.

El presente trabajo del Profesor GUALLART, forma parte del homenaje tributado al ilustre maestro de la Universidad de Zaragoza, don Miguel Sánchez Izquierdo, del que fué discípulo. Repite en él lo que certeramente había escrito en otras ocasiones: "se quiso huir de la Moral y de la Filosofía, y, en fin de cuentas, por torcidos o por directos caminos, se retorna a ellas. Se quiso huir de las tradicionales directrices tomistas —la ley humana, supeditada y reflejo de las leyes divinas y naturales; bien común; mínimo ético indispensable a las sociedades humanas; Derecho— y, con nombres nuevos, rebrotan las viejas ideas. En definitiva, ese contenido de la antijuricidad, cuyo logro tanto interesa a la Ciencia penal, no puede ser otro que el bien común del mínimo moral preciso a la subsistencia del grupo".

Como colofón, termina el ilustre catedrático de Derecho penal diciéndonos que el contenido material de la antijuricidad —problema capital en Derecho penal— no puede tener otro basamento que el del Derecho Natural. Este colmará así el vacío existente entre Ciencia penal y Derecho positivo.

DIEGO MOSQUETE

**KERSELL, John E.: «Parliamentary supervision of Delegated legislation».**  
Londres, Stevens & Sons Limited, 1960. 178 págs. 25 chelines.

Al cabo de un siglo los Parlamentos han advertido la dificultad creciente en promulgar leyes exigidas por sus electores con todos los detalles que la efectiva aplicación de las mismas precisa.

Asimismo, se han percatado aquéllas Asambleas de que, o bien no disponen al efecto del tiempo suficiente, o de que incluso carecen de la competencia técnica y, en consecuencia, se ven constreñidas al enunciado de los principios generales y de los meros programas legislativos.

Los detalles complementarios de la legislación son los que principalmente, por paradójico que parezca, afectan a quienes han de ser regidos por la misma y, la facultad de decretar o alterar incluso esos detalles, a veces casi a capricho, inviste de gran poder, de hecho, a funcionarios de un orden subordinado. Un Parlamento que repunte precisa la aludida delegación de poderes propios está obligado a comprobar que en el ejercicio de tal delegación no se ha incurrido en abuso, o en tergiversación de las normas, sobre todo en detrimento de los afectados por el enunciado de las mismas.

En los últimos treinta años se ha escrito mucho acerca de los problemas que engendra esa necesidad, no siempre tan aguda como en los tiempos de "emergencia", de delegar las atribuciones legislativas

El Profesor KERSELL, encargado de la Cátedra de Ciencias Políticas de la Universidad "McMaster" de Hamilton (Canadá) procura, en este libro que ahora reseñamos, sistematizar cuanto menos todo cuanto recientemente se ha venido escribiendo acerca de la vigilancia del ejercicio de aquellas facultades delegadas, proporcionando, al propio tiempo, a virtud del método comparativo que emplea en su obra, un estudio muy interesante de las normas reguladoras de la legislación delegada y su consiguiente inspección, y ello tanto en el Reino Unido, como en Australia, Nueva Zelanda y en el Canadá.

Tras un prólogo en el que CECIL CARR afronta con la crudeza que la sinceridad profesional exige los problemas apuntados, así como los de mera técnica legislativa; resaltando en un principio que ya han pasado los años (se refiere a los de la Segunda Guerra Mundial) en que las circunstancias obligan desgraciadamente a una proliferación de las normas de ese llamado carácter delegado, ya que las más elevadas esferas de la legislación y del ejecutivo habían de prestar su atención a los más inminentes problemas provocados por la contienda, y advirtiendo después que una de las consecuencias más frecuentes en el aspecto de técnica legislativa era la deficiente enunciación de las normas, incomprensibles a veces precisamente para aquellos a quienes iban dictadas; el Profesor KERSELL aborda las materias principales de su obra relativas a la publicación de esas regulaciones que, bajo diferente nomenclatura, se dictan, en los cuatro países antes indicados a título de complemento, ejecución, mejor comprensión, etcétera, de las leyes o normas de rango superior.

Uno de los aspectos que discrimina es el relativo a la deficiente "notitia legis", exponiendo las razones de índole práctica que exigen ya desde su alumbramiento que tales normas se atengan a su efectiva difusión, respetando al propio tiempo el tiempo respectivamente preciso para que el conocimiento de las mismas por parte de los obligados sea efectivo.

En cuanto al contenido de las disposiciones que implican legislación delegada, Mister KERSELL propugna, basándose en el ejemplo de los países que cita, el establecimiento en el seno de los Parlamentos donde los haya, o la creación de Organismos dentro de los que, en otro caso, ejerzan el poder legislativo, para revisar previamente a su entrada en todas esas normas que, en tal sentido, podemos llamar también de segundo orden, pese a que sus disposiciones revistan un carácter principal.

Después de examinar en tres últimos capítulos de su obra los diferentes procedimientos seguidos en los que fueron antiguos Dominios británicos, el Profesor KERSELL concluye abundando en la conveniencia de que incluso los auténticos órganos legislativos puedan controlar la atemperación a sus normas peculiares de todas esas disposiciones "delegadas", a propuesta de autoridades o incluso de particulares que invoquen una lesión personal o una infracción de las normas fundamentales.

J. S. O.

**KIMBERG Olof: «Los problemas fundamentales de la Criminología». Paris, Cujas, s. d. 325 págs.**

Desde antes de la publicación en 1935 de la obra de KIMBERG, "Basic Principles of Criminology", que tanto éxito tuvo en todo el mundo, se había pensado hacer una traducción francesa de los trabajos que el autor había publicado en Suecia entre 1930 y 1935.

La versión inglesa hizo dejar en suspenso la edición francesa y luego, con la guerra mundial, el proyecto quedó prácticamente abandonado. Pero el hecho de que la edición inglesa se agotara rápidamente, unido a las continuas aportaciones de KIMBERG a la Criminología han confirmado la necesidad de una versión francesa, que se ha realizado en 1959 bajo los auspicios del Centro Francés de Derecho Comparado.

Partiendo de la obra primitiva, KIMBERG ha tenido en cuenta en la presente las últimas aportaciones científicas, en particular aquellos factores productores de alteraciones cerebrales que tanto influyen en el comportamiento humano. Por otra parte, la sorprendente frecuencia de las pequeñas lesiones del cerebro en la población ha reducido la importancia que antes se atribuía al mundo circundante.

Esta acumulación de conocimientos y de nuevas experiencias criminológicas han motivado la supresión de algunos capítulos de anteriores ediciones, y al mismo tiempo la incorporación de otros nuevos que hacen de esta edición una obra verdaderamente actual y considerablemente aumentada, sobre todo con los capítulos IV, VI, VII, VIII; XI y XIV que expondremos a continuación.

Tras un prefacio de MARC ANCEL, que refrenda con su autoridad la contribución del agudo maestro de la Criminología que fué KIMBERG, éste expone en catorce capítulos los problemas fundamentales de la Criminología desde una perspectiva biológico-social.

Los dos primeros capítulos están consagrados al estudio de la influencia del estado mental del criminal sobre la reacción judicial, y a la imputabilidad, que analiza desde un punto de vista histórico-filosófico.

El tercero se ocupa de los aspectos psicofisiológicos del problema de la voluntad, en el que mantiene una dogmática posición positivista.

En el cuarto, expone el autor la "concepción científica de la Criminología" que es una encendida defensa del positivismo y de las corrientes que lo motivaron e integran en la actualidad, idea que prosigue en los capítulos V (la llamada prevención general del Derecho penal) y VI (Criminología científica y responsabilidad).

De los nuevos capítulos debemos mencionar el VII, dedicado a "el fenómeno delictivo como fenómeno bio-social", el VIII sobre la peligrosidad en Criminología, el XI —reflexiones críticas sobre la hipótesis de la asociación diferencial—, y el XIV referente a los medios necesarios para alcanzar una defensa social.

Completan la obra otros dos capítulos relativos a las situaciones precriminales reveladoras de los caracteres del estado peligroso, un amplio estudio de la etiología de la delincuencia y otro acerca del examen médico de los delincuentes.

La obra de KIMBERG, no obstante su filosofismo positivista y determinista estilo siglo XIX, constituye una notable contribución a la Criminología. En ella cabe reconocer —como certeramente apunta MARC ANCEL— la firmeza intelectual y la riqueza de su doctrina, que no puede ser ignorada no sólo por aquellos que se preocupan de seguir el desarrollo del pensamiento moderno en materia criminológica, sino también en materia de filosofía penal.

ALBERTO LAGUIA ARRAZOLA

**KLARE, Hugh J.: «Anatomy of prison». Londres, Hutchinson & Co., 1960. 159 págs. 18 chelines.**

Pocos temas siguen siendo tan propicios a suscitar controversias como el relativo a la reforma penitenciaria. y el autor, Mr. KLARE, es una de las personas, en Inglaterra, más caracterizadas para abordar tales temas por su cargo de Secretario de la "Howard League for Penal Reform".

En esta obra suya se dedica, naturalmente, a cuantos problemas, secuelas de los regímenes respectivos carcelarios, van implicados a la vida del recluso para el examen de todo ello deducir hasta qué punto se mantienen o logran los postulados o aspiraciones enunciados en los correspondientes reglamentos o incluso en las propias leyes sancionadoras del orden aludido.

Despejado de equívocos sentimentalismos hacia la población reclusa, el libro "Anatomy of Prison", en su examen crítico de la vida de la misma en los principales tipos de instituciones que al respecto existen en Inglaterra, de ese examen o análisis deduce el autor las ventajas o censuras que cada sistema sugiere.

Al comienzo de su libro narra críticamente Mr. KLARE los diferentes establecimientos que recorre, utilizando en sus apreciaciones sobre los mismos lo que considera el prudente criterio sobre el concepto de "prisión"; seguidamente estudia las peculiaridades de los reclusos, haciendo capítulo especial para la pobla-

ción reclusa femenina. Igualmente considera las condiciones del personal administrativo de prisiones, sus reglamentos en vigor y las modificaciones que en los mismos estima aconsejables con un sentido práctico de regeneración del recluso.

Después de analizar los principales cargos y figuras que generalmente existen en las penitenciaría o correccionales; los problemas de disciplina, correcciones y recompensas, trabajos y recreo del penado, los del aislamiento del mismo, concluye haciendo sendos resúmenes de todos sus estudios sobre los sistemas penitenciarios en la actualidad, las tentativas para su mejoramiento, lo que considera en la fase evolutiva, y por contraste, un paso atrás (se refiere concretamente al vacío que en la vida de todo recluso implica su internamiento), haciendo unas propuestas o proyectos finales acerca de cómo han de ser las futuras cárceles, modo de constituirse los organismos rectores de los establecimientos; régimen de éstos y métodos de rehabilitación de los internados.

Completan la obra cinco apéndices sobre la regulación peculiar del personal penitenciario; cometidos de los respectivos empleados; y una lista de bibliografía referente a los modernos criterios o avances en sociología, tratamiento por grupos y relaciones humanas en la prisión.

J .S. O.

**LOPEZ RIOCEREZO: Dr. J. José María. «Delincuencia juvenil». Tomo II. Editorial Victoriano Suárez. Madrid, 1960. 570 págs.**

En el fascículo 3.º del tomo 9.º de este ANUARIO, dimos cuenta a nuestros lectores de la publicación del primer volumen de esta obra del Padre JOSÉ MARÍA LÓPEZ RIOCEREZO. Publica ahora su segundo volumen, con el subtítulo de "Política recuperativa del joven delincuente", a cuyo frente figura un prólogo del Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático don Federico Castejón, resatando los méritos del autor, continuador de la Cátedra de Derecho penal de la Universidad de María Cristina de El Escorial del gran maestro P. Jerónimo Montes.

Se afirma, en la introducción de este interesante libro, que el problema de la delincuencia juvenil reviste dos aspectos: uno profiláctico y otro terapéutico. El primero se refiere a la política preventiva del joven delincuente, que exige la aplicación de medidas conducentes a impedir la degeneración física y moral del menor, por cuanto está probado que de ahí arrancan las miserias sociales. Con toda competencia fué tratada esta cuestión en el volumen primero de esta obra. Hay que estudiar también el problema de la terapéutica de la delincuencia juvenil. A esto va dedicado este segundo volumen. Hay que buscar remedios para convertir en tipos válidos y honrados a los menores delincuentes, inadaptados ya caídos. La educación correccional, la readaptación, en su más amplio significado, necesitan para desenvolverse con éxito de todo un complicado sistema de acción social. Necesitan de los correccionales y reformatorios. Necesitan de los Patronatos. Necesitan de familias que se presten a admitir en su seno a los menores abandonados que han menester de sus cuidados, ya para que salgan co-

rregidos de los reformatorios, ya para que no vayan a ellos. Necesitan de personas competentes, que desinteresadamente se presten a colaborar con la obra de los Tribunales para niños. Se necesita la cooperación de la sociedad en general, porque el sistema es tan vasto y la labor tan honda, que de nada sirve pensar en leyes, ni en Instituciones si se carece de lo más necesario, que es dicha cooperación.

Un gran pensamiento invade y llena las páginas de este segundo volumen: La redención del preso, la recuperación del joven caído, pero una redención de tonalidades cristianas. Una recuperación integral no mutilada. Una redención que abarque todo el ser del hombre. Una redención física; el trabajo que encierra tantos valores expiativos y ascéticos. Una redención intelectual, mediante la instrucción y la cultura; una redención moral, basada en el arrepentimiento y la buena conducta. La redención por rescate total del individuo, nos dice el autor, perdido por el delito para las esperanzas de Dios y de la Patria es el pensamiento-eje de la presente obra recuperativa.

El éxito de la redención por rescate total del individuo, es obra de dos factores: el factor corrector, encomendado a los funcionarios de prisiones, y el factor corrigiendo, que reside en los reclusos. El maestro CASTEJÓN sintetiza, por lo que se refiere al factor corrector, en los seis capítulos que dedica el presente libro al estudio de la esfera de acción que le atribuye, los puntos siguientes: 1) El sistema penitenciario español, presidido por un espíritu de progresivo humanitarismo; 2) los establecimientos de corrección modernos y adecuados; 3) La instrucción religiosa encomendada al capellán de prisiones; 4) Una pedagogía correccional eficaz a desarrollar por el maestro de escuela de la prisión; 5) El personal penitenciario seleccionado y de adecuada formación científico-profesional; 6) El Patronato póst-carcelario, ejemplar y eficaz obra, tanto en lo humanitario como en lo social.

Para el factor corrigiendo, señala: 1) La familia cristiana, como remedio al hogar roto del que surge la juventud inadaptada; 2) La educación moral o instrucción ético-volitiva; 3) La educación integral o educación de la personalidad como recuperación de la juventud inadaptada; 4) La formación moral y religiosa como fundamento de la pedagogía correctiva. 5) La orientación profesional y la enseñanza técnica en los Organismos penitenciarios; 6) La educación física y el deporte, con finalidad reformadora.

El presente libro aspira, y seguramente ha de conseguirlo, a prestar un servicio a los educadores, funcionarios de prisiones, penitenciaristas y sociedad en general, quienes no podrán cumplir con éxito su misión sin una cultura de fundamentos y panorámica de la psicología general del menor y de las modalidades de la psicología aplicada y psicotecnia, aunque la doctrina del libro no es meramente psicológica, sino que en ella prepondera el aspecto moral de la educación.

La delincuencia infantil crece casi pavorosamente. Esta es la gran verdad, afirma el P. JOSÉ MARÍA L. RIOCEREZO. El sueño de un orden social más perfecto no llega a cristalizar todavía en realidades. Este problema social que, en un principio, pudo ser sólo tema policíaco o de los juzgados de guardia, ha pasado hoy de ellos y afecta al campo de la educación docente y a la moralidad. Es un problema de reeducación y de educación y, por ello, el deseo de solucionar este grave problema de la delincuencia de menores, absorbe la atención de personas dedicadas a distintas actividades y profesiones, al no poseer ello tan sólo aspectos de carácter jurídico, sino que presenta más bien toda una rica

variedad de facetas, unas de tono social, otras de matiz psicológico o biológico, otras, en fin, de tipo pedagógico.

Los dos extensos volúmenes del P. JOSÉ MARÍA LÓPEZ RÍOSECO constituyen un auténtico Tratado de la delincuencia juvenil.

D. M.

**LUZÓN DOMINGO, Manuel: «Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal».**  
**Dos tomos (532 y 572 págs.). Barcelona. Editorial Hispano-Europea, 1960.**

El tema de la culpa criminal, que hasta hace poco había permanecido casi intacto en la bibliografía científica española ha adquirido últimamente honores de preminencia bien justificada, por cierto, tanto por el cúmulo de problemas teóricos que plantea como por su sobrada frecuencia en la práctica. La obra de LUZÓN DOMINGO, Fiscal y Profesor encargado de Cátedra en la Universidad de Murcia, no puede ni debe pasar ignorada en el aluvión de las que la actualidad y exigencias utilitarias provocan. Sin menoscabar su practicismo, es trabajo de mucha mayor enjundia doctrinal, que toma el tema, por decirlo así, *ab ovo*, arrancando de la problemática general de la culpabilidad, y aun de su sustentáculo primario de la imputabilidad. Lo que le sirve de preámbulo, en los cuatro primeros capítulos del tomo I, para entrar de lleno en el estudio de la culpa *stricto sensu*, a partir del quinto. En él fija su concepto de culpa afiliándose más bien a las tesis psicológicas que a las normativas, aunque es de alabar que prescindiera del anticuado criterio de la previsión, tan manido como equívoco. En cambio parece conceder demasiada importancia al factor de peligro y a la no necesidad y prohibición del acto, que, a mi modo de ver, no influyen decisivamente en la estimación de lo culposo. Pero no siendo éste lugar para polémicas, baste reproducir la original definición de la culpa que el autor propone: *la situación fáctica de la voluntad consciente de una conducta racionalmente peligrosa, innecesaria y no permitida que, a su vez, ha sido causa eficiente de un evento contrario a derecho y no querido*. Sigue el autor la dirección tradicional de enquistarse de la culpa en la culpabilidad y no en la acción, repudiando así tácitamente las tendencias del finalismo.

En el tomo II se acomete la tarea dogmática, de adecuación de la culpa a la imprudencia de nuestro Código, partiendo de la ardua y discutida concordancia de los artículos 1.º y 565 del mismo, que resuelve de acuerdo con la más frecuente y mejor jurisprudencia por la acepción dualista del primero y, por consiguiente, reconociendo voluntad no maliciosa en el acto culposo. El examen de los problemas de la imprudencia en general y de las doctrinas jurisprudenciales en torno, no le exime de un acucioso estudio crítico de cada uno de los supuestos juiciosamente sistematizados; así los de conducción de vehículos, que naturalmente ocupan la mayor parte del volumen, y en que se expresan las diversas situaciones de exceso de velocidad, no respeto de mano, uso indebido de luces, etc. Separadamente y siempre con riqueza casi exhaustiva de decisiones jurisprudenciales se exponen los casos de temeridad y los de simple imprudencia con infracción de reglamentos.

No agotada la materia con los supuestos delitos imprudentes contra las per-

sonas o daños, los capítulos últimos del libro XII y XIII se dedican a una todavía más ardua labor: la de considerar, a lo largo y ancho del Código, las infracciones susceptibles o no de ser incriminadas a título culposo, pues aunque el art. 565 ostenta formalmente dimensiones de generalidad es obvio que no todas las estructuras delictivas lo toleran. En la tan batallona cuestión de la falsedad documental culposa se adscribe a la tesis de su posibilidad, conforme a la sostenida tradicionalmente por nuestra jurisprudencia.

No se infiera de lo dicho que la tónica de la obra es la de un beato conformismo antes bien, y para su ventaja, destacan de toda ella impulsos de criticismo y originalidad, que no son el menor de sus encantos, denotando en su autor al jurista de raza en la euforia de una envidiable juventud. Es de lamentar, aunque ello no sea seguramente achacable al autor sino a dilaciones editoriales, que no se haya podido tomar en cuenta, a pesar de la fecha teóricamente tan reciente del libro obras fundamentales, como el quinto tomo del *Tratado de ASÚA*, así como sentencias del Tribunal Supremo que han rectificado criterios ancestrales, a veces de acuerdo con los sustentados ahora por él.

ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS

**NOVOA MONREAL, Eduardo. «Curso de Derecho penal chileno». Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1960. Tomo I. Parte General. 618 páginas.**

Las ciencias penales chilenas, bien conocidas y apreciadas por las contribuciones criminológicas MAS IVER y DRAPKIN, sobre todo, no habían producido, al menos a nuestro conocimiento, obras estrictamente jurídicas, quizá por la infundación de la ciencia del país, como de tantos otros hispanoamericanos, a las tendencias del positivismo, en el sentido *penal*, no en el jurídico de la palabra. superadas, al fin, por las más vigorosas y alertas personalidades en Argentina y Méjico —valgan entre otros los nombres de S. SOLER, FONTÁN y CARRANCÁ—, toca la hora a Chile de dar a la luz un Tratado digno de parangonarse con los más valiosos de lengua española, a un lado y otro del Atlántico. Ya NOVOA MONREAL nos había dado prendas de su valer en un muy reducido pero sustancioso librito, *Los elementos del delito*, fechado en 1952 que es una exposición de claridad meridiana de lo que tantos pedantes se esfuerzan en complicar la teoría jurídica del delito. Su *Curso* de ahora cumple sobradamente las promesas que allí se atisbaban *in nuce*, encontrándonos con una exposición clara y armónica de la Parte general de nuestra disciplina, de tanto más interés para nosotros cuanto que, como es sabido, el viejo Código penal chileno es de los que más fielmente conservan las tradiciones de los españoles. Por lo que muchas de las consideraciones del libro pudieran servir inmediatamente en nuestra dogmática.

No es posible, en los acotados lindes de una recensión, hacer una exposición crítica de obra de la envergadura del *Curso*, que por lo demás no pretende, como juiciosamente se dice en las "Palabras preliminares", otros fines que los didácticos, sin pruritos de novedad ni originalidad. A lo que cabría objetar al Profesor NOVOA, que no es poca novedad y originalidad, en ciertos ambientes ultra y citramarinos, la de ser modesto y claro, como él lo es en grado sumo. No se

crea por lo dicho que en la obra que se reseña nos hallamos ante un mero centón estudiantil horro de erudición y extraño a las preocupaciones científicas del momento, pues *NOVOA MONREAL* está muy al tanto de las últimas doctrinas, singularmente las alemanas e italianas, que desenvuelve con agilidad y ligereza para ponerlas al alcance de la comprensión de sus lectores y alumnos. Muy al tanto asimismo de la bibliografía española, aun la más reciente, lo que no siempre es fácil vistas las dificultades que, pese a todos los discursos en juegos florales, siguen subsistiendo en la actualidad para el tráfico científico entre España y América.

Doctrinalmente y en lo que atañe a la sustancia de todo lo penal, que es la teoría jurídica del delito, el autor lo define como *conducta típica, antijurídica y culpable*, sin incluir, pues, la penalidad, que considera añadidura tautológica, al modo de *BELING* y *MAYER*. Es de advertir que su noción de culpabilidad se aproxima y aun confunde con la de reprochabilidad *welzeliana*. Critica la definición legal de delito del art. 1.º de su Código penal, en lo esencial idéntica a la del nuestro, aduciendo que en ella no se contienen los caracteres de lo antijurídico ni de la tipicidad, incluyéndose en cambio la mención de la pena, que para él es consecuencia y no elemento constitutivo. A mi modo de ver, y sin adentrarme a discutir materia tan ardua y nebulosa como la de la antijuricidad, es inquestionable que la tipicidad se comprende netamente en la definición legal, si bien entreverada en la punibilidad; pues al decirse "penada por la ley" es claro que en esta exigencia de legalismo estricto que excluye todas las demás acciones u omisiones no previstas, esto es, las atípicas.

Sumamente interesante para el extranjero son las aportaciones al desarrollo histórico de la legislación penal chilena, del capítulo IX de la Primera Parte. Impecable la presentación tipográfica siendo de desear y augurar que pronto se dé cima a la obra con el volumen o volúmenes dedicados a la Parte especial.

A. Q. R.

**PAVON VASCONCELOS, Francisco, Profesor Ordinario de Derecho penal de la Universidad Nacional de México: «Comentarios de Derecho penal (Parte especial)». Editorial Jurídica mexicana. México, 1960. 157 págs.**

Fué elaborado este trabajo tomando como base las notas que sirvieron a su autor para exponer las lecciones correspondientes al segundo curso de Derecho penal en la Cátedra que desempeña en la Universidad Nacional de México.

Como se desprende de lo indicado, y su autor advierte, se trata de un libro de texto por lo que "su redacción y edición está dirigida especialmente a los estudiantes de Derecho, lo que justifica la superficialidad con que, en algunas ocasiones se tratan los problemas que dentro de la materia se presentan con relación a los delitos denominados "patrimoniales".

Consta el trabajo de cuatro capítulos y constituye su contenido el estudio de los delitos contra la propiedad, por él denominados *patrimoniales*.

En el capítulo primero a modo de parte general de este grupo de infracciones, estudia el concepto de patrimonio, al que considera fundamentalmente, en su

doble aspecto *económico*, conjunto de bienes mediante el que el hombre satisface sus necesidades, y jurídico, que define como "conjunto de relaciones jurídicas económicamente valiables". Seguidamente se pregunta si existe una doctrina del patrimonio dentro del Derecho penal, a la que, después de examinar las teorías de la *identidad* y de la *autonomía*, contesta inclinándose por la última, para lo que le sirve de principal argumento la opinión del Profesor CUELLO CALÓN, cuando afirma que las necesidades de la Administración de Justicia no permiten siempre la estricta observancia de los preceptos civiles sino que, en ocasiones, obligan a reformarlos.

Seguidamente se ocupa de buscar un criterio que sirva para clasificar estos delitos.

Examina los que lo encuentran en la naturaleza, mueble o inmueble, de los bienes; el que se apoya en el fin perseguido por el delincuente; el que se basa en la naturaleza de los derechos patrimoniales protegidos; en la violación del nexo patrimonio o en el ataque que comprende igualmente a otros bienes jurídicos.

Finaliza este capítulo, de carácter general, con el estudio de los principales caracteres diferenciales existentes entre los distintos delitos denominados en la legislación de su país contra el patrimonio.

En los tres restantes capítulos son minuciosamente examinados los delitos de robo, abuso de confianza (apropiación indebida en nuestra legislación) y fraude. Destaca en el estudio dedicado a la exposición de este último tipo delictivo, la parte en que se ocupa del difícil problema relativo a la distinción entre los ilícitos civil y penal.

Se trata de una obra en la que destaca, por su claridad y precisión de concepto, su utilidad didáctica y en la que consigue su autor plenamente el objetivo que se propuso al editarla.

C. C.

**REINHART, Maurach: «Die Kriminalpolitischen aufgaben der strafrechtsreform». Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag. Tubinga, 1960.**

La presente obra del gran profesor alemán está dedicada al estudio, en forma de dictamen de los objetivos políticocriminales perseguidos por la reforma jurídico-penal. La avenencia existente en teoría y práctica, en torno a los fundamentos de la política criminal, justifica la frase de que la reforma del Derecho penal es "misión de nuestro tiempo"; las experiencias sufridas bajo el nacional-socialismo han destacado los límites del poder punitivo del Estado; las Ciencias de la Naturaleza, comprendida la Física nuclear, han conducido a una revisión del concepto de causalidad; por último, Filosofía, Psicología y Criminología, han ofrecido una nueva imagen del hombre. Existe, pues, hoy una fundamental coincidencia en la contemplación de los conceptos de Hombre, Estado, Libertad y Poder punitivo. Es preciso, sin embargo, no olvidar que la promulgación de un nuevo Código presupone la reforma del proceso penal. La entrada en vigor del nuevo orden punitivo debería asimismo ir acompañada de la promulgación de una nueva Ley de ejecución penal.

La consideración del Hombre como ser libre capaz de autodeterminación, da lugar a que culpabilidad y retribución constituyan de nuevo las bases del Derecho penal, e inspira asimismo la clara separación entre los conceptos de culpabilidad y peligrosidad.

La posición básica de la culpa en el orden penal aboga por la reposición del párrafo 2 del proyecto ("quién actúe sin culpabilidad no será castigado, La pena no debe superar la medida de la culpabilidad") que, tras su instauración en el texto de 1958, fué suprimido en la segunda lectura verificada en 1959. La supresión de este párrafo privaría de sentido a la primera sección del futuro Código penal alemán en cuanto la dejaría reducida al reconocimiento del principio "nulla poena sine lege"; y propio de todo Estado de Derecho es el acoger en su orden punitivo, tanto el principio de legalidad como la garantía "nulla poena sine culpa". El paliativo, que se pretende dar a esta supresión del párrafo 2, consistente en enumerar dentro del párrafo 60 del proyecto entre las causas de determinación de la pena, la culpabilidad, resulta, tanto por su colocación sistemática como por la imprecisión ("base para la medición de la pena lo es la culpabilidad del autor"), insuficiente.

Elogios merece, según MAURACH, el mantenimiento del régimen de "doble vía" ("zweispuring") en el proyecto; en efecto, el nuevo Código penal alemán mantendrá separados los conceptos de pena y medida de seguridad conectados a culpabilidad y peligrosidad respectivamente. En el reconocimiento del régimen de "doble vía" existe, sin embargo, cierta discrepancia entre el proyecto y el vigente Código penal. Así por un lado la supresión de la agravación de la *pena* para el delincuente habitual *peligroso* prevista en el párrafo 20a) del vigente Código, y la configuración de la reincidencia como una propia causa de aumento de la culpabilidad por el párrafo 61 del proyecto ("... si se debe *reprochar* al autor que no se ha dejado escarmentar por las condenas anteriores"), han contribuído a una más clara separación entre los conceptos y de pena y medida de seguridad. Por el contrario, la facultad que el párrafo 87 del proyecto confiere a los Tribunales de abonar al condenado a una pena y a una seguridad, para la extinción de la responsabilidad penal, el tiempo de la duración de la medida de seguridad, representa un paso atrás en la implantación del régimen de "doble vía".

Tras estas consideraciones, dedica MAURACH las dos últimas partes del trabajo al estudio de las penas y medidas de seguridad. En relación al sistema de penas, fija el autor su atención en el mantenimiento de la distinción entre presidio y prisión, así como en la reincorporación al Proyecto del arresto penal. La mayor culpabilidad manifestada en los hechos punibles más graves debe ser tomada en consideración por la designación misma de la pena a aplicar; la variedad en la duración de una pena unitaria privativa de libertad resutaría insuficiente. Sólo elogios merece, según el autor, la implantación del arresto penal. Los defectos derivados de toda pena corta privativa de libertad, pueden ser mitigados por una adecuada ejecución (rigurosa separación de los condenados régimen celular...).

El régimen previsto en el proyecto para las medidas de seguridad —dirigido en primer lugar a conseguir la readaptación social y tan sólo de modo secundario el aseguramiento del sujeto— merece general asentimiento. La nueva medida de "custodia preventiva" ("vorbeugende Verwahrung"), que importa el internamiento de sujetos peligrosos menores de treinta y cinco años, de los que cabe esperar su reeducación, representa un experimento criminológico en el que se pue-

den depositar fundadas esperanzas. Por el contrario la medida de "inspección de seguridad" ("Sicherungsaufsicht") constituida por la sumisión del condenado a las indicaciones dictadas por el Tribunal, bajo el control de un encargado de la inspección, está sujeta a reparos.

El interés más actual ofrece este magistral estudio de política criminal debido al gran dogmático de Munich.

JUAN CÓRDOBA RODA

**ROSAL, J. del: «Algunas reflexiones sobre el Discurso de S. S. Pío XII al Congreso de la Unión de Juristas Católicos Italianos, en especial sobre «reparación» y «expiación» de la culpa». Separata de Estudios Jurídico-Sociales, Homenaje al Profesor Luis Legaz Lacambra II, págs. 1043-1070.**

El Profesor DEL ROSAL viene empeñado, desde siempre, en una lucha por la *humanización* del Derecho penal que, superando los límites estrictamente técnicos, reconduzca todos los problemas jurídico-penales —incluso aquellos que parecen exclusivamente técnicos— al presupuesto basilar de la construcción penal, que no es otro que el que el propio autor ha denominado, en repetidas ocasiones, presupuesto "antropológico". Quien esté al corriente de la producción científica del Profesor del Rosal, recordará que toda ella está presidida por este lema: "El principio y el fin de la especulación jurídico-penal es la persona del delincuente". Consecuente con esta premisa, en el presente estudio, el Profesor del Rosal aprovecha la ocasión que le depara una voz tan autorizada en materia de *humanitas* como la de S. S. Pío XII, para ofrecernos algunas meditaciones sobre los puntos cruciales del Derecho penal, aquellos puntos que postulan, quierase o no, una toma de posición frente al mundo de lo ético, puesto que al hablar de "reparación" y "expiación" se está haciendo reclamo a las nociones de culpabilidad y pena, y la culpabilidad y la pena, como recuerda oportunamente el autor, "forman las vértebras sobre las cuales descansa la naturaleza esencialmente ética y humana de la materia penal".

El estudio se inicia con una serie de observaciones que tienen por objeto fijar la distinción entre reparación y daño, y entre daño y ofensa, a fin de poder precisar luego el significado que encierra el vocablo "reparación" en el discurso de S. S. Pío XII. Al respecto, el Profesor del Rosal, después de referirse a ella en varios pasajes, denuncia el linaje positivista de la tesis mantenida por Antolisèi en tema de daño y ofensa, tesis en la que se estima que la pena no repara. En contra del penalista italiano el Profesor del Rosal sostiene que la pena efectivamente, aunque no en un sentido material. "Se trata de una restauración espiritual, pues ni el orden se rompe, ni tampoco se restaura nada más que simbólicamente, como prenda de justicia que es el ordenamiento positivo."

Un segundo apartado se dedica íntegramente a contemplar la *expiación* desde el punto de vista jurídico-penal. En él se llega a las siguientes conclusiones: a) La pena es retribución, o lo que es lo mismo, la pena es de esencia retributiva. Pero no debe olvidarse que la pena no opera en un orden absoluto, sino que ha de ser aplicada en el mundo "terrenal y circunstanciado, o sea, a una concreta realidad histórica", y es precisamente esta concreta realidad histórica

la que hace que la idea de la retribución venga atemperada por "las urgencias y necesidades de la inexcusable vida social". De aquí que aun admitiendo decididamente que es la idea de retribución la que presta su esencia a la pena, haya de reconocerse que la *necesidad*, cifrada en la *utilidad*, "constituye uno de los caracteres de la pena, como instrumento de imposición de la justicia en la comunidad política". b) A propósito de la pregunta por la pena *¿quia peccatum o ne peccetur?*, que no cesan de formularse los penalistas y que constituye una especie de juego de cara o cruz que sirve, en la mayoría de los casos, para dividirlos, se observa que contestar afirmativamente de un modo radical supondría en el primer caso, inclinarse a una *justicia absoluta* extraña a la realidad histórica y circunstancial en que está llamada a operar la pena, en tanto que, en el segundo, supondría entregarse en brazos de un puro *utilitarismo*, que da de lado a las exigencias de justicia. De ahí la necesidad de un equilibrio, que es posible conseguir si no se pierde de vista que la "*retribución* constituye la *esencia* de la pena" y que "el *fin* de la sanción está integrado por razones de *utilidad*".

En un tercer apartado se contempla la función de la pena, destacando las misiones de protección, expiación y reparación. Respecto a la primera observa el Profesor del Rosal, cómo la idea que inspira el *Discurso* se aviene con la dirección de la dogmática contemporánea que no se satisface con "cifrar la protección en los puros valores históricos", sino que, admitiendo que el Derecho penal protege esos valores históricos, pone de relieve que el ordenamiento jurídico-penal "halla la raíz de la protección en el valor de sí de los intereses protegidos". En este sentido, se dice textualmente en el *Discurso*: "Se trata en efecto, ante todo, no de proteger los bienes asegurados por el Derecho, sino el Derecho mismo." Por lo que hace a la expiación el *Discurso* ofrece los datos suficientes para trazar la línea de demarcación que separa la expiación divina de la expiación terrenal, pues mientras la primera es una expiación sin coloración alguna utilitaria, la segunda va acompañada de referencias históricas que empañan su pureza. En lo tocante a la función de reparación, el autor se preocupa de poner de relieve la medida en que se reconoce y la forma en que se diseña a través del *Discurso*, en el que si bien se dice que una vez producida la ruptura del orden justo, es imposible lograr que ya no exista, se afirma igualmente que es preciso dar satisfacción al orden violado. "Lo exige fundamentalmente la justicia." Esta pide que por la pena el responsable sea sometido forzosamente al orden."

En un cuarto apartado se pone de manifiesto cómo la idea de culpabilidad, considerada como presupuesto inexcusable de la pena, campea de continuo a lo largo de toda la argumentación de S. S. Pío XII destacando especialmente el Profesor del Rosal la finura con que aparece descrito el *iter* del culpable. Los razonamientos del *Discurso*, en punto a culpabilidad, permiten decir al autor, una vez más que "el parentesco entre a contemplación ética y jurídico-penal resulta de suyo aleccionador por cuanto de esta manera cabe explicarse, por el penalista, una serie de referencias que de no buscar su origen en el mundo de la Moral resulta infructuoso su hallazgo" y que "además, la dimensión histórica de la culpabilidad igualmente se comprende, como su tallo secularizado, desde la altiplanicie del orden religioso."

En un quinto apartado el Profesor del Rosal subraya cómo a lo largo de todo el *Discurso* aflora y se puntualiza, a cada paso, la necesidad del Derecho pe-

nal, "como instrumento insustituible para ordenar la paz dentro de la coexistencia humana". Una necesidad que exige la aplicación del precepto, pero una aplicación libre de todo espíritu de venganza o de cualquier otro sentimiento criticable, que acabaría por dar al traste con la justicia misma de la concreción del precepto.

Finalmente, en un sexto apartado el autor observa cómo en el *Discurso* aparecen oportunamente conciliadas las ideas de represión y prevención, al modo como postulan los penalistas contemporáneos. Al propósito el Profesor del Rosal concluye que "así montado el aparato penal en las dos dimensiones —represiva y preventiva—, se da cima a una política criminal consciente de sus fines, que diría F. von Liszt".

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

**SAINZ CANTERO, José Antonio: «La influencia de las ideas políticas en las ideas penales». Granada, 1959. 22 págs.**

La Escuela Social de Granada ha publicado la conferencia que pronunciase en dicho Centro, el día 8 de mayo del pasado año, el Profesor adjunto don José Antonio Sainz Cantero, en la que puso de manifiesto que la legislación punitiva, en todos los ciclos históricos, pero más que nunca en los tiempos modernos, se encuentra influida, mediatizada, por los hombres que dirigen las naciones. Las Constituciones se reflejan en el orden penal más que en ningún otro ordenamiento jurídico. Bettiol ha dicho que el Derecho penal es una política.

Recuerda el autor que los albores de los ordenamientos penales reflejan los grandes horrores de la vida de la justicia penal y no sólo en épocas extremadamente remotas ya que en Alemania se quemaba en la hoguera todavía en el siglo XVIII y en nuestra Patria pervivió la tortura hasta las Cortes de Cádiz.

Estudia el problema en el Derecho penal liberal y en el derecho penal autoritario, examinando las ideas políticas y las ideas penales de ambos, y es especialmente interesante el examen que, con referencia al último, hace del sistema actual de la Rusia soviética.

En uno y otro sistema, en el autoritario y en el liberal, dice Sainz Cantero, el perfil de la política se recorta sobre el borde de la idea y la legislación penal madurándola unas veces, endureciéndola otras, llevándola siempre a remolque; porque al subir al poder, los hombres descubren que el derecho de punir es el instrumento más poderoso que tienen a mano para hacerse respetar por los gobernados, y termina diciendo que, en todo momento, frente al sistema autoritario, o con el liberal, el hombre lucha por su libertad, por ese derecho sagrado que le reconoce la propia naturaleza, apetencia que recoge el Derecho penal que, a la larga como ha dicho un autor, es un espejo donde se reflejan los esfuerzos liberales de la Humanidad.

D. M.

**TACKENBERG, Gisela:** «Kreuzvehör und Untersuchungsgrundsatz im spanischen Strafprozess. Röhrscheid Verlag. Bonn, 1960. 110 págs.

En la ya copiosa serie de monografías editadas por "Investigaciones de Derecho penal comparado" dirigidas por Mezger y Jescheck, figura con el número 22 la que hoy se reseña. De temática netamente procesal, reviste para nosotros especial interés al referirse de modo concreto a las instituciones españolas, notablemente a la tan genuina técnica del interrogatorio contradictorio entre las partes, también conocido en la *praxis* anglosajona bajo el nombre de *Cross examination*, que en el léxico alemán se denomina *Kreuzverhör*, con nomenclatura un tanto equívoca, que anteriormente designó más bien la diligencia de careo, pero que no constituye en la aceptación actual una efectiva confrontación ni pugna de criterios, sino más bien un orden sistemático de llevarse a cabo determinadas pruebas testificales y periciales. Interesa sumamente a la doctrina alemana, donde predomina el sistema francés de interrogatorio a través de la Presidencia, existiendo, al parecer, propósitos de reforma procesal penal en que se dé entrada al anglo-español antedicho. De ello se ocupó en el pasado mes de abril la reunión de la Asociación de juristas alemanes de Bremen, con una Ponencia que fué confiada al autor de esta recensión. Con mayor amplitud vuelve a ocuparse del tema la doctora Gisela Tackenberg, que al efecto realizó en nuestro país un largo y fructífero viaje de estudios, dirigido por el Profesor de Bonn, doctor von Weber, buen conocedor de las instituciones españolas.

En este trabajo se dan a conocer las peculiaridades de nuestro sistema de interrogatorio, haciendo ver que, pese a la identidad de nombre, a través del léxico alemán, con el *Cross examination* inglés, no contiene el sentido de "proceso contradictorio" que en éste ostenta, y que tradicionalmente ha sido la crítica que sus adversarios le han dirigido en Alemania, considerándole reminiscencia civilista en desacuerdo con los principios esenciales del proceso penal. El estudio de diferenciación entre ambos sistemas, el anglosajón y el español se lleva a cabo a través de un exhaustivo examen de éste, a través de la legislación doctrina y *praxis* que constituye seguramente la monografía más completa sobre el asunto, no ya en lengua alemana, sino también en la española. Trabajo que indirecta y necesariamente ha de comprender el temario capital del desarrollo de la prueba testifical y pericial, en sus fases de preparación y de plenario. Es en esta última donde el interrogatorio cruzado presenta toda su efectividad, con regulación legal a través del artículo 707 LECrim., y no de mera práctica judicialista como acontece en Inglaterra, donde el principio acusatorio predomina desde el primer momento de la instrucción, quedando reducido el papel del Juez al de mero árbitro al que someten su propia investigación las partes. En España, en cambio, como en la propia Alemania la etapa sumarial queda dominada por el principio inquisitivo característico de la instrucción, con el que no llegó a romper la Ley de Enjuiciamiento criminal de 1882, pese a su bien reconocido liberalismo. En puridad de principios parecen contradictorios el de la instrucción inquisitiva y el del interrogatorio cruzado, ya que las partes en este período quedan subordinadas al predominio del Juez, pero ello no es óbice, y el sistema español lo prueba, para que, desterrado de la Instrucción, se admite en el Plenario; antes bien, esa duplicidad acentúa mejor las diferencias que informan ambas partes cardinales del proceso.

Concluye tan interesante trabajo, no meramente expositivo y comparatista, sino crítico también, aduciendo por separado las ventajas y desventajas que generalmente suelen computarse por amigos y enemigos del sistema. Y a la hora de decidir la autora pone de manifiesto cómo las desventajas han sido formuladas en vista al procedimiento de *Cross-examination* y no al genuino español, que se ve libre de ellas al limitarse a una técnica de preordenación y examen que en nada interfiere la soberana apreciación de los Tribunales, concluyendo pues con su neta superioridad a este respecto, tanto en comparación con el sistema seguido en Inglaterra, como con el vigente en Alemania.

A. Q. R.

**TERUEL CARRALERO, Domingo: «El delito de espionaje». Separata de la Revista Española de Derecho Militar. Madrid, 1960. 29 págs.**

Comienza nuestro distinguido colaborador diciendo que no habrá materia que haya servido con más frecuencia de tema a la novela y al cinema que el de las actividades de los espías. Raro es el día que la prensa no da noticia de que en algún país se ha descubierto una red de espionaje. Se atribuyen los más sorprendentes cambios políticos, no a la lógica y exacta gestación de fuerzas sociales o de cambios de opinión que inesperadamente afloran, sino a los manejos de agentes extranjeros que tienen interés en producirlos. Esto revela la actualidad de la cuestión, que merece un estudio científico, una consideración jurídica, una investigación y exposición del delito de espionaje, que, hasta ahora, no había sido tratado en nuestro país de una manera concreta, y cuya laguna llena el trabajo que anotamos, debido a la bien cortada pluma del ilustre Magistrado don DOMINGO TERUEL CARRALERO.

En los antecedentes históricos arranca el estudio del problema desde el Código de la dinastía de los Ming de la China, el *Ta Tsin Leu Le*, para continuarlo en la Grecia clásica, en Roma, en la Germania primitiva, en la Europa feudal, en los *Estatutos* y legislaciones particulares de las ciudades italianas, en la España medieval, en las Ordenanzas reales francesas, en las Ordenanzas de Carlos V y en las Ordenanzas militares de Carlos III, para hacer después un examen especial del Código de Napoleón.

Después de referirse a la duplicidad legislativa, por la doble regulación del delito de espionaje en el Código penal común y en las leyes penales de los ejércitos, lo examina en los Códigos penales ordinarios de 1822, 1848, 1850, 1870, 1928 y 1932. Y en los Códigos penales militares de 1884 (Código penal para el Ejército de tierra), Código de Justicia militar de 1890, Código penal de la Marina de Guerra de 1888.

De todo ello se deduce que, en la historia, había una gran confusión e indeterminación en el delito de espionaje, que perduraba en la época en que se promulgaron los Códigos españoles vigentes. El espionaje, al decir del autor, es uno de los medios insidiosos de hacer o preparar la guerra, consistente en apoderarse por dicho medio o de comunicar por él noticias, informes o documentos que las contengan, que sean desconocidos por el enemigo, o más enfocado al

campo penal, el apoderamiento, entrega o comunicación, con el fin de influir en una guerra empezada o en preparación, de noticias, informes o documentos que los contengan desconocidos por la parte a que se entregan.

Después de examinar la tipificación de este delito en la legislación vigente española, en el Código penal ordinario y en el Código de justicia militar, se llega a la conclusión de que la descripción del delito de espionaje en los textos legales españoles no es perfecta, es confusa y falta de sistemática. Por ello, es urgente la articulación de su punición en preceptos claros, concisos y conocidos que eliminen toda inseguridad. Es necesario una reelaboración legislativa. Se hace necesario formular un precepto claro que describiese los delitos de espionaje y prefijase su sanción, que quitaría el aspecto novelesco de la cuestión, con lo que este delito tendría el mismo interés que el robo con fractura, o el paricidio, un interés graduado sólo por la repulsión que produciría el conocimiento de su perpetración, que sería la mejor prevención, como lo es para cualquier otro.

D. M.

**TRAVAUX DE LA FONDATION INTERNATIONALE PENALE ET PENITENTIAIRE: «Trois aspects de l'ation Pénitentiaire». Tome I, Rapports. Berne, 1960. 504 págs.**

Se publica este volumen bajo los auspicios de la Fundación Penal y Penitenciaria, la que desde su fundación, el 5 de julio de 1951, tiene por misión promover los estudios en el campo de la previsión del delito y el tratamiento de los delincuentes, principalmente mediante la investigación científica, las publicaciones y la enseñanza.

Consta este primer tomo de un "Prefacio", debido a la prestigiosa pluma de P. CORNIL y de cuatro "Partes", que respectivamente se ocupan de la observación penitenciaria de los delincuentes, del tratamiento penitenciario, de la readaptación de los delincuentes a la vida en libertad y de los "rapport" generales, en los que son tratados los tres primeros temas enunciados respectivamente por Sir LIONEL FOX, Presidente de la Comisión de Prisiones de Inglaterra y del País de Gales; por JEAN DUPRÉE, Director General de Administración de los Establecimientos Penitenciarios Belgas, y por ERNEST LARMERS, Director General de Administración Penitenciaria de los Países Bajos

Sería nuestro deseo ofrecer, por lo menos, un breve resumen de cada uno en los trabajos presentados sobre cada uno de los trabajos presentados sobre cada uno de los tres temas propuestos; dado su excepcional interés y la personalidad científica de sus respectivos autores; pero, dado su número, solamente nos podemos permitir reseñar los que se han ocupado de cada uno de los indicados problemas.

La "Primera Parte", que trata de la observación penitenciaria de los delincuentes, está constituida por los trabajos presentados por NORMA FRENTON, BENJAMÍN FRANK, GEORG K., ESTURUP, GUNNAR RUDSTEDT, HÉCTOR BEECHE, CHARLES ANDERSEN, CHARLES GERMAIN, PIETRO NUSOLONE, C. J. F. VAN VEEN y H. A. C. ROEM.

La "Segunda Parte", en la que están comprendidos los trabajos referentes al "Tratamiento Penitenciario" consta de 19 trabajos debidos a las más prestigiosas figuras de cada país y en ellos se estudian las bases jurídicas de los regímenes penitenciarios, las tendencias actuales en los métodos penitenciarios, los establecimientos y las instituciones abiertas, los elementos esenciales del tratamiento penitenciario, las penas cortas de prisión, el problema referente a los jóvenes adultos, a las mujeres, a los reincidentes, a los anormales, a los delinquentes sexuales y a los culposos

Sobre el tema tercero "La readaptación de los delinquentes a la vida en libertad" se publican 21 trabajos en los que se trata del problema en los diferentes países. Así estudia la cuestión en Bélgica Madame D. GENONCEAUX; en Francia, ROGER VIENNE; en Grecia, Madame MARIE MAVROMATI; en Italia, G. de GENNARO, I. PALMIERI y G. TARTAGLIONE; en Suiza, SERGIO JACOMELLA; en Argentina, CARLOS GARCÍA BASALO; en la República Federal Alemana, ALFONSO VAHL; en Japón, YOSHIMOBU BATANAVE, etc.

En lo que a España se refiere el tema ha sido magníficamente desarrollado por el Magistrado del Tribunal Supremo e ilustre penalista señor QUINTANO RIPOLLÉS, que, después de afirmar que en nuestra patria no hay leyes relativas a la readaptación de los detenidos a la vida en libertad, sostiene que el espíritu de toda nuestra legislación está encaminada a este fin. Como prueba de su afirmación cita el artículo 84 de nuestro vigente Código penal, que establece el denominado sistema penitenciario progresivo para el cumplimiento de las penas cuya duración exceda de los seis meses de privación de libertad; la readmisión condicional (arts. 92 a 97), la libertad condicional (arts. 98 y 99) y la redención de penas por el trabajo (art. 100).

En resumen, se trata de una obra de excepcional utilidad para todos aquellos que dedican su actividad al estudio de la Ciencia de los delitos y sus correspondientes sanciones, pues en ella se encontrarán, en su más palpitante actualidad y expuestos por las más prestigiosas figuras, la situación de cada uno de los problemas examinados en los principales países del mundo.

C. C.

# REVISTA DE REVISTAS

## ALEMANIA

### Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

1959. Berlin De Gruyter. 71 Band. Heft 4

**GRÜNHUT:** «Rechtsvergleichende Bemerkungen zum deutschen Strafgesetzentwurf». (Observaciones comparatistas al Proyecto alemán).

Considera el profesor de Oxford el reciente proyecto de reforma del Código penal alemán, no como uno más de la serie, sino como cierre del largo proceso de reforma abierto con el de 1909. Hace ver, a este respecto, lo complejo y laborioso que resulta un trabajo de esta índole, recordando que también el emprendido en Suiza requirió un medio siglo de continuada labor, en la que participan, además de los miembros de las comisiones, la ciencia y *praxis* del país. Sin olvidar que la Codificación es, antes que nada, una obra práctica, destinada a ser completada por la jurisprudencia, no debe minimizar ni despreciar por ello las realizaciones científicas bien asentadas. Por eso no es de censurar que en el texto proyectado se acojan conceptos doctrinales, tales como los de culpabilidad, dolo y culpa, adoptándose incluso una tendencia teórica como es la del normativismo, tan sedimentada en la jurisprudencia alemana. Otro tanto cabe decir sobre la doctrina del error, antes impuesta jurisprudencialmente que por la vía legislativa escrita.

Saliendo al paso de ciertas críticas dirigidas al Proyecto por quienes piensan que no ha acogido suficientemente los datos brindados por la moderna Criminología, Grünhut hace ver muy oportunamente cómo esta materia no es propia del derecho material, sino más bien del procesal, y de modo más concreto del que regula la ejecución. «Para el legislador—dice—las más importantes consecuencias de la Criminología se hallan en la ejecución». Y a este respecto pone de manifiesto el escaso resultado obtenido por la *Criminal Justice Act* inglesa, de 1948, que prefirió la técnica del confusionismo de materias sustantivas y procesales ejecutivas en detrimento de ambas.

Al desentenderse el Proyecto, como corresponde a una ley material, de la personalidad del delincuente real, sigue manteniéndose el acento en el derecho penal de acto, propio de una tónica culpabilista, de culpabilidad por la acción perpetrada. Al contrario de los postulados de la llamada «defensa social», que pretende sustituir el acto por el pronóstico, y que remontando al Proyecto de Ferri parece haber triunfado en el suceso de 1954. Reposa el alemán sobre el cardinal principio de que la culpabilidad es la medida de la pena, y que ésta jamás debe rebasar aquélla. De ahí el alcance que se otorga a los tipos de la dilatada Parte especial, minimizada, en cambio, en las sistemáticas del positivismo o del defensismo. Los riesgos de un excesivo rigor casuístico, que por lo demás se evitan en lo posible en el Proyecto, se compensan por lograr una mayor uniformidad y seguridad en el tráfico jurídico.

Pasa revista el autor del artículo a las aportaciones extranjeras más visibles, mencionando la de los «días multas» escandinava, defendible tanto desde el punto de vista justicialista como en el de política criminal y aun en el de adecuación a la culpabilidad de cada penado. Defiende también la innovación de la nueva pena restrictiva de libertad denominada «arresto penal» o *Strahhaft*, considerada como una versión de la «custodia honesta», tan adecuada a las infracciones horras de reproche moral. En cuanto a tratamiento previsto para los delincuentes primarios ocasionales, cree ver su fuente de inspiración inmediata en la *corrective training* inglesa. Ya recomendada por una propuesta de Gladstone en 1895, la llamada *preventive detention* de la *Crime Act* de 1908, ha servido, asimismo, de primer modelo al tratamiento de los delincuentes habituales. Pero estas semejanzas no impiden diferencias sustanciales entre las instituciones inglesas y las alemanas del Proyecto, que son examinadas con acuciosa minuciosidad. Sin regatear los méritos del sistema alemán, pone en duda que el adoptado principio de la pena y medida de seguridad en perspectiva doble de binarismo satisfaga las exigencias del dogma culpabilista, constituyendo una complicación quizá inútil y perturbadora.

Concluye el trabajo con una detallada exposición del nuevo sistema de condena condicional, intermedio, en muchos aspectos, entre el tradicional francobéiga y el inglés de *Probation*. Materia—dice—en la que no es posible atenerse a los postulados puramente técnicos y desconectarles de su específica función político-criminal.

**SCHMIDHAUSER, Eberhard:** «Objective Strafbarkeitsbedingungen» (Condiciones objetivas de punibilidad).

En los últimos tiempos parecía estar un tanto acallada la disputa teórica en torno a la antaño tan batallona cuestión de las condiciones objetivas de punibilidad, generalmente identificadas a los elementos típicos reales en que se estipula un resultado desconectado de la culpabilidad. Y esta es precisamente la razón de que, en vista del auge recobrado en el derecho alemán por la dogmática culpabilista, desde la ley de reforma de 1953, y tan solemnemente reiterada en el Proyecto de Código, cunda la inquietud por la presencia de tales condiciones objetivas. Se las ha llegado a estigmatizar por Bemmann como reminiscencia de un derecho de resultado y hasta de azar, inconciliable con el de culpabilidad propio del sistema progresivo que hoy se propugna en Alemania. Y Engisch (en este mismo ZStW. 70, pág. 582) ha considerado una ventaja indudable de la doctrina *welzeliana* sobre los elementos normativos del derecho la posibilidad de que mediante ellos se desplace a los estrictamente objetivos. Al volver a poner sobre el tapete la cuestión, Schmidhäuser toma en cuenta, naturalmente, tan fundados recelos, pero hace ver cómo en el tecnicismo legislativo es muy difícil prescindir de las configuraciones objetivas, que no siempre han de revestir la repudiable forma de calificaciones por el resultado. Para ello propone límites a la libertad creadora del legislador, consistentes en respetar lo que estima función inmediata de las condiciones objetivas de punibilidad, a saber: condi-

cionar la punibilidad, pero partiendo siempre de la acción típicamente injusta y culpable. Con lo cual se incorporarían dichas condiciones a la propia estructura jurídico-penal del delito, no quedando al margen de ella, como pensaba Radbruch. En cambio, puede y debe favorecerse el empleo de las condiciones objetivas en el sentido adverso de no punibilidad, es decir, limitando la operabilidad de los tipos, lo que habría de constituir una bien deseable economía procesal.

La conciliación propugnada en este trabajo tiene su reflejo en el texto del Proyecto de Código alemán, en el cual no dejan de consignarse tipologías con condiciones objetivas de punibilidad, sin que por ello se merme su sentido culpabilista. Tema que da lugar al siguiente artículo, titulado «Condiciones objetivas de punibilidad en el Proyecto de 1959» y que firma el Docente de Bonn Dr. Günter Stratenwerth. Inútil parece seguirle en su acuciosa búsqueda a lo largo de su articulado, lo que equivaldría a restaurar las interminables polémicas en torno a un concepto dogmáticamente superfluo. Que de servir para algo, como hace poco dijera Arnim Kaufmann, es para incluir en él lo que desborda o resulta incómodo encajar en los elementos tradicionales del delito. Si se extiende demasiado, como hace Stratenwerth, se confunden las tales condiciones con los elementos objetivos de lo típico, y si se restringe, quedan reducidos a las calificaciones por el resultado, que ya no tiene razón de ser en el derecho alemán desde la ley de 1953. Por lo demás, la transmutación de requisitos positivos en negativos, conduce en el autor a abusivas extensiones del concepto de condiciones objetivas de punibilidad. Así, respecto a la *exceptio veritatis* de los párrafos 179 II y 181 II del Proyecto, hace del no poder probar la verdad de lo afirmado una condición objetiva de punibilidad. Y otro tanto en la que para ser punible la resistencia, es requerible que la autoridad no haya obrado antijurídicamente, siendo así que el párrafo 420, IV se limita a excusar de pena en el caso de que su conducta fuere antijurídica. Obsérvese, respecto al último de los ejemplos citados, que nuestra mejor jurisprudencia había llegado a idéntica conclusión sin necesidad de un precepto concreto como el que figura en el Proyecto. No superfluamente, por cierto, ya que es siempre preferible que elementos de tan decisiva importancia consten de modo expreso en las tipologías para evitar equívocos.

Concluye el trabajo de Stratenwerth, como el de Schmidhäser, admitiendo la licitud del empleo de las condiciones objetivas de punibilidad, pese a la grave crisis doctrinaria de su concepto, pero sobre la base de un absoluto respeto a la culpabilidad y que no sea un mero expediente práctico para los fines más diversos.

**LAMPE, Ernest-Joachim:** «Täterschaft bei fahrlässiger Straftat». (Autoría en el acto culposo).

Sobre el cañamazo de dos recientes sentencias del Tribunal Supremo Federal, en asunto civil la una, y en criminal la otra, se reconsidera en este trabajo gran parte de la teoría de la acción culposa, siempre de actualidad, tanto en el campo de la especulación, como en el de la práctica. En el sentir

del autor, trátase de conectar la responsabilidad culposa no sobre el binomio causal ordinario de «voluntad-resultado», sino el de «imprudencia-resultado», reducible el primer término al de conducta y evitabilidad. No se ve claramente la pretendida antinomia entre «voluntad» y «conducta», por cuanto que ésta, para ser penalmente relevante, ha de obedecer a una volición previa. En cambio sí que es convincente, aunque no ciertamente original, el propósito de cambiar el signo de lo culposo de la idea de previsibilidad a la de prevenibilidad. Consiste en el quebrantamiento de un específico deber de cautela, pero no de una genérica, sino de la precisada en el tipo culposo. Por lo que se define la imprudencia un tanto tautológicamente, como la «violación de un tipo culposo»; concepto que responde a la sistemática alemana de la culpa específicamente tipificada, no para la española, de estructura abierta y genérica. Diferencia tan sustancial que hace inútil para nosotros el estudio de las demás consideraciones sobre el tema.

**HUHLER, Hans: «Die Enschädigung des Verletzten in der Rechtspflege».**  
(La indemnización a la víctima en el proceso).

Se da cuenta en este artículo de las cuestiones sustanciadas en la reunión de criminólogos belgas y holandeses de diciembre de 1958, sobre el tema de las reparaciones debidas a la víctima de la infracción criminal. Asunto ciertamente descuidado por la doctrina, absorbida, en cambio, por una quizá desmedida atención proteccionista al delincuente, y que al reconsiderarse nuevamente, ha dado lugar incluso a un raro neologismo, el de *Victimología*. Sin llegar a creer en su sustantividad, el autor del trabajo estima que el problema es de suma importancia, tanto en lo político-criminal, como en lo estrictamente jurídico, material y procesal, si se tiene en cuenta que la «víctima» ostenta el doble carácter de «sujeto pasivo» de la infracción y de «parte» en el proceso. No parecer ser suficientemente satisfactorio el remedio usual en Alemania del llamado «proceso de adhesión», cuya simplificación se propugna en un sentido de facilitar el acceso de la víctima a la más efectiva exigencia de sus intereses lesionados. Con razón alaba el autor el sistema español de atribuir de oficio por el Fiscal la exigencia de las responsabilidades civiles dimanantes de delito, así como el italiano, de poder constituir una hipoteca sobre los bienes del inculcado en beneficio de su víctima.

La sección bibliográfica del fascículo, encomendada al profesor Leferenz, de Heidelberg, está dedicada a Criminología con detallada crítica recensión de las últimas publicaciones de Von Henting.

En la de Derecho Comparado se insertan los siguientes trabajos informativos: «Elementos históricos y racionales en Derecho penal inglés», de Grünhut; «Fundamentos teóricos del Código penal griego», de Karanikas, y «Relación sobre el Derecho penal latinoamericano», de Jiménez de Asúa, comprendiendo este último trabajo el bienio 1956-1957,

## BELGICA

## Revue de Droit Pénal et de Criminologie

Enero 1960, núm. 4

**BOUCIQUE, L. A.:** «La Narco-Analyse, Méthode d'investigation criminelle?», páginas 319 a 372.

Esta memoria es una traducción del holandés hecha por el mismo autor, de la que ha obtenido el premio de la Unión Belga y Luxemburguesa de Derecho penal en 1959.

Con detalle y gran documentación estudia BOUCIQUE la aplicación de este método de investigación de la persona, que es el narco-análisis en el campo del Derecho.

En el primer capítulo, dedicado al estudio del narco-análisis desde un punto de vista médico, después de unas consideraciones históricas sobre el narco-análisis, recuerda BOUCIQUE lo que éste debe al psicoanálisis y a FREUD, señala que el inventor de su nombre lo fué, en 1936, el inglés Stephen HORSLEY. Luego, expone el autor las técnicas de aplicación del método y las reacciones del paciente hasta llegar al subconciente en el tercer estado, denominado «estadio fecundo», así como los peligros del pentotal sobre el organismo humano, distinguiendo, en fin, el narco-análisis del narco-diagnóstico.

En el capítulo segundo, el autor se ocupa del empleo del narco-análisis *in foro*. Aquí, BOUCIQUE, traza un esquema histórico del empleo de los narcóticos *in foro* antes de 1945 y después de esta fecha, que es cuando se produjo la primera toma de posición de los médicos y juristas europeos de la «Société de Médecine Légale de France», aludiendo de pasada al «caso CENS», llamado el «affaire du penthotal». También estudia el autor la propagación del narco-análisis y su aplicación en Rusia, Europa Oriental, Estados Unidos de América, Inglaterra, Suiza, Francia, Bélgica, Venezuela, etc.

En su tercer capítulo el autor trata del valor del narco-análisis y del narco-diagnóstico como medios de investigación criminal.

Por lo que al narco-análisis se refiere, no tenemos ninguna seguridad de lograr la verdad. El dominio que se nos abre no tiene fronteras entre lo real y lo imaginado, siendo una mezcla de fantasía, de deseos nos realizados y de acción. Además, sólo se puede realizar en un clima de plena confianza entre el paciente y el médico.

Por otra parte, el narco-análisis no permite conocer «toda la verdad». Así, un individuo de mucha personalidad y voluntad puede negarse a hablar e incluso mentir, mientras que otro débil o sugestionable puede llegar a confesarse autor de un hecho que no ha cometido.

En cuanto al narco-diagnóstico, que tiene por fin esclarecer la responsabilidad del acusado, tampoco proporciona resultados seguros, ya que no elimina la posibilidad de simulación.

En vista de todo ello concluye el autor afirmando que la verdad objetiva

no puede ser descubierta por estos medios que sólo exploran el inconsciente y no los hechos concientes que el procesado tratará de ocultar.

L. A. Boucique trata luego, en el capítulo IV, de las objeciones que surgen en contra de la aplicación del narco-análisis *in foro*. Estas objeciones se encuentran fundadas en el principio de la integridad corporal y sobre todo de la integridad psíquica y la libertad individual, repetidas veces afirmadas por las Constituciones, por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, por la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950), etc. En efecto, las declaraciones obtenidas bajo narcosis no son las de un hombre libre, consciente y responsable. El autor citando a FEBER plantea el problema como conflicto entre los derechos de la Sociedad y los del individuo combatiendo el argumento según el cual el individuo que ha infringido una norma de Derecho, el que ha conculcado los derechos de la Sociedad, no puede reclamar ningún derecho para él. Este argumento nos lleva, según Boucique, a un círculo vicioso, ya que no se conoce la supuesta culpabilidad más que por el narco-análisis. El verdadero conflicto se plantea, como acertadamente recoge el autor, como un conflicto moral entre la verdad buscada por cualquier medio y la dignidad del hombre.

El narco-diagnóstico, considerado como medio auxiliar junto con las pruebas médico-legales, constituye un problema distinto. Varios autores que se declaraban adversarios del narco-análisis no se han opuesto al narco-diagnóstico y consideran deseable su aplicación si puede revelar una enfermedad mental o una simulación. Sin embargo, ciertos autores también son hostiles al narco-diagnóstico, por admitir la simulación como medio de defensa. Boucique se muestra contrario a su admisión en la situación actual, excepto en el caso de que el inculcado haya confesado ya los delitos que se le atribuyen.

En el último capítulo examina el autor el «derecho al silencio» señalando que es un derecho discutible y que en muchos países no figura expresamente en ningún texto legal.

En la Antigua Roma y en la Edad Media Europea se empleaba corrientemente la tortura para obtener confesiones del inculcado y tener así una prueba de su culpabilidad. Abolida en Francia hacia el fin del Antiguo Régimen, se considera, desde entonces, que el derecho al silencio debe ser respetado como un derecho sagrado. Mas actualmente se esboza la tendencia de considerar al silencio del inculcado, no como un derecho, sino como una «posibilidad» basada sobre la impotencia práctica para impedirlo por no emplear la coacción directa, asimilando Boucique la confesión extraída por medio del pentotal a la obtenida por golpes y sevicias.

El autor concluye reprobando, en una sociedad como la actual que pretende ser humana, todos los métodos de interrogatorio que spongian, ora la acción de los golpes y otras torturas físicas, ora la amenaza del sueño o de la fatiga o del empleo de medios químicos que conduzcan al aplastamiento físico y psíquico del hombre, a su abatimiento, para obtener confesiones y condenas. «Dejemos al narco-análisis el carácter de procedimiento terapéutico y a la inyección de pentotal la de un acto médico que es lo suyo».

**E S P A Ñ A****Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios**

Dirección General de Prisiones.—Madrid.

Número 148. Septiembre-octubre de 1960.

En la Sección doctrinal se publica una nota sobre la Memoria publicada por la Dirección General de Prisiones y el artículo que seguidamente publicamos.

**LOPEZ RIOCEREZO, P. José María, O. S. A., Profesor de Derecho Penal en el Colegio de Estudios Superiores de María Cristina de El Escorial: «Ejemplaridad de una obra social y humanitaria: La obra de la Asociación de Patronatos de Presos y liberados», págs. 2375 a 2430.**

Considera el autor que la protección que debe dispensarse a los reclusos cuando recobran la libertad y se hallan de nuevo frente a todos los peligros e incitaciones que antes les hicieron caer en el delito, es complemento indispensable de la acción reformativa ejercida en los establecimientos correccionales, y añade que si este Patronato debe alcanzar a los liberados de todas las edades, es mucho más necesario con relación a los menores, ya que «la protección o tutela postcorrecional de los menores delincuentes tiene, sin duda, tanta importancia como la misma educación correccional que ha de dárseles. Sería inútil someterlos a esta educación durante varios años para que después fracasara por completo por falta de la debida vigilancia y guía en los primeros tiempos de la libertad.

Después de estas consideraciones generales, expone ampliamente la misión eminentemente tutelar que corresponde a los patronatos y la historia de esta institución postcarcelaria.

Objeto de especialísima atención es el estudio de las instituciones postcarcelarias en España, que son estudiadas en sus aspectos histórico, jurídico, positivo y orgánico. Señala que Madrid es la sede de la Asociación Internacional de Patronatos de Presos y Liberados.

Finaliza el estudio con un examen de la institución de Patronatos en el derecho comparado.

Siguen las habituales secciones de temas de divulgación, actividades del Ministerio de Justicia, varios, bibliografía y revista de revistas.

CÉSAR CAMARGO

## Revista Española de Derecho Militar

Número 9. Enero-junio 1960

La sección doctrinal o «estudios» de esta Revista contiene los artículos siguientes:

**SIGEKI, Miyazaki y HANS, Wiebringhaus:** «La protección de los derechos del hombre en caso de guerra».

La preocupación actual por la protección penal de los derechos del hombre habría de llegar, y llegó, al derecho de guerra. En este aspecto son estudiados por los autores indicados, pues aunque como dicen, parece que la guerra se encuentra ya en el camino que en el Derecho interno llevó a la abolición del duelo, hay que admitir la posibilidad de nuevos conflictos armados, como prefiere llamarlos la Carta de las Naciones Unidas, que prohíbe su empleo, aunque autorice los actos de legítima defensa del agredido.

Estudian después la razón de ser de la protección de los derechos del hombre en el Derecho de guerra posible, aunque prohibida, que son razones de cálculo, religiosas y de humanidad, para después de considerar la posición general del problema en relación con los principios del Derecho Internacional General, enuncia los derechos protegidos, que son: a la vida y al respeto de la persona humana; a la libertad y a la interdicción del trabajo forzado u obligatorio; al honor; la libertad de expresión y de opinión; a la buena administración de justicia; a la libertad profesional; a los derechos sociales; a la propiedad privada y a la no discriminación de carácter desfavorable basada en raza, religión, sexo, etc., para restringir los derechos enumerados. El mismo examen respecto a las tres prohibiciones básicas del Derecho de guerra, toma de rehenes, penas colectivas y represalias.

Termina estudiando el control de la protección de los derechos del hombre en tiempo de guerra, que puede ser de carácter general encargado a órganos nacionales de control, a potencias protectoras, y a la Cruz Roja Internacional, y de carácter judicial que el Convenio de Roma proyecta para un tribunal europeo de los derechos del hombre, atribuida en limitada competencia al Tribunal Internacional de Justicia al que abrió camino los Tribunales de Nuremberg y Tokio.

**JIMENEZ ASENJO, Enrique:** «Crimen y castigo de la devastación atómica o de la guerra A. B. C.».

La guerra A. B. C., sigla que indica la atómica, bacteriológica y química, la guerra total, por la devastación absoluta del país enemigo, que puede poner en peligro la existencia de la vida animal, es la pesadilla de la humanidad, contra la que hay que luchar agrupando a sus enemigos y haciendo ambiente a la oposición a ella.

Este es el motivo del trabajo con cuya exposición se encabeza, pasando después a estudiar el concepto de devastación para determinar la militar como la única criminológicamente interesante, y su empleo en las tres fases de la guerra hasta ahora conocidas.

En la natural o prejurídica, en la que no tiene técnica alguna y se dirige, según la intuición de los jefes, en la guerra romántica, la devastación se da cuando débiles reglas de honor no lo impiden. Nace con Napoleón, la segunda fase, jurídica y humanitaria al hacerse los ejércitos nacional y permanentes, con cuadros de mando profesionales, y aparecer por ello Ordenanzas de guerra y Leyes de justicia militar, los inventos guerreros hacen la guerra más mortífera y provocaron, tras de la guerra de 1870, una reacción humanitaria, que se traduce en convenios internacionales y en leyes internas, que estudia, las que tratan de limitar sus efectos, y, por último, la fase totalitaria o atómica, que nace con la última guerra.

El terrible problema de su empleo en guerras posteriores puede tener una solución jurídica. Para llegar a ella hay que estudiar, como lo hace el autor, la ilicitud de la guerra y la organización de la paz, para que aquella no se produzca, con la descripción de los actos que serán considerados como crímenes contra la paz, de guerra y contra la humanidad, que sirvieron de base al funcionamiento del Tribunal de Nuremberg, la aceptación de los principios de estar ligado el hombre con deberes supranacionales con la humanidad y la no justificación del acto realizado por obediencia a órdenes superiores, y la creación de una jurisdicción internacional que ha de ser necesaria, universal, ejercida por jueces libres y técnicos, con recursos contra sus decisiones que aseguren su imparcialidad.

**TERUEL CARRALERO, Domingo:** «El delito de espionaje». Damos referencia de este trabajo en la Sección de Revista de Libros.

**PEREZ PRENDES, y MUÑOZ DE ARRACO, José Manuel:** «El origen de los caballeros de cuantía y los cuantiosos de Jaén en el siglo XV».

Caballeros de cuantía son aquellos individuos que por poseer una riqueza base determinada por la Ley, venían obligados a prestar el servicio militar a caballo y a su costa, llamándoseles también cuantiosos, continuos, de alarde, etc., y eran una especie de caballería villana paralela a la de los nobles, con el objeto de defender la frontera.

Dicho esto, sólo hemos de añadir que los precedentes de esta milicia, su origen, regulación jurídica de su reclutamiento, entretenimiento y comprobación, así como su evolución hasta Alfonso XI, las reformas de este Rey y del Condestable de Castilla Miguel Lucas, están magníficamente estudiados y sin duda han de ser valiosísimos para una historia del Derecho Militar.

En la sección de «Notas» o legislativa:

**ROMAN VIDAL, Sergio M.: «El delito militar en el Código de Justicia Militar chileno».**

El Código de Justicia Militar chileno no da una definición de delito militar, sino que acepta la definición general que da el Código común, pudiendo determinarse su ámbito en la esfera funcional al atribuirse a la jurisdicción militar el conocimiento de los delitos que se consideran militares; y decir luego que dicha jurisdicción conoce de los establecidos en el Código de Justicia Militar y leyes especiales, por esta delimitación se puede decir que lo constituyen todo atentado contra la disciplina y el potencial militar de la Nación pudiéndose calificar en propios e impropios, o comunes-militares, en dolosos y culposos.

Los principios generales en que se basa su Código Militar Penal están agrupados en él, bajo la rúbrica de «reglas generales», pero estos principios sólo se refieren a la especialidad militar del Código, pues por declaración expresa de éste rigen los contenidos en el Libro I del Código Penal común, es decir, que el legislador chileno tiene buen cuidado de resaltar el carácter especial de la Ley militar. Estas peculiaridades de carácter general se refieren al cumplimiento de un deber, al estado de necesidad, a la obediencia debida, a la falta de conciencia en orden a la licitud de la conducta, o de exigibilidad en orden a la previsión del resultado, y reglas especiales en relación con la constelación de circunstancias que integran la culpabilidad.

El autor estudia, además, la participación de los no militares en los delitos propiamente militares, y el concurso de delitos militares y comunes en este extenso y logrado trabajo del que sentimos no poder dar más detallada noticia.

**BARREDA TREVIÑO: Celestino: «El Código de Justicia Militar de las Fuerzas Armadas de Marruecos».**

Reconocida la independencia de Marruecos, procedió rápidamente este país a la organización de sus fuerzas armadas, para lo que era necesario la promulgación de un Código de Justicia Militar que se da en 10 de noviembre de 1956, que es la obra personal del Ministro de Justicia Si Bekkai, el que se limitó a traducir el Código francés de 1928.

En sus siete libros se contiene: la organización de la Justicia Militar; de las penas aplicables a los crímenes y delitos cometidos por militares y asimilados; disposiciones generales; escribanía de los tribunales militares; disposiciones transitorias; disposiciones excepcionales y fecha de efectividad.

Son peculiaridades de él en relación a su modelo: el establecerse su vigencia con anterioridad a la fecha de su promulgación, aunque se siente el principio de irretroactividad para lo sucesivo; su carácter de fuero personal o de privilegio, por estar sometidos a él todos los militares o asimilados que hayan cometido cualquier crimen, delito o contravención, y los

que los hayan cometido contra ellos, la razón de delito sólo entra para atraer a su órbita todos los contra la seguridad exterior del Estado, cualquiera que los hubiese cometido, y la razón de lugar a extenderse su competencia con exclusión del común, a todos los delitos cometidos por cualquier persona en territorios declarados militares; el poder tomar el Tribunal Militar Permanente catorce formas distintas, según el delito y el delincuente juzgado, y algunas otras de menor relieve.

\* \* \*

Contiene este número de la Revista, como los anteriores, sus acostumbradas y copiosas secciones de recensión y noticias de libros, noticiario o información y legislación y jurisprudencia, ésta en sus diversas ramas.

DIEGO MOSQUETE

## CHILE

### Revista de Ciencias Penales

Enero-abril 1959

**NOVOA, Eduardo: «La conducta, primer elemento del delito», pág. 3.**

El presente trabajo forma parte de la obra de próxima aparición *Curso de Derecho penal chileno*, del Profesor titular de Derecho penal de la Universidad católica, cuyo capítulo comprende el siguiente sumario: 1.—Concepto. 2.—Característica de la conducta. 3.—La acción. 4.—La inacción. 5.—La ausencia de conducta. 6.—La eximente de fuerza irresistible.

El delito, al decir del autor, es fundamentalmente una conducta, esto es, un comportamiento humano externo, aunque no toda conducta sea delito, sino solamente aquellas a las que gradualmente delimitan los demás elementos constitutivos del delito (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad). La conducta es un elemento del delito, como puro fenómeno natural, que consiste en un comportamiento exterior del hombre, positivo o negativo.

Para que un hecho concreto constituya una conducta es necesario que sea un comportamiento exterior, es decir, que pertenezca al campo de los sucesos físicos, perceptibles por los sentidos; y que sea un comportamiento humano.

Cuando la conducta humana se manifieste de una manera positiva, con un movimiento corporal del sujeto activo, nos encontramos en presencia de una acción. Por el contrario, el comportamiento que se manifiesta con falta de movimiento corporal de un sujeto, cuyo sistema nervioso superior está conectado con sus nervios motores, constituye una conducta negativa, siempre que la inacción no esté determinada por la aplicación de *vis absoluta*. Y hay ciertos movimientos o posiciones del ser humano que no constituyen

conducta en el sentido jurídico. Así, no la constituyen los actos reflejos ni todo aquello que un hombre hace en calidad de mero cuerpo físico, determinado en su obrar o en su posición por una fuerza física irresistible.

Un ser humano puede moverse o permanecer quieto, como consecuencia de una fuerza física que se aplica sobre él y que lo constriñe al movimiento o inmovilidad, cuya violencia puede obrar sobre él, en dos formas diferentes: o bien porque es violencia material que se aplica sobre su cuerpo y que fuerza a éste a un determinado movimiento o se lo impide, como serían los casos del que toma la mano de otro y le obliga a un movimiento o del que da un fuerte empujón a otro, lanzándole sobre otra persona o cosa (la llamada *vis absoluta*), o bien porque es violencia material que tiende a obligar al sujeto a que él mismo decida el movimiento o inmovilidad, como sería el caso del que azotara a otro para compelirlo a abandonar un lugar. En la primera forma de violencia física, el sujeto forzado es un mero cuerpo físico; en la segunda, obra con impulso de su propio sistema nervioso en razón de que la aplicación de violencia física ha estado dirigida a doblegar su voluntad, obteniendo que ésta decida el movimiento o abstención de movimiento.

Seguidamente el autor del artículo que comentamos hace el estudio de la circunstancia eximente del Código penal de su país, 9.ª del artículo 10, aplicable al que «obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable», haciendo la crítica de la jurisprudencia chilena relativa al aludido precepto legal.

**LOPEZ, Osvaldo: «Extensión y límites de la disposición contenida en el número 4.º del art. 359 del Código de procedimiento penal», pág. 22.**

El precepto en cuestión hace referencia a la libertad provisional, que se otorga, en el Código de procedimiento penal chileno: 1.º A los autores de delito a que la Ley impone una pena menor que las de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores, en su grado máximo. 2.º A los cómplices y a los encubridores de delitos a que la Ley señale una pena mayor que las del número precedente, cuando, según la Ley, haya de reducirse la pena a una menor que las designadas en dicho número. 3.º A los reos de delito frustrado o de tentativa que se hallen en el caso del núm. 1.º; y 4.º A los procesados como autores, cómplices o encubridores de cualquier delito, siempre que, por las circunstancias atenuantes que concurren o por las que resten una vez compensadas ellas con las agravantes del caso, la pena sea menor que las expresadas en el mismo número 1.º

El trabajo que examinamos se refiere especialmente al 4.º apartado, para censurarlo, porque, al decir del autor, no estuvo feliz el legislador al darle forma del modo como lo hizo, porque contiene inexactitudes de lenguaje jurídico que hacen que tenga escasa aplicación práctica en los Tribunales chilenos, no obstante su importancia, el campo de acción perfectamente delimitado que posee y la *intención* que tuvo el legislador al dictarla.

Seguidamente examina el problema, con extensión y competencia, po-

niendo de relieve la incongruencia del precepto en cuestión, con diversos artículos del Código penal, especialmente con los relativos a las reglas que regulan la aplicación de las penas, atendiendo a la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal.

Mayo-agosto 1959

**JIMENEZ DE ASUA, Luis:** «Los modernos problemas de la imputabilidad», página 91.

El presente trabajo se desarrolla con el siguiente sumario: 1. Planteamiento de la cuestión: I. *Los antiguos problemas*. 2. La imputabilidad clásica y libre albedrío. 3. Responsabilidad, positivismo y eclecticismo; II. *Los nuevos problemas*. 4. Determinismo de ayer y de hoy. 5. Causalidad y libre albedrío conforme a la filosofía y a la Ciencia. 6. Imputación, atribubilidad y responsabilidad. 7. Imputabilidad y capacidad.

La imputabilidad fué bandera de la escuela clásica, negada después por el positivismo, y resucitada, más tarde, con sentido ecléctico. Hoy se cuestiona el lugar sistemático que la imputabilidad debe tener en la teoría normativa de lo culpable: para unos es elemento de ella; para otros, presupuesto psicológico *sine qua non* de la culpabilidad.

En el examen de los antiguos problemas, arranca del concepto de la imputabilidad del P. Jerónimo Montes, al estudiar el concepto clásico, que se basa en la existencia del libre albedrío y de la responsabilidad moral, para estudiar después el determinismo y eclecticismo. Al tratar de los que denomina nuevos problemas, es muy interesante el epígrafe que se refiere a la «imputabilidad y capacidad», refiriéndose esencialmente al Código penal italiano, y a la opinión de los penalistas de dicho país que distinguen la «imputabilidad» de la «capacidad criminal». La imputabilidad en la capacidad del agente, para que pueda serle penalmente atribuído su acto. Hace falta la capacidad de comprender la naturaleza de los actos que aquel agente realiza y dirigir sus acciones conforme a ese entendimiento. El hombre es imputable cuando ha podido conocer la naturaleza de su acto y dirigir, conforme a ese conocimiento, sus propias acciones.

**CURY, Enrique:** «El delito continuado», pág. 104.

Se publica aquí una primera parte de un interesante trabajo del que es autor un Ayudante de Cátedra de Derecho penal de la Universidad de Chile, que comienza definiendo el delito continuado, como «agrupación de acciones sucesivas, típicas, antijurídicas y culpables—cada una de las cuales es, por tanto, bastante a configurar una infracción punible—en la cual quiere verse, sin embargo, un solo delito; y ello en razón de una conexión que vincula a todas esas acciones, excluyendo su independencia». El autor hace la crítica de las doctrinas formuladas, en esta materia, subje-

tivas (Impallomeni, de Marsico, Pisappia y Proto); objetivas (Mezger, Alfelo, Liszt, Hippel); mixtas, que «más que una simple composición entre tendencias opuestas—como dice Proto—es una exacta puntualización del cómo se exteriorizan, actuándose el contenido doloso del delito continuado».

Septiembre-diciembre 1959

**ETCHEBERRY, Alfredo:** «Reflexiones críticas sobre la relación de causalidad», pág. 175.

Comienza el autor el estudio del problema, en la exposición histórica, citando y siguiendo el interesante trabajo de Antonio Huerta Ferrer, publicado por este Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, con el título: «La relación de causalidad en la teoría del delito». La causa de los delitos es la voluntad humana. En los delitos de misión propia y de simple actividad, esta imputación causal se fundamenta en la simple pasividad o actividad voluntarias. En los delitos de resultado, dicha actividad o pasividad deben ir acompañadas de cierta idoneidad, entendida como previsibilidad al resultado, a partir de la actividad querida, según la experiencia general y conociendo todas las circunstancias existentes al momento de actuar.

**CURY, Enrique:** «El delito continuado», pág. 201.

Conclusión del trabajo comenzado en el número anterior, en el que se examinan los siguientes puntos: La posibilidad del delito continuado. El delito continuado en la Ley. Anotaciones sobre el régimen del concurso real. Conclusiones críticas.

D. M.

## FRANCIA

### Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal

Abril-junio 1960

**Dr. P. E. HIVER:** «Chateau-Thierry Centre d'Observation de détenus difficiles», págs. 243 a 247.

Es la crónica de Criminología clínica acostumbrada.

El autor empieza diciendo que la palabra *Chateau-Thierry*, el Centro de Observación de dicho lugar, toma un sentido un tanto misterioso distinto para cada uno. La falta de información ha dado lugar a este malentendido y a la difusión de ideas sobre él muy distintas de la realidad; para unos es un Centro de Observación adornado de un régimen liberal adecuado a

permitir una escapatoria a la condena penal o una solución cómoda para eliminar de un grupo a los perturbadores indeseables rebeldes a la regla verdaderamente peligrosos, o como un centro de tratamiento de presos, y enfermos mentales, una especie de servicio psiquiátrico penitenciario, un hospital psiquiátrico de seguridad.

Estos aspectos aparentemente contradictorios no hacen más que presentar aspectos parciales de la realidad, *Chateau Thierry* es un poco de cada uno con una originalidad propia.

Creado en 1951, responde a un problema práctico planteado a la Administración penitenciaria por la inadaptación de una parte de la población penal, a un interés por los inadaptados, que llegan a ser indeseables en su medio, y por la repercusión que su conducta ejerce sobre los demás. *Chateau Thierry* recibe a estos presos difíciles y en un clima de reeducación tiende a su readaptación por la orientación médico-psicológica de este establecimiento.

La conducta de los detenidos difíciles resulta de la idea que tienen de la pena y de ellos mismos, que se traduce en oposición a su situación penal por rehusar el reconocer su delito o su sanción. Esta negativa se traduce en agresividad contra otros, o contra sí mismos (mutilación, huelga del hambre, etc.). A veces en una fuga de la realidad, refugiándose en enfermedades físicas o mentales.

Sobre estos presos se ha de ejercer una acción terapéutica entendido este término en su acepción más lata, como un conjunto de medidas tanto psicológicas como medicamentosas, que se han de aplicar en estrecha colaboración del personal médico con el de vigilancia y que puede establecerse en una población reclusa reducida y repartida en regímenes diversos en que se combinan el aislamiento y la vida en comunidad.

Al término de una estancia más o menos larga, si se ha conseguido la readaptación se le destina a la prisión apropiada, si se ha agravado su enfermedad mental es preciso recurrir a las técnicas psiquiátricas más específicas, que no se pueden aplicar más que en un hospital psiquiátrico.

**DIVISIA, Georges: «Les dispositions du code de procedure penale en matiere de patronage postpenal des relegués, págs. 299-303.**

El título dice bastante de la modesta ambición del artículo. Aun se reduce ésta, tras advertir el autor que sólo se va a referir a algunas innovaciones importantes.

Una de ellas es fijar el plazo de duración de lo que podíamos llamar libertad vigilada de los «relegues» a los que se concede la liberación provisional, que ha de fijarse en la orden en que dicha liberación se concede, y qué no puede ser menor de cinco años y mayor de diez, aunque parece ser que la práctica en algún centro de observaciones es establecer un plazo uniforme de diez años reservándose el Juez de Aplicación de Penas la facultad de proponer ulteriormente una reducción si lo mereciese la conducta del liberado. Durante este tiempo están sometidos a las comisiones de Asistencia a los liberados condicionales, cuya función es tomar las

medidas necesarias para su readaptación, existiendo una de estas comisiones por Departamento, aunque pueden ser más.

Otra que la Comisión de Calificación esté presidida por el Juez de Aplicación de penas, el que antes de la concesión de la liberación ve separadamente a los que han de ser liberados, les aconseja y les explica en las condiciones en que lo son: conducirse bien, no franquear los límites del sitio de su domicilio sin autorización y trabajar regularmente como de carácter general, aparte de alguna otra de carácter particular que puede fijársele.

También la supresión de la prohibición de residencia por veinte años, que sólo se aplica cuando así se acuerde expresamente.

El estalbecer los motivos de la liberación condicional, que puede proponer cualquier autoridad, aunque normalmente incumbe al Juez de Aplicación de Penas nor informe del educador encargado de la vigilancia de los liberados, remitiéndose la propuesta al Servicio de Liberación condicional de la Cancillería.

\* \* \*

En la Sección de Crónicas extranjeras contiene este número: la Argentina sobre «Estatuto del Personal penitenciario», escrita por García Basal. La Japonesa sobre «Evolución de la Legislación penitenciaria en el Japón, por Kameji Kamura, y la Finlandesa, titulada «Informe periódico sobre las modificaciones ocurridas durante el período comprendido entre julio y diciembre de 1948», por Valentín Soine.

Dedica un gran espacio a dar cuenta de las secciones de la Société Générale des Prisons et de Legislation Criminelle, de que la Revista es órgano, celebrada el 28 de noviembre de 1959, para continuar el estudio sobre el tema. ¿Los arrestos de fin de semana pueden constituir un sustitutivo de las penas cortas de privación de libertad?

Julio-septiembre de 1960

**Dr. BARDONNEL:** «Conditions normales et pathologiques de la filouterie», páginas 431 a 434.

Es también la crónica de Criminología clínica inserta en cada uno de los números de esta Revista.

El autor, de cuyos trabajos he dado noticia con anterioridad, estudia las pequeñas estafas de consumición de alimentos, viajes en taxi o estancia en hoteles, por quienes saben por anticipado que no podrán pagarlos, pues el que por fallo en sus cálculos ingiere los alimentos, usa taxi u hoteles y luego no puede satisfacer su importe no puede considerarse un estafador, en relación con la embriaguez, estado en que es más frecuente su comisión, y la enfermedad mental, en que lo es menos.

Expone varios casos por él conocidos de pequeñas estafas cometidas por enfermos mentales o alcohólicos crónicos para resultar la correlación

que puede existir entre delitos que no llaman grandemente la atención y una clara enfermedad mental, de cuya existencia ha de hacer sospechar la inconsciencia de estos delincuentes que no toman las medidas más elementales para no ser sorprendidos en la realización del acto.

**CHAZAL, Jean M.:** «Les clubs de prévention», págs. 502 a 513.

Estos clubs, llamados también de jóvenes y de barrio, representan un modo de ejercer una acción educativa y social en relación con la infancia en peligro, tienden a prevenir la delincuencia juvenil o las otras formas de inadaptación social de los jóvenes, que en las grandes agrupaciones urbanas, y sobre todo en París, forman una población «flotante» procedente de familias divididas o de alcohólicos, alojadas en casas insalubres, víctimas de contrariedades económicas y que formando bandas, casi siempre de barrio, acaban atrayendo a otros jóvenes de familia normales por temor a las burlas de que les hacen objeto.

Los clubs deben atraer a su joven clientela con diversas actividades de deporte, cultura, preaprendizaje, según sus centros de atención. Han de interesarse por sus problemas de asistencia escolar, vacaciones, orientación profesional, por su adaptación a la vida social y por que visten los consultorios de higiene mental. Deben actuar en un barrio determinado interesándose por los problemas de él, haciendo que vecinos simpatizantes, benévulos con la obra, cooperen en ella conscientes de su valor preventivo y curativo.

Su funcionamiento es caro, el autor calcula en unos 60.000 francos nuevos anuales el de cada uno de ellos, cifra que no se puede cubrir más que por subvención de organismos oficiales y particulares.

\* \* \*

Como en todos los números, contiene crónicas extranjeras, en este la filandesa y yugoeslava, una amplia información y abundantes notas bibliográficas.

DOMINGO TERUEL CARRALERO

### **Etudes Pénitentiaires**

**BULLETIN DE LA DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE:** «Bureau d'Etudes et de Documentation». París, julio 1960. Número 3.

Bajo los auspicios del Centro de Estudios Penitenciarios se han reunido en París, durante el mes de marzo del corriente año, un grupo de jueces de aplicación de las penas, al que se han unido los agentes de «probation» recientemente nombrados y cierto número de asistentes sociales que ejercen sus funciones en los «Comités de probation».

Colocada bajo el alto patronazgo y autoridad del Ministro de Justicia, esta sesión ha permitido proceder a un intercambio de puntos de vista

particularmente útiles acerca de los problemas surgidos por la puesta en práctica de las instituciones introducidas en la legislación francesa por el reciente Código de Procedimiento Penal de 1958, especialmente las del juez de aplicación de las penas y la remisión condicional con puesta a prueba.

Resultado de estos estudios han sido los trabajos:

«La participación del Juez a la ejecución de la sentencia penal», de Marc ANCEL, que es una investigación histórica y de Derecho comparado de la institución, como afirmación característica y necesaria de una política criminal socio-humanista moderna.

«Perspectivas ofrecidas por el nuevo Código de Procedimiento Penal en el campo del tratamiento de los delincuentes», de Jean PINATEL.

«La remisión con puesta a prueba y los problemas que plantea su aplicación», de Louis PONS.

«Los jueces de aplicación de las penas y el destierro», por Albert FAURE.

«El problema de los vagabundos», por Roger VIENNE.

Todos estos trabajos, junto con los resúmenes de las jornadas de estudio, han sido editados por el Magistrado Georges PICCA.

A. L. A.

## M E J I C O

### Revista Veracruzana

Organo del Honorable Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave.—Xalapa, Veracruz. México.

Tomo X. Núm. 6. Noviembre-diciembre de 1959

**MENDOZA, Dr. José Rafael:** «Estructura de la Policía Judicial en Venezuela», págs. 593 a 642.

Está dividido este extenso artículo en dos partes: Comienza la primera con la transcripción de las disposiciones del Código de Enjuiciamiento criminal referentes a la materia objeto de estudio. Estas disposiciones pueden resumirse así:

La Policía judicial está constituida por los miembros de las fuerzas armadas de cooperación, los funcionarios de la seguridad nacional, los de la Dirección de Extranjeros y las autoridades de Policía que la ley designe (art. 74. A). Está subordinada a los Jueces de Instrucción y debe investigar los delitos, identificar y aprehender preventivamente los presuntos culpables y asegurar las pruebas necesarias para la aplicación de la Ley (artículo 75).

El autor no pretende solamente un enfoque de la estructura de la Policía Judicial desde el punto de vista jurídico, sino también desde el socio-

lógico, y así dice el autor: «En la vida social, como en los organismos humanos—aunque no soy organicista—, hay fenómenos de descomposición, como las guerras, la miseria y la criminalidad. Son enfermedades del cuerpo social y su combate forma parte de la lucha contra una patología social. Así vemos como dentro de la sociedad, hoy más que nunca, se forman grupos organizados para el crimen, verdaderas *empresas criminales internacionales*. Contra estos grupos sociales encaminados a actividades ilícitas forma el Estado otros *grupos sociales*, también organizados, que se enfrentan con los delincuentes estructurados en pandillas, bandas, *gangs*, *societas criminis*. Aquellos grupos forman la Policía, que se desgrena en dos grandes órdenes: La *policía de seguridad* y la *policía judicial*.

»Hoy existe en Venezuela la rama interesante de la policía judicial, y debemos ensalzarla en su misión *auxiliadora de los tribunales de justicia*, pero para que sirva efectivamente al fin a que tienden en la actualidad las ciencias de conocimiento del hombre, es indispensable que sea policía judicial utilice una técnica especial, no la vieja y manida *técnica de la captura del hombre, del maltrato del hombre, de la destrucción de su dignidad*, sino que conozca las causas del fenómeno social que representa la criminalidad, su mecanismo y sus efectos, así como las posibilidades de evitarla o, al menos, de remediarla en gran parte, tanto en interés del individuo, que, generalmente, sucumbe a estas causas, como de la sociedad, que tiene la tarea de combatirlos. No que sea lo que ha venido siendo la policía judicial: una *policía capturadora*, preocupada solamente de la aprehensión de los denominados *delincuentes*, y no por la investigación y constatación de las causas de un delito.»

Seguidamente señala los orígenes de la Institución, su desarrollo y su estado actual, indicando lo que deberá ser en el futuro.

La segunda parte está dedicada al estudio de la policía judicial desde el punto de vista jurídico.

Queda perfectamente resumida la posición de José Rafael Mendoza en este párrafo de su artículo:

En la división del trabajo judicial se han establecido varios órganos, que podrían reducirse a cuatro categorías: de *Persecución*, de *Instrucción*, de *Juicio* y de *Ejecución*. La primera categoría corresponde a la policía judicial, cuya misión es realizar actos momentáneos de investigación y de instrucción, previos al proceso. La segunda corresponde a los Jueces de Instrucción, que continúan la información previa de la policía judicial, a reserva de comenzar esos mismos jueces todo procedimiento. La tercera categoría es la de los jueces de la causa, que abren el debate probatorio y deciden sobre la culpabilidad penal. Y una cuarta categoría está formada por los funcionarios del Ministerio Público, sometidos a una ley especial que define sus atribuciones.»

**GARCIA BASALO, J. Carlos** (Inspector General de Institutos penales, Profesor de Penología y Régimen penitenciario de la Escuela Penitenciaria de la Nación Argentina): «La Readaptación del Recluso a la Vida Libre», páginas 643 a 665.

El artículo de que nos ocupamos fué escrito para el «Ciclo de Estudios» celebrado en Estrasburgo en septiembre de 1959, y aparece publicado en el Tomo I de la obra publicada bajo el título «Tres aspectos de la Acción Penitenciaria», por la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria en el presente año.

Desarrolla el tema el autor con relación a las disposiciones legales vigentes en la República Argentina y trata de la libertad anticipada, de las medidas preparatorias durante el internamiento del recluso para su readaptación a la vida en libertad, de los métodos de trabajo en la supervisión social de los liberados, de las asistencias postpenitenciarias, dando, por último, una serie de datos estadísticos, en los que basa unas sustanciosas consideraciones.

**MELLO EBOLI, Carlos de** (Perito Criminal, Observador Técnico de Criminalística del Departamento Federal de Seguridad Pública del Brasil): «Alteración de billetes», págs. 667 a 675.

Se estudia en este artículo con gran detalle el delito de falsificación de billetes, su creciente aspecto internacional, las diferentes tácticas empleadas por los falsificadores y los más modernos procedimientos técnicos por ellos empleados.

Como fruto de su detenido estudio, ofrece el autor las siguientes «Consideraciones finales»:

«Resulta inequívoco que contribuirán en forma eficiente para la realización de las alteraciones retrotranscritas los siguientes detalles ligados a la fabricación de nuestros valores»:

- a) Padronización del tamaño de la obra impresa.
- b) Exagerado tamaño del medallón central del anverso de los billetes.
- c) Exagerado tamaño de las rosáceas de los ornamentos filigranados.
- d) Padronización de los tamaños de los guarismos, cifras y caracteres gráficos.
- e) Uso de papel encorpado.

Finaliza este número con las noticias que sobre la reforma penal mexicana da el Licenciado Ernesto Amor, y con la habitual sección de la Jurisprudencia debida a la Sala Tercera del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave.

**Tomo XI. Núm. 1.º Enero-febrero de 1960**

**GRAUE, Desiderio:** «La Preclusión», págs. 5 a 35.

Se estudia en este artículo el principio procesal de la preclusión, o sea, aquel en virtud del cual, para cada actividad procesal destinada a un de-

terminado objeto; se establece un período en el proceso, transcurrido el cual no puede realizarse ya la actividad. El autor lo examina en sus aspectos estimológico y doctrinal, ofreciendo las definiciones que de dicho principio han dado los principales autores.

Podemos resumir el contenido de este interesante artículo señalando los principios que sirven de base a su autor:

La preclusión permite que el proceso avance, sin permitirle retroceder, ya que cumplidos los actos de un determinado período procesal, éstos quedan firmes y no puede volverse sobre ellos.

La preclusión está impuesta por necesidad de la organización jurídica en cuanto procura el perfeccionamiento de las fases del proceso y, precisamente, tiende al desarrollo de la relación procesal.

Es preciso distinguir entre preclusión e impulso procesal.

El término no es la preclusión, sino el medio por el que ésta se exterioriza. De ahí su íntima relación.

Especial atención merece la última parte del artículo, dedicada al estudio de las relaciones existentes entre la preclusión y otras instituciones procesales, principalmente con la rebeldía, las diligencias para mejor proveer y la cosa juzgada.

Además del artículo reseñado contiene este número los siguientes:

Derecho aeronáutico y Derecho Astronáutico, por el Licenciado Octavio Vejar Vázquez.

Hacia una Justicia Funcional; por el Dr. Alberto Acuña Zamora.

El programa de la Parte General del Derecho Penal del Profesor Celestino Porte, Petit Candaudap, por Mariano Jiménez Huerta.

El contenido de la enseñanza del Derecho, por el Licenciado Carlos González Durán; etc.

Finaliza el número con el índice alfabético de las sentencias dictadas por la Sala Tercera del H. Tribunal Superior del Estado, publicadas en los Tomos VII a X, inclusive.

C. C.

# NOTICARIO

## CONSTITUCION DE LA SECCION ESPAÑOLA DE LA ASOCIACION INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

*Decidida la formación de la sección española de la AIDP, se ha cursado a diversos cultivadores de las Ciencias penales la siguiente circular:*

Distinguido compañero :

Ante insistentes requerimientos de los directivos de la *Association Internationale de Droit pénal*, para que sea constituida en España una sección de la misma, el Consejo Directivo del ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES ha recogido la honrosa iniciativa que estima ventajosa para los comunes fines de progreso de dichas disciplinas. En consecuencia, sus componentes se dirigen a usted, como distinguido cultivador de ellas, invitándole a formar parte de la organización que, como es bien sabido, goza de un prestigio mundial, derivado en parte de ser la sucesora de la antigua famosa «Unión Internacional de Derecho Penal», cuyos trabajos tuvieron importante reflejo, tanto en la labor reformadora de las legislaciones del presente siglo, como en las de investigación científica y exposición didáctica. La *Association* actual continúa tan gloriosas tradiciones en el mismo espíritu, a la vez teórico y práctico, que desarrolla a escala mundial en los Congresos Internacionales por ella patrocinados, el octavo de los cuales está convocado para el otoño del próximo año 1961 en Lisboa.

Estando integrados ya en la Asociación los principales países europeos, parece llegada la hora de que no hagan asimismo, en la sección nacional correspondiente, los penalistas españoles que en la antigua «Unión» desempeñaron tan importante papel. Aunque es de todos conocido no resulta ocioso recordar el carácter exquisitamente neutro de la Organización, desligada de toda tendencia política o de escuela.

La sección española, con la autorización de los organismos rectores del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, fija su residencia en el mismo (Sección de Derecho Penal), Duque de Medinaceli, 6, Madrid (14). Lo que le permite, exento de gastos de instalación y de otras atenciones materiales, ofrecer la inscripción gratuita, con las solas formalidades de acceder a esa solicitud y de suscribirse al ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES los futuros miembros que no sean ya suscriptores, y que servirá de órgano científico, de ordenación y de enlace.

Al mismo tiempo que se interesa de usted esta colaboración, nos permitimos recabar un voto de confianza, caso de aceptar, al Consejo de Redacción del ANUARIO, a los fines de concretar provisionalmente la estructura del organismo, hasta que se convoque una Junta General que provea a su definitiva formalización.

Suyos affmos., Eugenio Cuello Calón.—Juan del Rosal.—Antonio Quintano Ripollés.—Diego Mosquete.

Si alguno de nuestros lectores no especialmente invitado se interesare por formar parte de la sección, sirvan estas líneas para su conocimiento en la seguridad de ser bien acogida su demanda de admisión.

## IN MEMORIAM

### Constancio Bernaldo de Quirós

El gran criminólogo español Constancio Bernaldo de Quirós—la triste noticia nos llega tardíamente—ha fallecido en Méjico el 11 de agosto de 1959, a los ochenta y cinco años de edad.

Cuando los libros de Dorado Montero y de Salillas eran ya conocidos entre nosotros, Bernaldo de Quirós se revela como genial divulgador y crítico de las entonces modernas doctrinas de la criminalidad, que en aquellos días —más de sesenta años ha transcurrido— no habían llegado a España todavía.

Dorado, en su obra *La antropología criminal en Italia*, publicada en 1889, a su regreso de este país, nos trajo una jugosa información del positivismo penal que, a pesar de las resistencias que encontraba, marchaba adelante en carrera victoriosa, mas los sistemas e ideas penales nuevamente surgidos en otras tierras eran aquí desconocidos por completo.

Bernaldo de Quirós en su primer libro *Las nuevas teorías de la criminalidad* (Madrid, 1898), nos dió amplísima y clara noticia del conjunto copioso de doctrinas, enseñanzas y teorías aparecidas en el mundo culto para la explicación de la criminalidad y de sus orígenes. De esta obra, que pronto alcanzó resonante éxito, salió a luz, a los pocos años, una segunda edición refundida (Madrid, 1908) que mereció el honor de ser prologada por el Dr. Näcke, reputado criminalista alemán de la época, quien en su preámbulo conjugaba los justos elogios al autor con sangrientos alfilerazos a la doctrina de Lombroso, que combatió con dureza. En 1911 sale a luz su traducción inglesa (*Modern Theories of Criminality*, con prólogo del Doctor J. H. Wigmore, Londres y Boston, 1911), y en 1946 se publica en La Habana una tercera edición puesta al día. A poco de aparecer la primera edición de este libro, en colaboración con José María Llanas Aguilamiedo, publica *La mala vida en Madrid* (Madrid, 1901), trabajo dedicado a don Rafael Salillas, en el que sus autores estudian la vagancia, delincuencia, prostitución y mendicidad en la vida madrileña. Fué traducido al alemán (*Verbrechertum und Prostitution in Madrid*, Berlín, 1909) con prólogo de César Lombroso. A éstas siguen incesantemente nuevas producciones: *El alcoholismo* (Barcelona, 1903); *Alrededor del delito y de la pena* (Madrid 1904); *La Picota* (Crímenes y castigos en Castilla, en los tiempos medios, con nueve reproducciones de antiguos rollos jurisdiccionales, Madrid, 1908); *Figuras delincuentes* (Madrid, sin fecha); *El doble suicidio por amor* (Madrid, 1910); *Bandolerismo y delincuencia subversiva en Andalucía* (Madrid, 1913); *Una supervivencia paleolítica en la psicología criminal de la mujer* (Madrid, 1916); vuelve al tema del bandolerismo y en colaboración con

Luis Ardila publica *Criminología del campo andaluz. El bandolerismo* (Madrid, 1934). Fuera de España, no cesa un momento su incansable actividad, que sigue especialmente consagrada a los estudios criminológicos. En esta época salen a luz *Cursillo de Criminología y Derecho penal* (Ciudad Trujillo, 1940), y en Méjico, donde su producción fué más intensa, aparecen, entre otras publicaciones. *Panorama de Criminología* (Puebla, 1948); *Criminología* (Puebla, dos ediciones, 1949 y 1955); *Lecciones de Derecho penitenciario* (México, 1953), etc.

Aun cuando Bernaldo de Quirós se consagró de modo especial a los estudios criminológicos, por lo que debe ser considerado ante todo como un criminólogo, también se ocupó de materia penal, como atestigua su *Teoría del Código penal* (Alcalá de Henares, 1911), escrita en colaboración con Alvaro Navarro de Palencia; *Derecho penal*, en el *Manual de Derecho usual* de Adolfo Posada, Clemente de Diego, Sela y Sangro Ros de Olano (Madrid, 1913), y fuera de España, en Méjico, *Derecho penal* (Puebla, 1948).

A esta labor formidable debe agregarse un crecido número de traducciones y artículos sobre asuntos penales y criminológicos.

Por encargo del Ministro de Justicia, Montilla redactó en 1902 un proyecto de Código penal, para cuyo trabajo se inspiró principalmente en el anteproyecto de Código penal federal suizo preparado por el profesor Stoss en 1893-1894.

En España fué Profesor de Criminología en el «Instituto de Estudios Penales» (la «Escuela de Criminología» fundada por Sañillas) y en la «Escuela Social». Fuera de España lo fué en la Universidad de Santo Domingo y en Méjico, capital; explicó la cátedra de Criminología de la Universidad Nacional Autónoma, y en la Universidad de Puebla varios cursos de Criminología, Derecho penal y Ciencia penitenciaria.

También salieron de su pluma importantes estudios de política social agraria y bellas páginas sobre las montañas españolas, que fueron uno de los grandes amores de su vida.

Su vida transcurrió al margen de la política. Fué un trabajador incansable y hombre bueno y sencillo. Que Dios le haya dado la paz eterna.

E. CUELLO CALÓN

## UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

### PRIMERAS JORNADAS DE DERECHO PENAL MILITAR Y DERECHO DE LA GUERRA

#### A) INFORMACIÓN GENERAL

La Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid acordó en Junta del día 20 de octubre de 1960, delegar en los Catedráticos de Derecho internacional y de Derecho penal la organización de unas *Jornadas de Derecho penal militar y Derecho de la guerra*. En cumplimiento de este acuerdo se han iniciado los trabajos preparatorios recabando las colaboraciones necesarias.

**B) FECHA**

Las Jornadas se celebrarán en la fecha que se señale del mes de mayo de 1961. A ser posible entre los días 4, 5 y 6 de mayo, y su duración será de tres días.

**C) INSCRIPCIÓN**

La inscripción será gratuita. No se concederán ayudas económicas de ninguna clase. No obstante, se establecerá un servicio para los que deseen que se les gestione alojamiento. El plazo de inscripción terminará el día 1 de abril de 1961.

**D) TEMAS**

Las cuestiones que han de ser estudiadas y discutidas serán las dos siguientes:

Tema I: *Las causas de exención de la responsabilidad criminal en el Derecho penal militar.*

1. Derecho penal militar y Derecho penal común.
2. De las causas de exención de la responsabilidad criminal en general.
3. Las causas de justificación en el Derecho penal militar.
4. Las causas de exclusión de la culpabilidad en el Derecho penal militar.
5. Las enfermedades mentales y el Derecho penal militar, desde el punto de vista psiquiátrico.

Tema II: *El Derecho de la guerra y su evolución.*

1. El derecho clásico de la guerra.
2. El derecho actual de la guerra y sus perspectivas.
3. El derecho actual de la guerra terrestre.
4. El derecho actual de la guerra marítima.
5. El derecho actual de la guerra aérea.

**E) COMUNICACIONES**

Las comunicaciones sobre los temas indicados, sobre alguno de los aspectos en que se descompone, o puntos concretos relacionados con ellos, se recibirán el día 15 de febrero de 1961. Cualquier comunicación que llegue con posterioridad a la fecha señalada, en que se entregarán a los ponentes, no podrá ser tomada en consideración.

**F) PONENCIAS**

Oportunamente se comunicará el nombre de los ponentes designados para realizar la síntesis de las comunicaciones que se reciban sobre los temas enunciados.

## G) PROGRAMA

En el Programa de las Jornadas se dedicará un día a cada uno de los temas. Estará prevista una Sesión destinada a la apertura y aprobación del Reglamento por el que han de regirse los trabajos, y otra Sesión para la clausura. Los trabajos, en principio, se realizarán por Secciones, a base de Coloquios que tendrán por objeto la síntesis llevada a cabo por los ponentes respectivos.

## H) DOCUMENTACIÓN

La documentación que se publique se remitirá tan sólo a los que se hayan inscrito para participar en las Jornadas. Su envío será gratuito. Las *Actas* podrán adquirirse en su día a precio que se fije.

## I) CORRESPONDENCIA

Toda la correspondencia relacionada con las Jornadas puede dirigirse, indistintamente, a los doctores don Alejandro Herrero Rubio y don José María Rodríguez Devesa, Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid. Valladolid, a 10 de noviembre de 1960.

### VIII CONGRESO DE LA ASOCIACION INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL, LISBOA 1961

Como ya se anticipó hace tiempo, el VIII Congreso de la AIDP ha de tener lugar en Lisboa, del 21 al 27 de septiembre del corriente año. Bien que un principio se había pensado en centrar los trabajos sobre un tema único, el de la culpa, se ha decidido seguir la tradición de pluralidad fijándose ya definitivamente el temario, con designación de los ponentes generales respectivos, conforme al plan siguiente:

- I.—*Los problemas planteados en el Derecho penal moderno por el desarrollo de las infracciones no intencionales (por culpa)*. Ponente general, profesor Altavilla (Italia).
- II.—*Los métodos y procedimientos técnicos empleados en la elaboración de la sentencia penal*. Ponente general, Magistrado de la Corte de Casación, Marc Ancel (Francia).
- III.—*Los problemas planteados por la publicidad acordada a las acciones criminales y al procedimiento penal*. Ponente general, Decano Belezados Santos (Portugal).
- IV.—*La aplicación de la ley penal extranjera por el Juez nacional*. Ponente general, profesor J. Van Bemmelen (Holanda).

Tanto las comunicaciones individuales como las Ponencias generales serán publicadas por la «Revue Internationale de Droit Pénal», de París. Para la recepción de los trabajos preparatorios será preciso acreditar el pago de derechos de inscripción al Congreso, fijados en 15 dólares (12 dóla-

res para los miembros de la AIDP). Las inscripciones, hasta el 1 de junio de 1961, serán dirigidas a M. J. Guardado Lopes, Director general de los Servicios Penitenciarios, Ministerio de Justicia. Lisboa.

## II CONGRESO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE PREVENCIÓN DEL DELITO Y TRATAMIENTO DE DELINCUENTES (LONDRES, 8-20 AGOSTO 1960)

*Referencia del Profesor Federico Castejón, Representante del Ministerio de Justicia en dicho Congreso*

Este Congreso continúa la serie iniciada con el I de las Naciones Unidas sobre prevención del crimen y tratamiento del delincuente (Ginebra, agosto de 1955), y prosigue la obra de los doce Congresos penales y penitenciarios internacionales comenzados con el I (Londres, 1872) organizado por el Dr. Wines, hasta el XII (La Haya, 1950).

Este II Congreso ha sido organizado por el Departamento o Sección de Defensa Social del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, del que es Jefe don Manuel López Rey, en relación con el Comité organizador británico, presidido por Sir Lionel Fox, Presidente de la Comisión de Prisiones de Inglaterra. Fué inaugurado con un discurso del Lord Chancellor Rt. Hon. vizconde Kilmuir, se eligió presidente a Sir Charles Cunningham, Subsecretario Permanente de Estado del Ministerio del Interior, y su programa, debates y asistencia se expone a continuación:

El programa del Congreso se ha compuesto de seis temas, divididos en tres secciones, relativas, la primera, a prevención de la delincuencia juvenil; la segunda, a delitos que son consecuencia de transformaciones sociales y fomento en países menos desarrollados y—sin conexión con el tema anterior—las penas cortas de prisión, y la tercera, al tratamiento previo a la excarcelación, asistencia postcarcelaria, ayuda a personas que dependen económicamente de los presos e integración en la economía nacional del trabajo de los penados y remuneración de los reclusos.

La asistencia, según la lista revisada de participantes, comprende, entre los 84 países representados y los 1.008 asistentes, a España, y en la categoría primera, Delegados gubernamentales, a más del firmante, a los señores profesores don José María Ortega y don Juan Antonio Barrera, Letrado del Ministerio de Justicia; en la categoría segunda, Organismos especializados, intergubernamentales o reconocidos como entidades consultivas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, la International Association of Youth Magistrates, representada por don Justo Díaz Villasanté, juez; el International Catholic Child Bureau, representado por el ya citado profesor Ortega y don José Luis Bau Carpi, Secretario general del Tribunal de Apelación de menores de España; la International Federation of Women Lawyers, por la señorita Josefina Bertomeu; y en la categoría tercera, participantes a título individual, el profesor don José María Rodríguez Devesa, Teniente Coronel Auditor del Ejército de Tierra, repre-

sentante del Centro internacional de Estudios sobre moneda falsa, y don Francisco Jiménez, Fiscal de la Jurisdicción Militar de Baleares, representante del Instituto penal y penitenciario hispanolusoamericano y filipino. Además, en la Lista provisional de participantes figuraban don José Pascual Meneu, abogado, que ha concurrido al Congreso, y don Calixto Belaustegui, Inspector General de Prisiones.

Los debates centrados sobre tales temas, de los que miran a la prevención del delito los de la primera sección y el primero de la segunda y al tratamiento de los delincuentes los restantes temas, o sea, de naturaleza criminológica aquéllos y de carácter penológico éstos, se han desarrollado en términos usuales en esta clase de reuniones.

El tema I: «Nuevos tipos de delincuencia de menores, su origen, prevención y tratamiento», ponente general el juez Welf Middendorf, de la República Federal de Alemania, recibió la aportación de otras memorias, como de la Unesco sobre «Centros juveniles e inadaptación social de la juventud» y «La escuela y la inadaptación social de los jóvenes», de la Oficina Internacional Católica de la Infancia sobre «Nuevas formas de delincuencia juvenil. Monografías sobre el Africa negra, España y Vietnam», y de la Organización Mundial de la Salud, «Nuevos tipos de delincuencia de menores: su origen, prevención y tratamiento». En sus debates intervino el profesor Ortego, contra la manifestación de que no se ha comprobado la influencia del cine en la delincuencia juvenil, habiéndose aprobado una enmienda de Venezuela, Brasil, Colombia y España, para que se estimule la producción de lecturas y películas educativas y constructivas que fomenten las tradiciones morales y cívicas de cada país. Las conclusiones aprobadas sobre este tema I son las siguientes:

**TEMA I.—Nuevos tipos de delincuencia de menores: su origen, prevención y tratamiento.**

La delincuencia juvenil no puede ser considerada independientemente de la estructura social. Sus características fundamentales permanecen las mismas en numerosos países, sea que la misma se manifieste bajo formas tradicionales, sea que revista formas «nuevas». Debe notarse que el aumento del número de delitos registrados es, en parte, imputable al hecho de que en la hora actual los servicios de prevención y tratamiento, como están mejor organizados, tienen conocimiento de casi todos los casos de delincuencia, sin contar que en ciertos países se consideran como delitos una serie de manifestaciones menores de indisciplina o de inadaptación social. Las nuevas formas de delincuencia juvenil, de las que frecuentemente se ha exagerado la importancia, se producen en comportamientos característicos: actividades de bandas, infracciones gratuitas, actos de vandalismo, joy-riding, etc., que pueden presentar una cierta gravedad desde el punto de vista del orden público sin ser necesario el índice de tendencias antisociales peligrosas. En consecuencia, se adoptan las siguientes conclusiones:

El Congreso:

1. Considera que no es preciso aumentar exageradamente la impor-

tancia del problema que plantea la delincuencia juvenil. Sin que, por ello, se elabore una definición tipo de lo que se debe entender por delincuencia juvenil en todos los países, se recomienda: a) en la medida de lo posible, no emplear el término «delincuencia juvenil» más que para estos casos de infracciones del Código penal, y b) no hacer caer bajo el peso de la Ley penal, aun con un objeto de protección, ciertas formas benignas de mala conducta o de inadaptación que se encuentra entre los menores, pero que, tratándose de adultos, no darían lugar a persecución.

2. Notando que parece deducirse que de los datos estadísticos disponibles ciertas formas de delincuencia juvenil han aparecido y se han desarrollado más rápidamente y han tomado un carácter más grave en ciertos países, a pesar de los múltiples esfuerzos desplegados para luchar contra este fenómeno; deseando determinar si estos aumentos aparentes corresponden a la realidad y, caso afirmativo, cuáles son sus causas, y en vista de facilitar la elaboración y puesta en acción de políticas y de programas que interesen a la prevención de la delincuencia juvenil y al tratamiento de los delincuentes, recomienda que esta cuestión sea objeto de un estudio que convendría emprender en el cuadro del programa de trabajo de las Naciones Unidas en materia de Defensa social y de llevar en colaboración con las instituciones especializadas y las organizaciones no gubernamentales directamente interesadas.

3. Considera que el problema de la reincidencia en los jóvenes no podría ser resuelto simplemente por la aplicación de un tratamiento más severo y especialmente por la condena a una pena de prisión más larga. Es necesario diversificar los métodos de prevención y de tratamiento y de prepararse más particularmente a disponer a los pensionados de los Establecimientos de reeducación a su liberación y a su readaptación social. A este fin es importante y necesario organizar la asistencia postpenitenciaria.

4. Concluye que la aparición de «nuevas» formas de delincuencia juvenil necesita trabajos de investigación complementarios y aplicación más sistemática de los métodos de prevención y tratamiento, tanto experimental como tradicional.

En consecuencia:

a) Considera que para resolver el problema de la delincuencia colectiva y especialmente el de los «gangs», conviene definir claramente la tarea de los Organismos oficiales o semificiales y de las Agrupaciones cívicas o sociales de manera a orientar la juventud hacia actividades constructivas. Sería necesario hacer, ante todo, un llamamiento a las instituciones tales como Centros sociales, Hogares para adolescentes y jóvenes adultos, etc., así como a otras diversas posibilidades (organización de ocios, actividades culturales, sports, programas de vacaciones familiares, etc.).

b) Estima deseable no solamente consagrar una atención particular a los diversos tipos de delincuencia o de delincuentes, sino también estudiar más a fondo la personalidad y el pasado social de los jóvenes delincuentes.

c) Constata que las medidas que pueden ser adoptadas en los diversos países para prevenir la delincuencia juvenil y asegurar el tratamiento de los jóvenes delincuentes varían hasta un cierto punto en función de la es-

estructura social, del sistema económico y del régimen político, pero estima que el problema es en gran medida un problema de educación escolar y familiar, designando esta palabra a la vez la adquisición de un bagaje intelectual y la formación del carácter. Cuando los padres no ayudan o no vigilan suficientemente al joven y éste no sabe disciplinarse por sí mismo, es preciso emprender tanto cerca de los adultos como de los jóvenes, un trabajo de educación más intensivo en vista de llenar el vacío entre las generaciones, desarrollando la comprensión y las simpatías mutuas, así como acrecer el sentido de la responsabilidad moral y social.

d) Señala que determinadas clases de películas, publicidad, revistas, noticias sensacionales de crímenes y delitos, literatura barata, programas de radio y televisión de bajo nivel, y otras manifestaciones análogas, son considerados en algunos países como uno de los factores que contribuyen a la delincuencia de menores. Por tanto, de acuerdo con sus respectivos sistemas y concepciones políticas, sociales y culturales, cada país puede adoptar las medidas convenientes con el fin de impedir reducir las consecuencias de lo que se considera un abuso de los medios de difusión y uno de los elementos que contribuyen a la aparición de la delincuencia de menores, y para que se estimule la producción de películas y lecturas educativas y constructivas que fomenten las tradiciones morales y cívicas de cada país.

e) Recomienda poner a punto un sistema de orientación y de formación profesional más satisfactorio y de tomar medidas para que los jóvenes puedan, a su salida de la escuela, encontrar un empleo y ocuparse en trabajos útiles.

Recomienda no ahorrar ningún esfuerzo para establecer mejor cooperación entre las instituciones sociales, públicas y privadas, y las instituciones benéficas y no benéficas en el campo de la prevención de la delincuencia juvenil y del tratamiento de los delincuentes. Los Consejos de coordinación de las colectividades, los proyectos que interesan, o una zona determinada, los servicios de dirección de los jóvenes, las comisiones de juventud, etc., pueden jugar un papel muy útil en este respecto.

El tema II: «Servicios especiales de policía para la prevención de la delincuencia juvenil», desarrollado por la Interpol, hace referencia a España, en la página 25 de la Memoria presentada, sobre los funcionarios de policía especializados en los Tribunales Tutelares de Menores. El acuerdo adoptado sobre este tema dice así:

*TEMA II.—Servicios especiales de policía para la prevención de la delincuencia de menores.*

El Congreso:

1. *Considera* que la Policía, en cumplimiento de su función general de prevención del delito, debe prestar una atención especial a la prevención de los nuevos tipos de delincuencia de menores. Sin embargo, no debe llegar en este sentido a asumir funciones especializadas que pertenecen más bien a la esfera de competencia de los servicios sociales, educativos y de otras clases.

2. *Considera* que la labor preventiva desarrollada por la Policía en la esfera de la delincuencia de menores debe estar subordinada a la salvaguardia de los derechos humanos.

3. *Considera* que, teniendo en cuenta las diferentes necesidades nacionales, el informe presentado por la Organización Internacional de Policía Criminal con el título «Servicios especiales de Policía para la Prevención de la Delincuencia de Menores», constituye una sólida base para la organización y el establecimiento de unos servicios especiales de policía, donde se consideren convenientes, para la prevención de la delincuencia de menores.

4. *Formula* reservas, no obstante, a que se tomen las huellas dactilares de los delinquentes menores, así como a la conveniencia de que la Policía establezca un sistema de recompensas o de censuras públicas.

5. *Concede* una gran importancia a la existencia de la colaboración más amplia posible, en relación con las medidas destinadas a la prevención de la delincuencia de menores, entre la Policía, los diversos organismos nacionales especializados y la colectividad.

El tema III: «Prevención de los tipos de delincuencia que son consecuencia de los cambios sociales y de desarrollo económico en los países poco desarrollados», fueron ponentes, J. J. Panakal, jefe del Departamento de Criminología, Administración de delincuencia de menores y readaptación de los delinquentes, del Instituto Tata de Ciencias Sociales, de Bombay (India), y A. M. Khalifa, Director del Centro Nacional de Investigaciones Sociales y Criminológicas de El Cairo (República Árabe Unida) y en sus debates intervino el profesor Rodríguez Devesa, participante a título individual en este Congreso, así como en lo relativo a penas cortas, discutido en la misma Sección 2.ª. Se hizo especial hincapié en qué países desarrollados se refiere sólo al desarrollo económico. Respecto de este tema III las conclusiones aprobadas son como sigue:

TEMA III.—*Prevención de los tipos de delincuencia que son consecuencia de los cambios sociales y que acompañan al desarrollo económico en los países poco desarrollados.*

1. La delincuencia no es necesariamente una consecuencia de los cambios sociales que acompañan al desarrollo económico en los países menos desarrollados. Tanto los cambios sociales como el desarrollo económico son beneficiosos, y dadas las debidas condiciones, pueden incluso contribuir a una disminución de la delincuencia. La frase «países menos desarrollados» sólo se refiere a la fase en que se encuentra el desarrollo económico.

2. La cuestión de los tipos de delincuencia que son resultado de los cambios sociales y que acompañan al desarrollo económico en los países menos desarrollados, es una de las materias a las que se ha prestado una atención inadecuada y sobre la que existen pocos datos auténticos disponibles. Es, por tanto, necesario considerar las conclusiones y recomendaciones del Congreso sobre esta cuestión como meramente provisionales, ya que requieren una urgente comprobación basada en una investigación detenida.

3. La delincuencia que se puede considerar como motivada por los cambios sociales y que acompaña al desarrollo económico en los países menos desarrollados, puede no ser nueva, en sentido de consistir en formas de conducta no conocidas anteriormente. La atención debe, pues, centrarse sobre el aumento general de la delincuencia unida a las transformaciones sociales, y no limitarse a la consideración de tipos especiales de delincuencia.

4. La inestabilidad cultural, el debilitamiento de los controles sociales y primarios y el choque de normas sociales de conducta contradictorias, que tienen una relación de causalidad con la delincuencia, quedan agudizados cuando el ritmo de transformación social es desordenado, el grado de cambio social elevado, el plazo entre la ruptura de las antiguas instituciones sociales y la creación de instituciones nuevas, largo.

5. Las transformaciones sociales pueden ser hasta cierto punto controladas y deberían ser objeto de una planificación racional.

6. Las migraciones, y especialmente las migraciones internas, que generalmente están asociadas con las transformaciones que acompañan al desarrollo económico en los países menos desarrollados, han sido a veces consideradas, erróneamente, como una causa de la delincuencia. No son las migraciones por sí mismas las que dan lugar a la delincuencia, sino más bien la inestabilidad cultural, el debilitamiento de los controles sociales primarios y el choque de normas sociales de conducta contradictorias, factores todos que van unidos a las migraciones, los que deben considerarse como causas de la aparición de la delincuencia. Esta misma conclusión se aplica al caso de la urbanización y al de la industrialización.

7. Las consecuencias perjudiciales que pueden resultar de las migraciones precipitadas a los centros urbanos pueden ser aliviadas proporcionando a las zonas rurales aquellas ventajas sociales y económicas en busca de las cuales los habitantes de las zonas rurales abandonan el campo por la ciudad.

8. Respecto a la emigración del campo a la ciudad, uno de los elementos esenciales para conservar la integridad social del individuo es la preparación del emigrante para esa experiencia y la preparación de la comunidad urbana para acogerlo. En ambos casos, el desarrollo de la comunidad, que ahora ocupa un lugar importante en la política económica y social de alcance nacional en la mayoría de los países, es un factor de vital importancia. Desde luego, el desarrollo de la comunidad urbana puede ser un instrumento de gran importancia para la prevención de la delincuencia que es consecuencia de los cambios sociales y que acompaña al desarrollo económico en los países menos desarrollados. La preparación necesaria en el ámbito urbano también incluye servicios de acogida y de orientación (incluso albergue temporal), la planificación urbana, incluida la vivienda, y oportunidades de educación y de carácter profesional para la nueva población, así como servicios de asistencia social para las familias y los niños.

9. Deberían coordinarse en la mayor medida posible los programas de prevención de la delincuencia, de ser posible mediante un organismo creado con este fin y constituido por personas altamente especializadas en la

materia. Se recomienda que ese organismo funcione formando parte de un plan coordinado de planificación social y económica en escala nacional, puesto que, como han subrayado las Naciones Unidas en sus estudios sociales, existe una necesidad urgente de eliminar la división del pensamiento en compartimientos o integrar los objetivos sociales y económicos de los países que están experimentando un desarrollo rápido.

10. Al considerar la cuestión de la delincuencia resultante de las transformaciones sociales, el interés se centra generalmente en los núcleos urbanos. Este interés especial puede estar justificado, pero sería conveniente tener también en cuenta los efectos de los cambios sociales sobre zonas rurales, puesto que ello puede descubrir las raíces de la conducta delictiva que después se manifiesta en el marco urbano.

11. El Código penal debe reflejar las transformaciones sociales y estar en armonía con ellas. Debe procurarse una individualización de la justicia con el fin de conseguir sentencias y tratamientos razonables que tengan en cuenta tanto el orden social como las circunstancias especiales del individuo.

12. Es necesaria la realización urgente de una investigación que determine los múltiples factores implícitos en los cambios sociales que pueden contribuir a la delincuencia, y es igualmente necesaria una urgente investigación para determinar las medidas de prevención adecuadas. Con este fin debe procurarse alcanzar un mayor perfeccionamiento de las técnicas y procedimientos artísticos apropiados, lo que se debe señalar a la atención de los países y para lo que se debe pedir ayuda internacional. Como un complemento de los métodos artísticos de investigación deben utilizarse las monografías, las observaciones sobre el terreno realizadas por equipos de expertos calificados y los proyectos experimentales. Debe pedirse a las Naciones Unidas que asuman la responsabilidad principal de esta investigación en los institutos regionales para la prevención del delito y tratamiento del delincuente, organizados con su cooperación y también, o en su lugar, la de la realización de estudios experimentales con la cooperación de los gobiernos, los organismos especializados de las Naciones Unidas, las organizaciones no gubernamentales apropiadas y otros medios adecuados. El alcance de la investigación debe ser elástico para prestar la atención debida a los diferentes factores que pueden ser de carácter universal, regional o local.

El tema IV, «Penas privativas de libertad de corta duración», sólo tuvo como ponencia el informe general preparado por el Secretariado de la Sección de Defensa Social, que igualmente redactó informes semejantes para todos los temas del Congreso, con excepción del segundo. Sus conclusiones son éstas:

**TEMA IV.—*Penas privativas de la libertad de corta duración.—Conclusiones y recomendaciones.***

1. El Congreso reconoce que, en muchos casos, las penas privativas de libertad de corta duración pueden ser nocivas, ya que ofrecen el peligro de corromper al delincuente y poca o ninguna oportunidad para una formación profesional constructiva. Por lo tanto, no considera deseable una am-

plia aplicación de esta clase de penas. Sin embargo, el Congreso admite que, en ciertas circunstancias, la finalidad que persigue la justicia puede exigir la imposición de penas privativas de libertad de corta duración.

2. Teniendo en cuenta esta importante circunstancia, el Congreso reconoce que una completa y pronta abolición de las penas privativas de libertad de corta duración no resulta realizable en la práctica, y que solamente se puede dar una solución realista a este problema mediante una reducción de la frecuencia con que esas sanciones se imponen en aquellos casos en que no resultan apropiadas, y especialmente cuando se trate de faltas o de infracciones de menor cuantía o cuando se sancione con encarcelamiento la no satisfacción de una multa sin tener en cuenta los medios económicos del delincuente.

3. Esa reducción gradual debe alcanzarse principalmente mediante la sustitución cada vez más amplia de las penas privativas de libertad de corta duración por otras sanciones, tales como condenas suspendidas, libertad condicional en régimen de prueba, multas, trabajos penitenciarios realizados fuera del establecimiento y otras análogas que no impliquen privación de libertad.

4. En aquellos casos en que la imposición de penas privativas de libertad de corta duración sea la única sanción apropiada, las condenas deberán cumplirse en establecimientos penales adecuados, en los que se pueda separar al delincuente de los reclusos que estén cumpliendo penas de privación de libertad de larga duración y en los que se pueda proporcionar durante el período de reclusión un tratamiento lo más constructivo e individualizado posible.

5. El Congreso recomienda que :

a) Los Gobiernos de los Estados Miembros procuren adoptar, lo más pronto que puedan, las medidas legislativas necesarias para llevar a la práctica las recomendaciones propuestas.

b) Se realice una investigación organizada científicamente para establecer métodos mediante los cuales se pueda determinar para qué personas y en qué circunstancias no resultan apropiadas las penas privativas de libertad de corta duración, y mediante los que se pueden formular programas satisfactorios de clasificación, formación profesional y readaptación social.

c) Se formulen y pongan en práctica programas apropiados de instrucción y formación profesional del personal de los correccionales encargados de los reclusos que cumplen penas de privación de libertad de corta duración.

d) Se establezcan y apliquen métodos mediante los que :

I) Se aliente a los tribunales que pronuncian las condenas a aplicar sanciones sustitutivas de las penas privativas de libertad de corta duración.

II) Se informe y convenza a la opinión pública de la justicia y conveniencia de las opiniones aquí manifestadas.

Al tema V: «Tratamiento anterior a la excarcelación y asistencia post-institucional; ayuda a las personas que están a cargo de los reclusos», ponente Bent Paludan Mueller, Inspector Delegado de Prisiones de Dinamarca, se presentaron dos enmiendas, una que fué aprobada, en el sentido de que la autoridad especializada que acuerde la excarcelación sea independiente, y

otra, que se rechazó, tendiente a que las redadas policíacas no estorben la readaptación de los delincuentes. Se aprobaron como conclusiones:

TEMA V.—*Tratamiento anterior a la excarcelación y asistencia postinstitucional: ayuda a las personas que están a cargo del recluso.*

1. El tratamiento anterior a la excarcelación forma parte del proceso de realización de la justicia y del programa general de formación profesional y tratamiento a que se somete a las personas reclusas en un establecimiento penal. Si bien estos programas generales de tratamiento seguidos durante parte del encarcelamiento, deben preparar al delincuente para reanudar su vida al recobrar la libertad, ciertas finalidades sólo pueden alcanzarse durante el último período de su reclusión; así es que el tratamiento anterior a la excarcelación debe aplicarse especialmente a los reclusos que cumplen condenas de larga duración en un establecimiento penal, aunque no por eso deba excluirse de dicho tratamiento a los que cumplen condenas de corta duración.

2. En los programas de tratamiento anterior a la excarcelación, debe prestarse atención a los problemas concretos inherentes a la transición de la vida en el establecimiento penal a la vida en la comunidad. Dicho tratamiento debe incluir:

a) Información y orientación especiales y examen de los aspectos prácticos de la vida del delincuente al ser puesto en libertad.

b) Asesoramiento en grupo.

c) Concesión de mayor libertad dentro del establecimiento.

d) Traslado de un establecimiento cerrado a uno abierto.

e) Permiso para ausentarse por motivos justos, y durante diversos períodos.

f) Permiso para trabajar fuera del establecimiento. Se les debe permitir, en lo que sea posible, que trabajen en análogas condiciones que los trabajadores libres. De no poderles alojar en albergues situados fuera del establecimiento penal, se les deberá alojar en lugares separados de la población penal, y constituyendo una unidad separada.

3. Las medidas especiales anteriores a la excarcelación deben tener en cuenta las condiciones económicas y sociales peculiares de cada país, prestando especial atención a las necesidades del delincuente excarcelado, en cuanto a su educación, aprendizaje, empleo, alojamiento y readaptación a la vida de la comunidad.

4. Es de desear que el principio de liberación del delincuente antes de que expire la condena, se aplique, en determinadas condiciones, del más amplio modo posible, como una solución práctica del problema social y administrativo creado por el encarcelamiento. La autoridad encargada de decretar la libertad del recluso debe estar especializada y las decisiones que se tomen respecto del mismo sólo deben adoptarse después de celebrar entrevistas con él y, en todo caso, sobre la base de una detallada información sobre el recluso.

5. Al decidir la libertad condicional del recluso, la autoridad encargada de decretarla debe resolver con discreción, dentro de las normas legales de

cada país, cuál es el momento adecuado para conceder la excarcelación, y debe usar cierta flexibilidad en cuanto al período de prueba que en algunos países se exige antes de excarcelar al recluso. También debe hacerse uso de dicha flexibilidad en el caso de que el recluso no cumpla las condiciones fijadas para la libertad condicional, de modo que una revocación automática pueda ser reemplazada por medidas tales como amonestaciones, el cambio de métodos o el prolongamiento del régimen de vigilancia, y el ingreso en albergues de asistencia postcarcelaria.

6. Deben examinarse de nuevo los principios con arreglo a los cuales puede prohibirse a los delincuentes que se dediquen a determinadas actividades. El Estado debería dar ejemplo a los empresarios no rehusando en general proporcionar determinadas clases de empleos a los reclusos excarcelados.

7. La finalidad de la asistencia postinstitucional es lograr la reintegración del delincuente en la vida de la comunidad libre y proporcionarle ayuda material y moral. Debe atenderse, en primer lugar, a sus necesidades prácticas inmediatas, tales como vestido, alojamiento, desplazamientos, sustento y documentación. Debe concederse especial importancia a sus necesidades afectivas y a la prestación de ayuda para que pueda encontrar un empleo.

8. Puesto que la asistencia postinstitucional forma parte de un proceso de readaptación, debe poder ser utilizada por todas las personas excarceladas. Y como parte de este proceso de readaptación, sobre el Estado recae la responsabilidad principal de asegurar que los servicios de asistencia postinstitucional estén debidamente organizados.

9. Para la organización de los servicios de asistencia postinstitucional debe solicitarse la colaboración de las organizaciones privadas, compuestas de trabajadores sociales, bien voluntarios o bien especializados y con experiencia y plena dedicación a su labor. Debe hacerse resaltar la necesidad de que colaboren estrechamente los organismos oficiales y los no oficiales. La importancia del papel que desempeña el trabajador voluntario en la asistencia postinstitucional, está plenamente reconocida. A las organizaciones privadas postinstitucionales se les debe facilitar toda la información necesaria para ayudarlas en su labor, así como las debidas facilidades para su contacto con el recluso.

10. Un proceso de readaptación sólo puede tener éxito si se consigue la colaboración del público. Debe, por tanto, educarse la opinión pública sobre la necesidad de dicha colaboración, usando para ello todos aquellos medios de información y de difusión apropiados para alcanzar la colaboración de la comunidad entera en el proceso de rehabilitación de los reclusos, especialmente la del Gobierno, los sindicatos y los empresarios. También sería conveniente que la prensa se abstuviera de prestar atención al recluso excarcelado.

11. Se deben alentar y fomentar proyectos de investigación sobre varios aspectos de la asistencia postinstitucional y sobre la actitud del público, respecto al delincuente excarcelado. Los resultados de tales investigaciones y las conclusiones que se alcancen en los diferentes campos deben ser objeto de la difusión más amplia posible, especialmente entre los jueces y otras per-

sonas que tengan la facultad de determinar el carácter y la duración de las condenas o confinamientos.

12. Debe prestarse especial atención a que se facilite la debida asistencia postinstitucional a los delincuentes impedidos o anormales, a los alcohólicos y a los toxicómanos.

13. Se debe favorecer el establecimiento y mantenimiento de relaciones satisfactorias del recluso con los miembros de su familia, y con las personas que pueden prestarle ayuda. Para esto es necesario que el delincuente reciba por su trabajo una remuneración suficiente que le permita contribuir al sostenimiento de su familia. La conveniencia de permitir que los reclusos puedan ser visitados por sus cónyuges debe ser cuidadosamente estudiada teniendo en cuenta las condiciones económicas y sociales peculiares de cada país.

15. Deben proporcionarse facilidades adecuadas, y en los casos en que resulte apropiado también ayuda financiera, para que hagan visitas al recluso miembros de su familia.

El VI y último tema: «Integración del trabajo en las prisiones con la economía nacional, incluida la remuneración de los reclusos», ponente J. C. García Basalo, Inspector General de Institutos Penales de Argentina, no ofrece interés para nuestro país, que ha superado las etapas de trabajo presidial no remunerado y exclusión del recluso trabajador de indemnización por accidente y de seguros sociales. Las conclusiones que se acordaron son del tenor siguiente:

*TEMA VI.—La integración del trabajo penitenciario en la economía nacional, incluida la remuneración de los reclusos.*

El Congreso,

Habiendo examinado las conclusiones del Congreso de 1955, relativas al trabajo penitenciario.

Observando que la mayor parte de esas conclusiones no han sido, en realidad, llevadas a la práctica.

Reafirma los principios generales enunciados en esas conclusiones.

Toma nota de las propuestas formuladas en el informe de la Secretaría, así como del análisis de la situación actual contenido en el Informe general.

Declara:

1. Que no se puede resolver el problema en su conjunto sin tener en cuenta las diferencias existentes en la estructura económica y social de los distintos países.

2. Que la asimilación del trabajo penitenciario al trabajo libre descansa sobre la idea de que, en la mayor parte de los casos, el recluso es un trabajador privado de su libertad.

3. Que el trabajo penitenciario, cuyo valor moral y social está fuera de toda duda, debe ser considerado de la misma manera que la actividad normal y regular del hombre libre. Ese trabajo es una parte integrante del tratamiento penitenciario. Además debe integrarse igualmente en la organización general del trabajo existente en el país. Debe adaptarse a las aptitudes, a las características y, a ser posible, a las preferencias del individuo, de

modo que contribuya a su preparación para la vida en libertad. En relación con determinadas categorías de reclusos que padecen defectos físicos o mentales, el trabajo debe enfocarse desde un punto de vista terapéutico (ergoterapia).

4. Que cuando la ley permite una remisión de la pena, la manera en que el recluso realice el trabajo penitenciario debe ser uno de los elementos que han de tenerse en consideración, pudiendo incluso dar lugar a una reducción automática de la pena.

5. Que los métodos de trabajo deben acercarse lo más posible al trabajo libre, llegando a la asimilación o a la integración completa. A este fin, sería muy deseable que en cada país se constituyese una comisión mixta de coordinación, integrada por representantes de las autoridades y de los organismos interesados en los problemas de la producción incluidos representantes de la industria, de la agricultura y de los trabajadores.

6. Que en los países en que el trabajo es objeto de planificación, es necesario integrar en la misma el trabajo penitenciario. Los sistemas de gestión cooperativa del trabajo penitenciario existentes en determinados países deberían ser estudiados con mayor detenimiento.

7. Que para la aplicación en la práctica de estas recomendaciones es indispensable una mejor información de la opinión pública sobre la naturaleza y los objetivos del trabajo penitenciario.

8. Que las cuestiones particulares referentes a la integración pueden ser enfocadas desde el punto de vista de la formación profesional, del trabajo penitenciario y de la remuneración :

a) *Formación profesional.*

I) La formación profesional, así como la instrucción necesaria para su adquisición, son elementos indispensables para que algunos reclusos puedan emprender un trabajo, y deben proporcionarse siguiendo los mismos programas y otorgando los mismos diplomas que en los centros de enseñanza y de formación profesional para individuos libres. Es necesario, incluso, procurar que en determinados casos se puedan frecuentar los centros de esa clase situados fuera del establecimiento.

II) En cuanto a los reclusos adultos a quienes las circunstancias obliguen a cambiar de oficio o de ocupación, sería muy conveniente recurrir a métodos de formación profesional acelerada, especialmente en el caso de determinados reclusos que están cumpliendo penas de muy corta duración.

b) *Trabajo penitenciario.*

I) El Estado tiene el deber de asegurar el empleo total de los reclusos válidos, solicitando trabajos en primer lugar a los organismos públicos.

II) El trabajo penitenciario debe realizarse en condiciones análogas a las del trabajo libre, especialmente en lo que se refiere a herramientas, horas de trabajo y protección contra accidentes. Las disposiciones relativas a la seguridad social vigentes en el país deberán ser aplicadas en la mayor medida posible.

III) El régimen de concesión individual de semilibertad o la reclusión

durante el fin de semana facilitan esas formas de trabajo. El régimen de establecimientos abiertos constituye ya un progreso en este aspecto.

IV) Cuando el trabajo se realice en el marco penitenciario, bien sea organizado por la Administración, bien por empresarios privados, o incluso con la participación de los reclusos, deberá necesariamente comprender una diversidad de empleos, correspondiente a las necesidades cambiantes del mercado de trabajo. Cualquiera que sea el modo de organización del trabajo, los reclusos deberán, en todos los casos, depender solamente de la autoridad de la Administración penitenciaria. El número de reclusos destinados a trabajos domésticos que no exigen una capacitación debe ser reducido al mínimo indispensable.

V) Con el fin de alcanzar los objetivos arriba mencionados, se invita a la Secretaría de las Naciones Unidas a organizar el intercambio de información y, en su defecto, una asistencia técnica relativa a los métodos de organización y de financiación del trabajo penitenciario en los diferentes países.

#### c) *Remuneración.*

I) El principio de que el trabajo penitenciario debe ser remunerado, está contenido en la regla 76 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

II) Conceder una simple gratificación a los reclusos que hagan un trabajo productivo, es incompatible con la actual concepción del trabajo penitenciario.

III) La determinación de un salario mínimo constituiría ya un progreso.

IV) La finalidad a que debe tenderse es la concesión de un salario normal equivalente al de un trabajador libre, a condición de que, tanto en cantidad como en calidad, el rendimiento sea igual. A este fin, el trabajo penitenciario debe organizarse de una manera económica y racional.

V) De aquí en adelante este salario debe exigirse a los empresarios privados que empleen en trabajos a reclusos.

VI) Este sistema de remuneración debe aplicarse a todos los reclusos que realicen un trabajo productivo, incluso a los dedicados a servicios domésticos. La remuneración de estos últimos debe ser considerado como una partida normal del presupuesto de la Administración penitenciaria.

VII) La concesión de un salario normal no quiere decir que deba entregarse al recluso el total de remuneración. La Administración puede reservar una parte de la remuneración para cubrir parcialmente los gastos de mantenimiento, para la indemnización a la víctima, para el sostenimiento de la familia, para la constitución de un fondo que será entregado al recluso al ser puesto en libertad y, eventualmente, para los impuestos procedentes. Pero estas diversas deducciones no deben impedir que los reclusos utilicen una parte de su remuneración para sus fines personales.

Únicos puntos tratados, además de los temas del programa, fueron el ofrecimiento del Ministro de Justicia de Suecia para que se celebre en su

país el III Congreso de 1965, lo que fué aceptado, y una noción, que debe calificarse de interesante, sobre el futuro de la Sección de Defensa social de las Naciones Unidas, que fué aceptada por aclamación. Su texto se reproduce a continuación :

RESOLUCIÓN PRESENTADA POR LAS DELEGACIONES DE AUSTRALIA, GHANA, ISRAEL, JAPÓN, SUIZA, REPÚBLICA ARABE UNIDA, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y YUGOSLAVIA.

Considerando que el Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y el tratamiento del delincuente ha demostrado una vez más la inmensa importancia que para los países y territorios participantes tienen los problemas planteados por la criminalidad y la delincuencia de menores.

Considerando que una vez más ha quedado demostrada la continua y profunda preocupación que por estos problemas sienten los países y territorios representados en el Congreso, y su cada vez más limpia y diligente participación.

Considerando que ha quedado convenientemente demostrada la importancia del intercambio de las informaciones y de experiencias, y de las deliberaciones y estudios, encaminados a resolver estos problemas.

El Congreso decide pedir a las Naciones Unidas :

1. Que no disminuya el apoyo, la dirección y el programa en materia de defensa social, sino que, por el contrario, se aumenten decididamente las facilidades puestas a disposición de todos los países y territorios.

2. Que de acuerdo con la Resolución núm. 731 F (XXVIII) del Consejo Económico y Social, la reorganización de la Sección de Defensa social y la distribución de responsabilidades entre la Sede de las Naciones Unidas y la Oficina Europea se lleve a cabo de forma que no quede reducida la eficacia del programa y de la orientación generales, y que la dirección y coordinación del programa de Defensa social continúe dependiendo de la Sede de las Naciones Unidas, y se sugiere, además, que se examine de nuevo la situación dentro de doce meses, en cooperación con las organizaciones internacionales directamente interesadas en la prevención del delito y el tratamiento del delincuente.

Se han verificado visitas de estudio a penitenciarías para adultos y reformatorios juveniles (éstos denominados hogares de detención preventiva, escuelas de reeducación para menores delincuentes, centros de detención y establecimientos análogos de Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Dinamarca, Suecia, Alemania y Francia.

La exposición instalada en Carlton House Terrace tenía por objeto facilitar a los delegados información directa sobre los trabajos emprendidos y progresos realizados en las materias de estudio del Congreso.

## UNIVERSIDAD DE MADRID

## III Ciclo de Conferencias

## APORTACIONES PARA LA REFORMA PENAL ESPAÑOLA

Noviembre, 5: Dr. Antonio Alonso Cortés, Ayudante-Becario de Protección Escolar. *Comentarios críticos sobre la responsabilidad civil delictual*. (1.ª sesión.)

Noviembre, 12: Dr. Antonio Alonso Cortés, *Comentarios críticos sobre la responsabilidad civil delictual*. (2.ª sesión.)

Noviembre, 19: Dr. Juan Luis de Vallina Velarde. Ayudante de Derecho Administrativo. *Faltas penales y faltas administrativas*.

Noviembre, 26: Dr. Raúl Morodo. Ayudante de Teoría del Estado de la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas. *La regulación jurídico-penal de las inmunidades parlamentarias*. (1.ª sesión.)

Diciembre, 3: Dr. Raúl Morodo. *La regulación jurídico-penal de las inmunidades parlamentarias*. (2.ª sesión.)

Enero, 28: Manuel María Boto Escamilla. Ayudante de Derecho Penal. *Una nueva construcción de las eximentes números 11 y 12*.

Febrero, 4: Carlos Soria Sainz. Ayudante de Derecho Penal. *Estudio crítico de las circunstancias agravantes generales*. (1.ª sesión.)

Febrero, 11: Carlos Soria Sainz. *Estudio crítico de las circunstancias agravantes generales*. (2.ª sesión.)

Febrero, 18: Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Ayudante de Derecho Penal. *Consideraciones sobre el núm. 3 del artículo 514 del Código penal*.

Febrero, 25: Dr. Francisco Espinosa. Ayudante de Derecho Penal y del Cuerpo de Intervención Militar. *Valor penal de la agravante de premeditación*.

Marzo, 4: Dr. Manuel Cobo. Adjunto de Derecho Penal. *Autoridad y funcionario público a efectos penales*. (Examen técnico-jurídico del artículo 119 del Código penal.)

Marzo, 11: Alberto Gallardo Rueda. Ayudante de Derecho Penal y Secretario Judicial. *La atenuante de motivos morales, altruistas o patrióticos en un nuevo Código penal*.

Marzo, 18: Victorino Valcárcel. Ayudante de Derecho Penal y Abogado del Ilustre Colegio de Madrid. *Reflexiones sobre el delito de abandono de familia*.

Abril, 15: Fco. Javier Puyolt. Ayudante de Derecho Penal y Abogado del Ilustre Colegio de Madrid. *El secreto profesional*.

Abril, 22: Manuel Medina Ortega. Ayudante de Derecho Internacional. *Hacia una nueva sistematización de las figuras penales internacionales*.

Abril, 29: Dr. Alberto Laguía. Ayudante de Derecho Penal y Director Adjunto de la Sociedad Internacional de Defensa Social. *La libertad condicional*.

Mayo, 6: Francisco González Navarro. Ayudante de Derecho Penal. *El ilícito penal fiscal en un nuevo Código penal español*.

Mayo, 13: Lorenzo Olarte Cullén. Ayudante de Derecho Penal y Secretario Judicial. *Los "juegos ilícitos" en el orden penal Notas para una reforma*.

Mayo, 19: Profesor Dr. Juan del Rosal. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Madrid. *Reflexiones técnico-dogmáticas para una reforma penal*. (Clausura del Curso.)

# INDICE GENERAL

## TOMO XIII

### Fascículo III

Páginas

#### SECCION DOCTRINAL

El Anteproyecto de Código penal argentino de 1960 de Sebastián Soler, por JOSÉ M. <sup>a</sup> RODRÍGUEZ DEVESA ... ..	359
La crisis del contenido sustancial del delito, por CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO ... ..	385
El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de "no exigibilidad", por JOSÉ ANTONIO SAINZ CANTERO ... ..	419

#### SECCION LEGISLATIVA

Decreto de 21 de septiembre de 1960, revisando y unificando la Ley de 2 de marzo de 1943 y el Decreto-Ley de 18 de abril de 1947, por DOMINGO TERUEL CARRALERO ... ..	455
---	-----

#### SECCION DE JURISPRUDENCIA

De la configuración del dolo penal, por JUAN DEL ROSAL ... ..	460
Jurisprudencia penal correspondiente al segundo cuatrimestre de 1959, por JOSÉ M. <sup>a</sup> GONZÁLEZ SERRANO ... ..	464

#### CRONICAS EXTRANJERAS

Cómo es la nueva penitenciaría de México, por J. J. GONZÁLEZ BUSTAMANTE ... ..	474
--	-----

#### REVISTA DE LIBROS

BONIFACIO, Aldo: "L'Infermità di mente nel Diritto Penale Italiano, por Domingo Teruel Carralero ... ..	491
BLOCH, Herbert A., y FLINN, Frank, T.: "Delinquency", por José Sánchez Osés ... ..	492
CONSTANT, Jéan: "Manuel de Droit pénal. Principes Généraux de Droit pénal positif belge", t. I 1959 y t. II 1960, por César Camargo ... ..	493
DEVLIN, Patric: "The Criminal Prosecution in England", por José Sánchez Osés ... ..	495
GLUECK, Sheldon and Eleanor: "Predicting Delinquency and Crime", por José Sánchez Osés ... ..	496
GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOECHEA, José: "Derecho natural y Derecho penal (El contenido de la antijuricidad)", por Diego Mosquete ... ..	498
KERSELL, John E.: "Parliamentary supervision of Delegated legislation", por José Sánchez Osés ... ..	499
KIMBERG, Olof: "Los problemas fundamentales de la Criminología", por Alberto Laguna Arrazola ... ..	500
KLARE, Hugh J.: "Anatomy of prison", por José Sánchez Osés ... ..	501

*Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*

	Páginas
LÓPEZ RIOCEREZO, José M. <sup>a</sup> : "Delincuencia juvenil", por <i>Diego Mosquete</i> ... ..	502
LUZÓN DOMINGO, Manuel: "Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal", por <i>Antonio Quintano Ripollés</i> ... ..	504
NOVOA MONREAL, Eduardo: "Curso de Derecho penal chileno", por <i>Antonio Quintano Ripollés</i> ... ..	505
PAVÓN VASCONCELOS, Francisco: "Comentarios de Derecho penal (Parte especial)", por <i>César Camargo</i> ... ..	506
REINHART, Maurach: "Die Kriminalpolitischen aufgaben der strafrechtsreform", por <i>Juan Córdoba Roda</i> ... ..	507
ROSAL, J. DEL: "Algunas reflexiones sobre el Discurso de S. S. Pío XII al Congreso de la Unión de Juristas Católicos Italianos, en especial sobre "reparación" y "expiación" de la culpa", por <i>Gonzalo Rodríguez Mourullo</i> ... ..	509
SÁINZ CANTERO, José Antonio: "La influencia de las ideas políticas en las ideas penales", por <i>Diego Mosquete</i> ... ..	511
TACKENBERG, Gisela: "Kreuzvehör und Untersuchungsgrundsatz im spanischen Strafprozess", por <i>Antonio Quintano Ripollés</i> ... ..	512
TERUEL CARRALERO, Domingo: "El delito de espionaje", por <i>Diego Mosquete</i> ... ..	513
TRAVAUX DE LA FONDATION INTERNATIONALE PÉNALE ET PÉNITENTIAIRE: "Trais aspects de l'ation Pénitentiaire, por <i>César Camargo</i> ... ..	514

**REVISTA DE REVISTAS**

**A l e m a n i a**

ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT, HEFT 4, por <i>Antonio Quintano Ripollés</i> ... ..	516
--	-----

**B é l g i c a**

REVUE DE DROIT PÉNAL ET DE CRIMINOLOGIE. — Enero, 1960, por <i>Alberto Lagüa Arrazola</i> ... ..	520
--	-----

**E s p a ñ a**

REVISTA DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS PENITENCIARIOS.—Septiembre-octubre 1960, por <i>César Camargo</i> ... ..	522
REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR.—Enero-junio, 1960, por <i>Diego Mosquete</i> ... ..	523

**C h i l e**

REVISTA DE CIENCIAS PENALES. — Enero-abril, mayo-agosto, septiembre-diciembre, 1959, por <i>Diego Mosquete</i> ... ..	526
---	-----

**F r a n c i a**

REVUE PENITENTIAIRE ET DE DROIT PÉNAL.—Abril-junio, por <i>Domingo Teruel Carralero</i> ... ..	529
ETUDES PENITENTIAIRES: BULLETIN DE LA DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE: "Bureau d'Etudes et de Documentation".—París, julio 1960, núm. 2, por <i>Alberto Lagüa Arrazola</i> ... ..	532

**M é j i c o**

REVISTA VERACRUZANA.—Tomo X, núm. 6. Noviembre-diciembre  
de 1960, por *César Camargo* ... .. 533

**NOTICIARIO** ... .. 537

GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOECHEA, José: "Derecho natural y Derecho penal (El contenido de la antijuricidad)", por *Diego Mosquete*; KERSELL, John E.: "Parliamentary supervision of Delegated legislation", por *José Sánchez Osés*; KIMBERG, Olof: "Los problemas fundamentales de la Criminología", por *Alberto Laguna Arrazola*; KLARE, Hung J.: "Anatomy of prison", por *José Sánchez Osés*; LÓPEZ RIOCEREZO, José M.: "Delincuencia juvenil", por *Diego Mosquete*; LUZÓN DOMINGO, Manuel: "Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal", por *Antonio Quintano Ripollés*; NOVOA MONREAL, Eduardo: "Curso de Derecho penal chileno", por *Antonio Quintano Ripollés*; PAVÓN VASCONCELOS, Francisco: "Comentarios de Derecho penal (Parte especial)", por *César Camargo*; REINHART, Maurach: "Die Kriminalpolitischen aufgaben der strafrechtsreform", por *Juan Córdoba Roda*; ROSAL, J. del: "Algunas reflexiones sobre el Discurso de S. S. Pío XII al Congreso de la Unión de Juristas Católicos Italianos, en especial sobre "reparación" y "expiación" de la culpa", por *Gonzalo Rodríguez Mourullo*; SÁINZ CANTERO, José Antonio: "La influencia de las ideas políticas en las ideas penales", por *Diego Mosquete*; TACKENBERG, Gisela: "Kreuzverhör und Untersuchungsgrundsatz im spanischen Strafprozess", por *Antonio Quintano Ripollés*; TERUEL CARRALERO, Domingo: "El delito de espionaje", por *Diego Mosquete*; TRAVAUX DE LA FONDATION INTERNATIONALE PÉNALE ET PÉNITENTIAIRE: "Trois aspects de l'ation Pénitentiaire", por *César Camargo*.

**Revista de Revistas** ..... 516

Alemania: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Heft 4, por *Antonio Quintano Ripollés*; Bélgica: *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, enero 1960, por *Alberto Laguna Arrazola*; España: *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, septiembre-octubre 1960, por *César Camargo*; *Revista Española de Derecho Militar*, enero-junio 1960, por *Diego Mosquete*; Chile: *Revista de Ciencias Penales*, enero-abril, mayo-agosto, septiembre-diciembre 1959, por *Diego Mosquete*; Francia: *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, abril-junio, por *Domingo Teruel Carralero*; *Etudes Pénitentiaires: Bulletin de la Direction de l'Administration Pénitentiaire: "Bureau d'Études et de Documentation"*, París, julio 1960, núm. 2, por *Alberto Laguna Arrazola*; Méjico: *Revista Veracruzana*, tomo X, núm. 6, noviembre-diciembre de 1960, por *César Camargo*.

**Noticario** ..... 537

Suscripción anual: 170 ptas.  
Número suelto: 80 \*